

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica:

Coordinación: Esther Arroyo Amayuelas. Colaboran: Miriam Anderson, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo Amayuelas, Alejandra de Lama Aymà, Martin Ebers, Mirko Faccioli, Cristina González Beilfuss, Laura Huici Sancho, Sonia Martín Santisteban, Cédric Montfort, Leire Mugueta García, Pedro del Olmo, Bárbara Pasa, Javier Pou de Avilés Sans, Rodolfo Sacco, M.^a Paz Sánchez González, Héctor Simón Moreno, Mauro Tescaro, Belén Trigo García, Stefano Troiano, M.^a Luisa Zahino Ruiz.

SUMARIO: PRESENTACIÓN.–EDITORIAL: «La venta de consumo en el Proyecto de Marco Común de Referencia» (M.^a Paz Sánchez González).–RAPPORTS NATIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO Y COMPARADO: Alemania (Martin Ebers), España (Esther Arroyo Amayuelas, M.^a Luisa Zahino Ruiz), Francia (Cédric Montfort), Italia (Mirko Faccioli, Barbara Pasa, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).–SECCIÓN TEMÁTICA: I. Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas). II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo Amayuelas). III. Derechos reales en la Unión Europea (Héctor Simón Moreno). IV. Derecho de familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss). V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea (Alejandra de Lama Aymà). VI. Derecho de autor en la Unión Europea (Javier Pou de Avilés Sans). VII. Derecho de daños en la Unión Europea (Belén Trigo García). VIII. Derecho de *trusts* en la Unión Europea (Sonia Martín Santisteban).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Leire Mugueta-García).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Lidia Arnau Raventós).–JURISPRUDENCIA NACIONAL (Miriam Anderson).–LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES.–AJANI, Gianmaria - ANDERSON, Miriam - ARROYO AMAYUELAS, Esther - PASA, Barbara: *Sistemas Jurídicos Comparados. Lecciones y materiales*, 2010 (Rodolfo Sacco).–AKKERMANS, Bram: *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, 2008 (Héctor Simón Moreno).–ANGERMAN, Juliane: *Die Verletzung vertragsschlussbezogener Informationspflichten des Europäischen Privatrechts. Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionierung fehlerhafter Informationserteilung nach nationalem Recht*, 2010 (Martin Ebers).–BÖRGER, Andreas: *Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten. Eine Untersuchung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben und deren Umsetzung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*, 2010 (Martin Ebers).–GHIDINI, Gustavo: *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, 2010 (Javier Pou de Avilés Sans).–Nergelius, Joakim: *The Constitutional Dilemma of the European Union*, 2009 (Laura Huici Sancho).–SAMUEL, Geoffrey: *Law of Obligations*, 2010 (Pedro del Olmo García).

Presentación

Esta 14.^a crónica se cierra el 15 de junio de 2011. La fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión europea,

el TJUE, 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 Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo Amayuelas (Universitat de Barcelona) que es quien también ha traducido (del alemán, francés e italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

La venta de consumo en el proyecto de Marco Común de Referencia

M.ª PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ *

I. PREVIO

El Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR)¹, dentro de la sección dedicada al contrato de compraventa (Libro IV, Parte A), establece una serie de normas específicamente diseñadas para la venta de consumo que, en su conjunto, configuran el peculiar régimen de este tipo transacciones. Se trata, por lo demás, de reglas de diversa naturaleza que se hallan diseminadas a lo largo del texto y cuyo común denominador radica en el establecimiento de un régimen particularmente tuitivo para el consumidor al que pueda resultar aplicable esta propuesta de regulación.

II. CONCEPTO DE VENTA DE CONSUMO EN EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA (DCFR)

La venta de consumo es objeto de definición en el DCFR, que encara esta tarea incidiendo en la condición de los sujetos afectados. En efecto, de acuerdo con lo preceptuado en el Art. IV.A.- 1:204, el contrato de compraventa de bienes de consumo es un contrato en el que el vendedor es un empresario y el

* Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Cádiz. El trabajo se enmarca dentro de las actividades del proyecto de investigación MICINN DER2009-1369-C03-02.

¹ Son muchos los trabajos publicados en los que se efectúa una buena síntesis del proceso conducente a la aparición del DCFR y al análisis de su significado como posible instrumento normativo. A título meramente ejemplificativo pueden citarse, entre otros muchos, los siguientes: F. J. INFANTE RUIZ, «Entre lo público y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo», *InDret*, abril de 2008, pp. 1 y ss., concur. p. 22 a 25; A. VAQUER ALOY, «El Marco Común de Referencia», en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho Contractual Europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239 y ss., esp. pp. 247 a 249; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea», *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*, Fundación Cultural Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 157-192; H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 2009, 4, pp. 1461 y ss.

comprador un consumidor. Quiere ello decir que sólo estará justificada la aplicación del peculiar régimen en la medida en que las posiciones de vendedor y comprador sean específicamente ocupadas por un empresario y un consumidor, respectivamente².

1. El consumidor en el DCFR

Para la propuesta de normativa con vocación internacional, consumidor es cualquier persona física que actúa principalmente para fines no relacionados con su actividad comercial, empresarial o profesional, concepto éste parecido –que no idéntico–, al propuesto por la Academia de Pavía. En efecto, de acuerdo con el artículo 9.2.º del Código Europeo de Contratos, de la mencionada Academia: «... se entiende por consumidor la persona física que actúa con fines ajenos al ámbito de su actividad profesional»³. Pese al evidente parecido existente entre ambas definiciones, hay un importante matiz que las diferencia ya que, así como en el DCFR la calificación como consumidor no queda desvirtuada por un posible uso mixto del bien adquirido (siempre que el destino principal sea ajeno a la actividad comercial, empresarial o profesional del adquirente), semejante posibilidad no parece factible en la propuesta de la Academia de Pavía, dado los radicales términos empleados en la elaboración de aquella noción⁴.

En todo caso, de acuerdo con la amplia definición de venta de consumo del DCFR, no representaría un inconveniente para la apreciación de este tipo de contrato –y la consiguiente aplicación de su peculiar régimen– la circunstancia de que el comprador obtuviese beneficios, siempre que no se tratase de una actividad habitual, ya que, en este último caso, muy posiblemente, nos estaríamos aproximando a la noción de profesional.

² Aunque en algún caso, el DCFR, en sede de compraventa, se refiere al contrato celebrado entre empresarios al objeto de establecer alguna regla particular. Así sucede, por ejemplo, en Art. IV.A.- 4:302. Sobre la noción de venta de consumo en el Derecho inglés, véase, J. MACLEOD, *Consumer Sales Law*, London-Sydney, 2002. En Derecho italiano, puede consultarse, entre otros, Luminoso, *La compraventita*, Torino, 20045, pp. 297-369; L. GARIFALO, V. MANNINO, E. MOSCATI, P. M. VECCHI, *Commentario alla disciplina Della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003. Por su parte, en Derecho español, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLCU), no precisa un concepto específico de venta de consumo, pero sí contiene uno genérico de contrato de consumo en su art. 59.1.º, de modo que, de acuerdo con el mismo, «son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario». Este mismo texto legal, al regular las garantías y servicios postventa, expresamente establece la genérica obligación del vendedor de entregar «al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato...» (art. 114), de donde se deduce que, necesariamente, el comprador ha de ser un consumidor o usuario para que la venta pueda calificarse de consumo. Véase J. R. GARCÍA VICENTE, «Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del Derecho contractual de consumo», en R. Bercovitz (dir.), *Tratado de contratos*, II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1452 y ss.

³ C. VATTIER FUENZALIDA, «El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía», ADC, 2008, 4, pp. 184 y ss.

⁴ Sobre este extremo, la STJCE de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01, avala la opción del DCFR, por cuanto en la misma, resolviéndose un problema relativo a la jurisdicción competente, entendió que podía hablarse de consumidor no sólo cuando se contrata con una finalidad estrictamente privada, sino, también, en los contratos mixtos, cuando la finalidad profesional es apenas relevante. En el caso enjuiciado, el Sr. Gruber había comprado tejas para su granja -dentro de la que tenía, también, su domicilio-, lo que implicaba un doble uso privado y profesional.

Ahora bien, sólo las personas físicas pueden tener la condición de consumidor y, consecuentemente, gozar del especial régimen previsto para las ventas de consumo en el DCFR. Ya con anterioridad, en el ámbito comunitario, el TJCE tuvo ocasión de pronunciarse sobre este particular: lo hizo en la Sentencia de 22 de noviembre de 2001⁵, en la que, en relación con la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, precisó que el concepto de consumidor debía interpretarse «en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas»⁶.

Así pues, el consumidor del DCFR puede, puntualmente, obtener beneficios con la transacción (siempre que, por su reiteración, no pueda llegar a considerarse como actividad profesional o empresarial); puede hacer algún uso profesional del bien adquirido (condicionado a que el uso privado sea el principal); pero, necesariamente, ha de tratarse de una persona física. Ello supone un claro contraste con la análoga concepción de esta figura actualmente vigente en Derecho español, que resulta más amplia que la propuesta por el texto con vocación internacional, ya que, a diferencia del contenido en el DCFR, nuestro TRLCU admite la posibilidad de atribuir la condición de consumidor (y la subsiguiente protección) a las personas jurídicas. Esta discrepancia, evidentemente, podría plantear un problema de compatibilidad entre ambas normativas, al quedar fuera de la cobertura especialmente diseñada en el DCFR para las ventas de consumo, aquellos adquirentes que, actuando con un propósito ajeno al ámbito de su actividad profesional, sean personas jurídicas⁷.

Aun cuando en el DCFR, para aplicar la regulación especial prevista para las compraventas de bienes de consumo se exige, con carácter general, que frente al comprador/consumidor exista un vendedor/empresario, en algún concreto precepto se excepciona el régimen general –estableciéndose un tratamiento más favorable–, incluso, en el supuesto de que el consumidor sea el vendedor⁸.

2. El empresario en el DCFR

En el DCFR, es empresario cualquier persona física o jurídica, con independencia de su titularidad pública o privada, que actúe para fines relacionados

⁵ STJCE de 22 de noviembre de 2001, Cape, C-541/99 y C-542/99.

⁶ En la STS de 21 de septiembre del 2004 (RJ 4476), nuestro Alto Tribunal tuvo ocasión de referirse al concepto de consumidor contenido en el Directiva 93/13/CE: «el concepto de consumidor sólo cabe atribuirlo a las personas físicas y así lo establece el art. 2 b de la Directiva 93/13... sin embargo el de profesional comprende tanto a personas físicas como las jurídicas y esta atribución es exclusiva conforme declaró la Sentencia de 22 de noviembre de 2001 (TJCE 2001, 330), pronunciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». Sobre la corrección de la restricción de la noción de consumidor a las personas físicas, véase E. ARROYO AMAYUELAS, «Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario», en BOSCH (dir.), *Derecho Contractual*, pp. 209 y ss., esp. p. 227, así como la bibliografía citada por esta autora.

⁷ No obstante, la cuestión de incompatibilidad podría quedar resuelta en un futuro en caso de aprobarse la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores (COM 2008- 614 final) en sus originales términos, al constreñir el concepto de consumidor a la persona física (art. 2, 1.º) y establecer para los Estados miembros una exigencia de armonización plena (art. 4).

⁸ Es lo que acontece en el Art. IV.A.- 4:202 (1). Sobre las razones que justificarían esta limitación de responsabilidad establecida a favor del vendedor-consumidor, véase *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, edited by C. VON BAR and E. CLIVE, vol. II, München, *sub* Art. IV.A.-1:204, p. 1245.

con su propio negocio, trabajo o profesión, incluso si dicha persona no pretende obtener un beneficio en el curso de la actividad [Art. I.- 1:105 (2)]. De acuerdo con esta última precisión, una actuación gratuita por parte del vendedor no resultaría óbice para que la relación sea calificable de acto de consumo (siempre, claro está, que la contraparte sea un consumidor). Podemos ejemplificar este último supuesto aludiendo a determinadas ventas promocionales cuyos márgenes de beneficios pueden ser, prácticamente, inexistentes⁹.

En otras palabras, desde el punto de vista del empresario, lo decisivo para calificarlo como tal, a los efectos de aplicar las especialidades de la compraventa de consumo, es la realización de una actividad finalísticamente relacionada con su negocio, trabajo o profesión y no la inmediata obtención de beneficios con la referida actuación¹⁰. Creo que esa es la interpretación más acorde con el sentido del precepto, habida cuenta que, tratándose de una venta relacionada con la propia actividad profesional, lo normal es que se encuentre encaminada a la obtención de lucro.

III. ESPECIALIDADES DE LA VENTA DE CONSUMO EN EL DCFR

El particular régimen protector del consumidor al que venimos aludiendo se concreta en una serie de disposiciones que afectan al cumplimiento de la obligación de entrega de los bienes, al régimen de conformidad y remedios utilizables en caso de ausencia de la misma, a la transmisión de riesgos de un sujeto contractual a otro, y a la fijación de un específico sistema de garantía comercial.

1. Entrega de los bienes

En relación con una de las cuatro esenciales obligaciones que pesan sobre el vendedor, la entrega de la cosa¹¹, el DCFR, en sede de compraventa, se remite a las normas generales sobre cumplimiento de las obligaciones que, con relación al tiempo de cumplimiento, se encuentran en el Art. III.- 2:102.

Cabe la posibilidad de que la entrega precise de operaciones de transporte de los bienes desde vendedor a comprador, en cuyo caso, la norma general sobre la materia aparece contenida en el Art. IV.A.- 2:201 (2). De acuerdo con la misma, el vendedor cumpliría su obligación de entrega con la puesta a disposición de los bienes al primer porteador¹². No obstante, tratán-

⁹ Así, para el Derecho español, art. 14.1.º de la L. 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM).

¹⁰ En nuestro Derecho, el TRLCU considera como empresario a «toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada» (art. 4). Por su parte, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores, en su redacción originaria de 2008, define al comerciante como «toda persona física o jurídica que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre de un comerciante o por cuenta de éste» (art. 2.2.º).

¹¹ Las tres restantes obligaciones básicas del vendedor hacen referencia a la entrega de los documentos representativos de los bienes, la transmisión de la propiedad de los mismos y la garantía de su conformidad con lo dispuesto contractualmente (Art. IV.A.- 2:101).

¹² Esta cuestión, fuera del ámbito del DCFR, fue objeto de un pronunciamiento específico en la STJCE de 25 de febrero de 2010 (Car Trim, C-381/08). Sustancialmente, los

dose de una venta de consumo para la que se haya establecido un concreto plazo de entrega, no es suficiente con que, dentro de ese plazo, se haya verificado la entrega al primer porteador, sino que, de acuerdo con la regla del párrafo tercero del Art. IV.A.- 2:202: «... los bienes deben ser recibidos del último porteador o encontrarse disponibles para su recogida de éste en dicho plazo». Ello, evidentemente, llevará al vendedor a extremar su diligencia en la elección de los transportistas ya que, tratándose de venta de consumo, el retraso de los mismos en la función que tienen encomendada puede traducirse en un incumplimiento del plazo de entrega, incumplimiento por el que puede tener que responder¹³. Por el contrario, tratándose de una venta que no participe de este carácter, lo que se exigirá del vendedor es la entrega dentro del plazo al primer transportista, quedando liberado de la responsabilidad por los retrasos que, a partir de ese momento puedan generarse (y de los que, en su caso, será responsable el porteador mismo). Esta última regla coincide con la contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, por lo que buena parte de los comentarios efectuados en relación con este precepto, resultarán también aplicables a la norma del DCFR¹⁴.

De otra parte, se contempla en el DCFR la posibilidad de que, al verificarse esta obligación del vendedor, se transmita más de lo estipulado en el

hechos se circunscriben a un contrato concluido por dos empresas en virtual del cual, una de ellas se comprometía a suministrar sistemas de airbags a otra dedicada a la fabricación de automóviles. Cuando surgen entre ellas controversias por supuestos incumplimientos contractuales, una de las cuestiones que se someten a la consideración del Tribunal es la relativa al lugar en el que debía haberse verificado la entrega de los bienes, dado que el contrato en cuestión revestía el carácter de una venta a distancia (en la sentencia se habla de «venta por correspondencia»). Pues bien, sobre la base del artículo 5.1.º b, del Reglamento 44/2001, el Alto Tribunal concluyó que, en relación con este tipo de ventas, en principio el lugar de entrega será el señalado por las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad y «si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud del cual el comprador adquirió o hubiera podido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa»: M. CANEDO ARRILLAGA, «Notas breves sobre la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 25 de febrero de 2010 (Car Trim: Asunto C-381/08): los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2001, vol. 3, núm. 1, pp. 263 y ss., esp. p. 269. En el mismo sentido, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «El lugar de entrega de las mercancías en la contratación internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VIII, 2008, p. 297.

¹³ Dentro de la normativa española destinada a la protección del consumidor, para las ventas a distancia que tengan como destinatarios a consumidores prevé el artículo 103 TRLCU que «Salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el empresario deberá ejecutar el pedido a más tardar en el plazo de 30 días a partir del día siguiente a aquel en que el consumidor y usuario haya prestado su consentimiento para contratar». Por su parte, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores, en su art. 22.1.º, contenía una fórmula que resolvía la cuestión en términos análogos a los del DCFR.

¹⁴ Así, refiriéndose a esta hipótesis, L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, «Comentario al artículo 31», en L. DÍEZ-PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, 1997, pp. 255 y ss., esp. p. 260 precisa cómo del ámbito de aplicación de esta norma quedan «excluidas ... aquellas hipótesis en que el vendedor realiza operaciones de transporte en la fase preparatoria del contrato de compraventa, con el fin exclusivo de procurarse las mercaderías de sus proveedores, cuando aquellas otras en que el transporte realizado es directamente promovido por el comprador con posterioridad al momento de recepción de las mercaderías (lugar de establecimiento del vendedor, lugar de fabricación o de almacenaje)». Véase, también, J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 149 a 151.

contrato (Art. IV.A.- 3:105), en cuyo caso, el comprador podría optar por aceptar o rechazar este exceso. Si se decide por lo primero, habría de pagarlo de acuerdo con lo dispuesto en el contrato. Ahora bien, si la transacción es de consumo, resulta perfectamente posible que el comprador adquiriera el exceso sin tener que sufrir ningún incremento adicional del precio. Ello acaecería si concurren las especiales circunstancias descritas en el párrafo cuarto del Art. IV.A.- 3:105, de modo que, no tendrá que abonar por el exceso de bienes recibidos si «razonablemente cree que el vendedor ha entregado el exceso de cantidad intencionadamente y sin error, a sabiendas de que no ha sido solicitado. En tal supuesto se aplican las normas relativas a bienes no solicitados». De acuerdo con estas últimas, la propiedad de los bienes no solicitados se transferiría al comprador/consumidor sin necesidad de verificarse pago alguno¹⁵.

Esta regla es excepcional respecto del régimen general del DCFR, pero no conserva ese carácter si la comparamos con la normativa española invocable frente a tal supuesto de hecho, que aparece contenida en el artículo 100 TRLCU. En este precepto, tras establecer la prohibición del suministro al comprador de bienes o servicios –no gratuitos– que previamente no hayan sido solicitados por él, se prevé que el receptor de los mismos no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele su precio¹⁶. Aún cuando es cierto que en el referido artículo no se establece de modo expreso que el consumidor haya adquirido la propiedad de los bienes recibidos, parece lo más lógico entender que es así, pues, de lo contrario, habría que convenir que la propiedad de los bienes no solicitados continuaría en manos del vendedor que, no obstante, no podría reclamar su devolución a un consumidor/poseedor –que no, propietario– que, además, parece que estaría facultado para el uso de los bienes, en la medida en que no responde de los deterioros que puedan experimentar¹⁷. Los resultados absurdos a los que conduciría la negación de la adquisición de la propiedad de lo no solicitado por parte del consumidor, nos inclinan a decantarnos por la primera solución, en el entendimiento de que se habrá producido, *ex lege*, la transmisión del dominio¹⁸.

¹⁵ Según A. VAQUER, «Los envíos no solicitados de bienes a los consumidores y el sistema de adquisición de los derechos reales: breve apunte a la luz del proyecto de Marco Común de Referencia», en F. BADOSA y M.C. GETE-ALONSO (dirs.), *La adquisición y la transmisión de los derechos reales en el Código civil de Cataluña*, Barcelona, 2009, pp. 379 y ss., esp. p. 384, el mecanismo adquisitivo de la propiedad, consagrado por la norma últimamente citada responde al sistema de transmisión basado en el título y el modo, a pesar de no fundamentarse en ningún acuerdo de voluntad. En este concreto supuesto, la entrega aparecería fundada en una norma legal: «la decisión del legislador, basada en la protección de los consumidores».

¹⁶ En términos prácticamente, idénticos, resolvía la cuestión el artículo 42 LOCM.

¹⁷ La Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia, 2009), prevé la inclusión en el Código Civil de un sistema de protección de los consumidores, en los contratos a distancia, en su artículo 1267, precisándose en su n.º 8 que «... si el profesional, sin aceptación expresa del consumidor o usuario, le suministrase el bien o servicio ofertado, o le entregase bienes o prestase servicios no pedidos, incluyendo una petición de pago, no podrá pedir a éste la devolución de la cosa o del servicio ni el pago del precio; ni tampoco la indemnización de los daños sufridos por el bien o servicio si el consumidor opta por su devolución. Se exceptúa el caso en que el empresario pruebe que el envío solicitado fue un error e indemnice al consumidor por los daños y perjuicios que se le hubieren causado».

¹⁸ VAQUER, «Los envíos», p. 382.

2. Régimen de conformidad y remedios

Una de las líneas esenciales que vertebran el régimen de la compraventa en el DCFR es el conjunto de disposiciones atinentes a la precisión de la existencia de conformidad de los bienes recibidos con lo estipulado en el contrato y a las consecuencias que se derivarían, en su caso, de su inexistencia. Y tanto en uno como en otro aspecto existen disposiciones que contribuyen a la configuración de la venta de consumo como un negocio con fisonomía propia dentro del genérico contrato de compraventa mobiliaria.

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones aludidas, una primera peculiaridad sólo aplicable a la venta de consumo consiste en la consideración, como supuestos de falta de conformidad, todas las deficiencias resultantes de la instalación incorrecta de los bienes efectuadas por el vendedor (o bajo su responsabilidad) o, incluso, realizadas por el consumidor, siempre que en este último caso se aprecie deficiencia en las instrucciones de instalación (Art. IV.A.- 2:304)¹⁹, salvo que al tiempo de la celebración del contrato el consumidor conociera ya o fuese razonable que conociera las deficiencias de las referidas instrucciones [Art. IV.A.- 2:307 (2)].

De otra parte, tratándose también de venta de consumo, cualquier falta de conformidad que se manifieste dentro del plazo de seis meses contados desde que el riesgo pase al comprador, se presumirá preexistente a ese momento y, en consecuencia, determinará la responsabilidad del vendedor, a menos que ello resulte incompatible con la naturaleza de los bienes o de la falta de conformidad [Art. IV.A.- 2:308 (2)]²⁰.

En cualquier caso, apreciada la falta de conformidad, el comprador/consumidor dispondrá de los remedios establecidos al efecto (en el Capítulo 3, Libro III DCFR), sin que resulten válidos los acuerdos contractuales que directa o indirectamente los restrinjan y que hayan podido concluirse con el vendedor con anterioridad a que le sea puesta de manifiesto tal falta de conformidad. En efecto, el Art. IV.A.- 4:101 proclama la imposibilidad de modificar contractualmente el régimen de remedios legales, previstos para la falta

¹⁹ En un sentido análogo, artículo 116.2.º TRLCU. Por su parte, en la redacción original de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores se establecía que «toda falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación de los bienes se considerará falta de conformidad de los bienes si su instalación forma parte del contrato de venta y los bienes fueron instalados por el comerciante o bajo su responsabilidad. Esta disposición también se aplicará cuando se trate de bienes cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien los instale y la instalación incorrecta se deba a un error en las instrucciones de instalación» (art. 24.5.º). También en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, de la Comisión General de Codificación, en su artículo 1479, se incide sobre la cuestión: «la incorrecta instalación de la cosa se equiparará a la falta de conformidad cuando, según el contrato, la instalación incumba al vendedor y haya sido realizada bajo su responsabilidad o cuando, habiendo quedado a cargo del comprador, el defecto se deba a un error en las instrucciones para llevarlas a cabo». A la vista de esta extensa cita, podemos concluir que el problema que pueda plantearse como consecuencia de una incorrecta instalación, en modo alguno puede decirse que haya quedado o vaya a quedar soslayado por el legislador, existiendo una amplia coincidencia –con diferencias de matiz– entre las soluciones propuestas. En relación con las consecuencias legales derivadas de la defectuosa instalación en la Directiva 1999/44/CE, véase A.M. MORALES MORENO, «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 161 y ss, esp. pp. 184 a 188.

²⁰ En el Derecho español actualmente vigente contamos con una norma similar: artículo 123.1.ª, párrafo segundo, TRLCU.

de conformidad, en perjuicio del consumidor²¹. La regla en cuestión coincide con la norma contenida en el Art. 4:103 de los Principles of European Law. Sales²² y, al igual que en ella, sólo se excluye la limitación o exclusión de remedios previa al conocimiento por el consumidor de la falta de conformidad²³, pero no la posterior, lo que sería una consecuencia lógica de la aceptación, por parte del comprador, del carácter defectuoso de la prestación [así, Art. IV.A.- 2:307 (1)]²⁴.

De otro lado, la ineficacia de la cláusula modificativa del régimen legal en perjuicio del consumidor no se encuentra condicionada a su naturaleza de condición general, por lo que la falta de efectos sería también predicable de aquellas otras disposiciones contractuales que, con idéntica finalidad, hubiesen sido objeto de negociación individual.

En cuanto al alcance de la prohibición, la norma comentada alude expresamente al acuerdo que «directa o indirectamente elimine o restrinja los remedios» utilizables por el comprador en caso de apreciarse una falta de conformidad, expresión que debe interpretarse, tal como se ha indicado con anterioridad, no como la consagración de la inmutabilidad del régimen legal sobre la materia, sino como proscripción de la reforma en perjuicio del comprador-consumidor.

En otro orden de consideraciones, la regla contenida en el Art. IV.- 4:101 no es más que una concreción de otra norma más general²⁵, contenida en el Art. IV.A.- 2:309, de acuerdo con la cual, «en el contrato de compraventa de bienes de consumo, no obliga al consumidor ninguna cláusula contractual o acuerdo celebrado con el vendedor antes de que le sea comunicada la falta de conformidad, que directa o indirectamente elimine o restrinja los derechos derivados de la obligación del vendedor de asegurar que los bienes son conformes con el contrato».

Pero, además, en el DCFR existe otra previsión cuyo correcto entendimiento le permite desplegar una eficacia aún más tuitiva para el consumidor. En efecto, el comprador, en cualquier venta sometida al DCFR, en caso de que se aprecie

²¹ La misma orientación se aprecia en el artículo 10 TRLCU.

²² Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Sales (PEL S), prepared by E. Hondius, V. Heutger, C. Jeloschek, H. Sivesand, A. Wiewirowska, Munich, 2008.

²³ En el mismo sentido, comentario al Art. IV.A.-4:101, *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, p. 1336.

²⁴ En Derecho español, artículo 116.3.º TRLCU. Sobre el desconocimiento por el consumidor de la falta de conformidad del bien, véase, entre otros, M. CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en las ventas de consumo*, Madrid, 2006, (<http://vlex.com/vid/reunir-conformidad-generar-saneamiento-292292>). La relevancia del conocimiento por el comprador de las posibles deficiencias, antes de la conclusión del contrato, también ha sido tenida en cuenta en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos: «Se considerará que no existe falta de conformidad si, al celebrarse el contrato, el comprador la conocía, o no podía fundadamente ignorarla o fuera imputable a directrices del comprador o a materiales facilitados por él con tal de que el vendedor haya hecho las oportunas advertencias.» (art. 1478.1.º). Volviendo al Derecho actualmente vigente, también en la CISG hay una norma de similar significado en el párrafo tercero de su artículo 35, de acuerdo con el cual, «el vendedor no será responsable... de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato». Véase, A.M. MORALES MORENO, «Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros», en Díez-PICAZO (dir.), *La compraventa*, pp. 286 y ss., esp. pp. 307 y 308.

²⁵ En el comentario al Art. IV.A.-4:101 DCFR se habla de «complementar» (*Draft Common Frame of Reference. Full edition*, p. 1336).

falta de conformidad de acuerdo con lo preceptuado en los Arts. IV.A.- 2:301 y siguientes, podrá acudir al cuadro de remedios diseñado en el Capítulo 3, Libro III, exigiéndose, para que pueda instar con éxito la resolución del contrato, que se dé un incumplimiento esencial en los términos del Art. III.- 3:502. Por el contrario, para las ventas de consumo, el Art. IV.A.- 4:201 legitima al comprador-consumidor para poder acceder al más radical de los remedios utilizables ante «cualquier falta de conformidad, a menos que se trate de una falta de conformidad sin trascendencia suficiente».

El carácter de excepción con que está configurada esta regla en el DCFR nos induce a pensar que esta falta de conformidad, en los términos recién aludidos, no ha de ser necesariamente equivalente al incumplimiento esencial del Art. III.- 3:502. Y puesto que el común denominador de las modificaciones previstas es la especial protección del consumidor, la excepción aludida habrá de interpretarse en el sentido de flexibilizar el carácter esencial del incumplimiento hasta hacerlo coincidir con esa «falta de conformidad con trascendencia suficiente» que se requiere, en el Art. IV.A.- 4:201, para obtener la resolución del contrato de consumo²⁶.

En esta misma dirección el artículo 4:206 de los Principles of European Law. Sales. En efecto, en los apartados primero y segundo del mencionado precepto se distinguía, en relación con la resolución del contrato a instancia del comprador, entre venta ordinaria y venta de consumo, de tal modo que, así como en el primer caso la posibilidad de resolver por parte del comprador estaba condicionada a una «falta de conformidad esencial»; en las ventas de consumo, el ejercicio de idéntica facultad sólo requería que la falta de conformidad no fuese «de escasa importancia».

En cualquier caso, la «falta de conformidad con trascendencia suficiente» que exige el Art. IV.A.- 4:201 no deja de ser un concepto jurídico indeterminado cuya concreción, desde un punto de vista práctico, no va a estar exenta de dificultades. Difícilmente pueden propugnarse aquí interpretaciones de tal locución que puedan resultar de general aplicación. Muy al contrario: para precisar el concreto significado de la referida expresión habrá de procederse, como ya han señalado los comentaristas oficiales de este texto, por vía casuística, atendiendo a las peculiaridades del concreto supuesto planteado²⁷.

Por otra parte, el recurso directo a la resolución contractual por incumplimiento, interpretado en sus literales términos, supone excepcionar, asimismo, el régimen de remedios generales ante el incumplimiento que, en una orientación claramente favorable al principio de conservación del negocio, convierten a la resolución contractual en la última de las vías de solución del conflicto de intereses generado por el inicial incumplimiento de una de las partes del contrato (así, por ejemplo, Art. III.- 3:202, Art. III.-3:203 o Art. III.- 3:103)²⁸.

²⁶ En sede de Derecho de consumo español, art. 121 TRLCU. En la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, la regla queda reducida en su expresión a los siguientes términos: «el comprador no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad fuere de escasa importancia».

²⁷ «Comentarios al Art. IV.A- 4:201», *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, p. 1342.

²⁸ Véanse A. SOLER PRESAS, «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *Indret*, 2009, pp. 4 y 5; M. L. PALAZÓN GARRIDO, «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en S. SÁNCHEZ LORENZO (dir.), *Derecho contractual comparado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp.769 y ss., esp. p. 786.

3. Transmisión de riesgos

Una de las cuestiones que mayor incidencia puede tener sobre el adecuado funcionamiento del contrato de compraventa es la relativa a la precisión del régimen de riesgos. De ahí la presencia de normas atinentes a la referida materia en la mayoría de las regulaciones existentes sobre este contrato²⁹. En esta línea, el DCFR dedica a esta cuestión el capítulo 5 del Libro IV.A (artículos 5:101 a 5:203), incidiendo en las dos cuestiones esenciales que, desde un punto de vista práctico, pueden plantearse en materia de riesgos: el efecto de la transmisión de los riesgos al comprador y el momento en que operaría el cambio del sujeto responsable de los mismos.

Respecto de la primera cuestión, dispone el Art. IV.A.- 5:101 que «la pérdida o el deterioro de los bienes que se produzcan después de que el riesgo haya pasado al comprador no eximen a éste de la obligación de pagar el precio, a menos que la pérdida o los daños se deban a una acción u omisión del vendedor»³⁰. En nuestra opinión, el último inciso del precepto, al exceptuar del régimen general previsto aquellos casos en los que la pérdida o el daño sean imputables al vendedor, resulta, ciertamente, redundante, ya que, técnicamente, el concepto de riesgo se conecta con el carácter fortuito de la pérdida o deterioro, y no lo serán si éstos tienen su causa en una acción o omisión (indebidas) del vendedor. De otra parte, por pérdida, a los efectos indicados, habrá que entender todos aquellos supuestos en los que la entrega de la cosa resulte imposible, física o jurídicamente (ilicitud)³¹; englobando el deterioro todos los casos de falta de conformidad. No se contiene en el DCFR

²⁹ Sin ninguna pretensión de exhaustividad, en el ámbito de Derecho comparado se pueden citar un buen número de artículos para ejemplificar la afirmación efectuada en el texto. Así, el parágrafo 446. 1.º BGB o el artículo 1138 del *Code*, (por la remisión efectuada en el artículo 1624). A diferencia de los anteriores, el *Codice Civile* sí especifica en qué consiste el riesgo: «Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali, il perimento della cosa per una causa imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata. La stessa disposizione si applica nel caso in cui l'effetto traslativo o costitutivo sia differito fino allo scadere di un termine. Qualora oggetto del trasferimento sia una cosa determinata solo nel genere, l'acquirente non è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione, se l'alienante ha fatto la consegna o se la cosa è stata individuata. L'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione, se il trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima che si verifici la condizione» (art. 1465).

³⁰ En lo que se refiere al Derecho español, ni el artículo 1452 CC ni el equivalente precepto del Código de Comercio (art. 333), precisan cuáles son las consecuencias que se derivan de la atribución del riesgo a la otra parte, de modo que han sido doctrina y jurisprudencia las que se han encargado de desvelar la exacta significación de esta cuestión. En este sentido, cabe señalar que, según opinión generalizada, el riesgo para el comprador -en los casos en que deba soportarlo- se concreta en la obligación de pagar el precio, pese a que se haya producido la extinción de la obligación de entrega del vendedor por pérdida fortuita de la cosa: Entre otras, STS 29 de abril de 1947, STS 9 de junio de 1949, STS 6 de octubre de 1965, STS 16 de noviembre de 1979, SAP Málaga 14 de noviembre de 2000; STS 22 de abril de 2004; SAP Murcia 19 de junio de 2009. La misma idea es sustentada por la doctrina. En palabras de E. GUARDIOLA SACARRERA, *La compraventa internacional*, 2.ª edición, Barcelona, 2001, p. 119: «... mientras que si lo soporta (el riesgo) el comprador deberá pagar el precio sin recibir nada a cambio o quedarse con las mercancías deterioradas».

³¹ Por remisión a lo establecido en el Art. III.- 3:302 (3) (a). Ejemplos concretos de imposibilidad pueden ser el robo de la mercancía, su extravío, confiscación, expropiación, etcétera.

ninguna otra norma que excepcione esta consecuencia de la transmisión del riesgo para las ventas de consumo que, en este particular extremo, quedarían sometidas al régimen general.

Pero no puede efectuarse idéntica afirmación en lo que al momento de la transmisión del riesgo se refiere. En efecto, en relación con esta última cuestión, cabe distinguir en el DCFR entre ventas de consumo y aquellas otras que no participen de este carácter. Para estas últimas, el Art. IV.A.- 5:102 establece una regla general (el riesgo se transmite cuando el comprador toma posesión de los bienes o de los documentos que los representan), que se combina con una serie de reglas particulares, en función de que el contrato de compraventa implique transporte de los bienes (párrafos 2 y 3 del Art. IV.A.-5:202), se vendan en tránsito (párrafos 2 y 3 del Art. IV.A.- 5:203) o suponga la puesta a disposición del comprador (Art. IV.A.- 5:201). Este conjunto de preceptos configurarían el régimen de los riesgos para la venta «ordinaria».

La transmisión del riesgo en la venta de consumo, en el DCFR, cuenta con reglas particulares contenidas en el Art. IV.A.- 5:103:

a) «En la compraventa de bienes de consumo el riesgo no se transmite hasta que el comprador toma posesión de los bienes». Ello supone, respecto del régimen general, una restricción de los mecanismos con virtualidad para operar la comunicación de riesgos al consumidor. En efecto, si comparamos los párrafos primero de este artículo y del precedente, podremos constatar cómo la única diferencia que existe entre ellos radica en la omisión en el primero de toda referencia a los documentos representativos de los bienes, cuya entrega, tratándose de venta de consumo, no parece que pueda dar lugar al efecto mencionado de comunicación de riesgos del vendedor/empresario al comprador/consumidor³². De este modo, para tal tipo de contratos, sólo la recepción material de los bienes (y no la simbólica que implica la de los documentos representativos de los mismos), tiene verdadera eficacia a los presentes efectos. Con ello, evidentemente, lo que se pretende es reforzar la posición del consumidor en este tipo de ventas, ofreciéndole la garantía adicional que supone la no asunción de los riesgos de pérdida o deterioro fortuitos hasta no tener, materialmente, los bienes en su poder.

b) «El apartado (1) no se aplica si el comprador ha incumplido la obligación de recibir los bienes y el incumplimiento no es excusable según lo dispuesto en el Artículo. III. -3:104 (Imposibilidad de cumplir), en cuyo caso se aplica el Artículo IV.A.- 5:201 (bienes puestos a disposición del comprador)». Esta aplicación limitada a las ventas de consumo de las reglas sobre transmisión de riesgos en los supuestos de ventas en tránsito, venta con transporte o bienes puestos a disposición de comprador tiene sentido en determinados supuestos: ¿qué sucede si el consumidor rechaza la recepción de los bienes?, ¿debe el empresario continuar soportando los riesgos de pérdida o deterioros fortuitos pese a haber puesto a disposición del comprador los bienes objeto del contrato? La respuesta a esta cuestión la proporciona el párrafo segundo del Art. IV.A.- 5:103, de modo que si la negativa del consumidor a tomar posesión de los bienes es injustificada³³, se entiende que los riesgos los asumió desde el

³² El exacto significado del precepto se descubre conectándolo con el párrafo primero del Art. IV.A.- 2:201, que considera cumplida la obligación de entrega por parte del vendedor «cuando pone a disposición del comprador los bienes, o los documentos representativos de los mismos cuando se haya acordado en el contrato que es suficiente la entrega de éstos».

³³ El precepto habla de «incumplimiento no excusable», remitiéndose para determinar cuándo lo es al Art. III.- 3:104.

momento en que, estando los bienes a su disposición y teniendo conocimiento de tal circunstancia, debía haber tomado posesión de los mismos.

c) «Las partes no pueden en perjuicio del consumidor, excluir la aplicación de este artículo o derogar o modificar sus efectos». En aras de una mejor protección de los consumidores, el especial régimen tuitivo consagrado en el precepto no puede verse modificado en perjuicio del consumidor, restringiéndose, con ello, el carácter dispositivo que, en general, se atribuye al texto articulado del DCFR (de acuerdo con lo estipulado en el párrafo segundo del Art. II.- 1:102).

No existe en nuestro Derecho un precepto que, de modo análogo al Art. IV:A.-5:103, establezca un régimen especial de transmisión de riesgos para las ventas de consumo. Quizá, el único paralelismo que pueda existir con nuestra especial normativa sobre consumo se encuentre en el carácter imperativo que, también entre nosotros, revisten las normas tuitivas de los consumidores.

No obstante la validez general de lo anteriormente afirmado, existe un precepto en materia de ejercicio del derecho de desistimiento que, de alguna manera, incide sobre la cuestión relativa al riesgo de pérdida o destrucción fortuita de la cosa. Se trata del artículo 75.1.º TRLCU, a cuyo tenor, «la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento. En estos casos, cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable, el consumidor y usuario responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste». Interpretado el precepto en sus literales términos, significaría que en el supuesto contemplado por la norma, el riesgo de pérdida por destrucción fortuita de la cosa se traspasaría al consumidor, no ya con la recepción de los bienes, si no cuando hubiese concluido el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento.

4. Garantías en los bienes de consumo

Con ámbito de aplicación circunscrito a las ventas de consumo, el Capítulo 6 de la Parte A del Libro IV del DCFR regula con bastante minuciosidad, bajo de la denominación de «garantía en los bienes de consumo», lo que habitualmente se conoce como garantía comercial y que supone para el consumidor una protección adicional respecto del régimen ordinario de conformidad de los bienes³⁴. Quiere ello decir que, con esta garantía comer-

³⁴ En nuestro ámbito, la figura de la garantía comercial fue introducida por el Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999. En la actualidad, es el artículo 125 TRLCU el que contiene su específica regulación. Sobre el concepto y caracteres de la misma, véase, entre otros, M.T. ÁLVAREZ MORENO, «La garantía comercial y la figura del productor en la venta de bienes de consumo», *Algunos aspectos en la venta de bienes de consumo*, Madrid, 2010, pp. 81 y ss., esp. pp. 82 a 84; J. R. GARCÍA VICENTE, «Las garantías comerciales o convencionales», en BERCOVITZ (dir.), *Tratado*, II, pp. 1522 a 1524. Por su parte, en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, de la Comisión General de Codificación, se prevé que «si el vendedor, o un tercero, hubiera garantizado especialmente determinadas cualidades de la cosa o la subsistencia de las mismas durante cierto tiempo, el comprador, además de los derechos que le concede la ley podrá ejercitar contra quien hubiere

cial, dependiendo de su particular contenido, el consumidor gozará de unos derechos suplementarios que reforzarán su posición más allá de las facultades generales que le asisten en caso de falta de conformidad de los bienes adquiridos.

El contenido de tal garantía puede ser plural:

– Puede implicar una ampliación de plazo dentro del que puede apreciarse la falta de conformidad.- A este respecto, el Art. IV.A.- 2:308 señala la responsabilidad del vendedor por cualquier falta de conformidad que exista en el momento en que el riesgo pase al comprador, aún cuando se manifieste sólo después de ese momento, presumiéndose, para las ventas de consumo, que cualquier falta de conformidad que se detecte dentro de los seis meses siguientes, ya existía en entonces. Pues bien, la garantía puede consistir en el compromiso de que los bienes continuarán siendo idóneos para su uso ordinario durante el tiempo que se haya especificado, más allá del señalado anteriormente [Art. IV.A.- 6:101 (2)].

– Puede significar un compromiso sobre la presencia de ciertas cualidades o características de los bienes enajenados, distintas de las que habitualmente posean.- En efecto, la conformidad de los bienes, con carácter general, se concreta, *ex* Art. IV.A.- 2:302 (f), en «poseer aquellas cualidades y prestaciones que razonablemente pueda esperar el comprador». Por encima de este límite, en la garantía comercial se pueden asegurar ciertas cualidades de los bienes de cuya presencia habrá que responder, aún cuando no sean las normales o habituales [Art. IV.A.- 6:101 (2) (b)].

– Puede modificar, en beneficio del consumidor, el régimen de remedios utilizables por el comprador en caso de falta de conformidad [Art. IV.A.- 6:101 (2) (c)].

Frente a la concesión de garantía comercial y silencio sobre su contenido, como norma supletoria, el Art. IV.A.- 6:104 prevé el cuadro de obligaciones adicionales asumidas.

Los sujetos contemplados como posibles garantes en el DCFR son el productor o el vendedor [Art. IV.A.- 6:101 (1)]³⁵, los cuales, pueden articularla como obligación contractual o unilateral, siendo, en cualquier caso, obligatoria en favor del primer comprador y, salvo disposición en contrario en la propia garantía, también para los demás propietarios que puedan suceder en la titularidad de los bienes durante la vigencia de la misma [Art. IV.A.- 6:102]³⁶. Por lo demás, el DCFR hace recaer sobre el garante la carga de la prueba de las circunstancias que impedirían la operatividad de la garantía (Art. IV.A.- 6:107).

prestado la garantía los que deriven de ésta. Estos derechos habrán de ejercitarse en las condiciones que resulten de la declaración de garantía o de su publicidad y, subsidiariamente, en las establecidas en los artículos siguientes». De otro lado, en su redacción originaria, el art. 29 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores, contenía el régimen legal de la garantía comercial.

³⁵ En Derecho español, el art. 125.1.º TRLCU se limita a hablar de «quien figure como garante».

³⁶ En lo que se refiere al Derecho español, mantienen idéntica tesis, entre otros, L. RÍO FERNÁNDEZ, «La garantía comercial y la responsabilidad civil del vendedor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo. El ejercicio de acciones derivadas de la Ley», *La compraventa: Ley de garantías*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, XI, p. 250; P. MARTÍN ARESTI, *Las garantías de los productos de consumo*, Pamplona, 2010, p. 253.

IV. CONCLUSIONES

La venta de consumo, dentro del DCFR, se configura como una figura dotada –al menos, en algunos aspectos– de un peculiar régimen dentro del general aplicable al contrato de compraventa. La modificación de las reglas generales para este tipo de negocio responde a una finalidad claramente tuitiva del consumidor. De ahí la imposibilidad de modificarlas en perjuicio de este último.

Las principales manifestaciones de este régimen protector se detectan en relación con el cumplimiento de la obligación de entrega, régimen de conformidad y remedios que pueden ser utilizados ante su ausencia, transmisión del riesgo y el establecimiento de una íntegra regulación de la garantía comercial. Con todo, la novedad de las reglas que configuran el perfil de la venta de consumo en el DCFR es más que relativa, habida cuenta de la existencia de precedentes normativos, de distinto ámbito y calado, de la práctica totalidad de las mismas. Ello, evidentemente, facilitaría la exégesis y aplicación de las referidas normas, lo que no significa que no pueda plantearse en algún supuesto concreto un problema de compatibilidad con la normativa española que pueda resultar aplicable³⁷.

³⁷ Así, por ejemplo, en lo que se refiere al propio concepto de consumidor. Sobre el desajuste entre el Derecho español y el Derecho comunitario en este concreto aspecto, véase S. CÁMARA LAPUENTE, «El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 84 y ss., esp. pp. 97 y 98.

Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo y Comparado

ALEMANIA

Bibliografía (2010-2011)

MARTIN EBERS*

1. PRINCIPIOS EUROPEOS Y MARCO COMÚN DE REFERENCIA

- HEISS, Helmut (ed.): *Principles of European Insurance Contract Law: A Model Optional Instrument, in co-operation with Mandeep Lakhan, on behalf of the Project Group Restatement of European Insurance Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München 2011.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (ed.): *Acquisition and Loss of Ownership of Goods. Principles of European Law*, prepared by Brigitta Lurger, Wolfgang Faber, Sellier European Law Publishers, München 2011.

2. DERECHO PRIVADO EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

- AMSTUTZ, Marc (ed.): *Europäisches Privatrecht. Ausgewählte Richtlinien*, Stämpfli/Linde, Bern/Wien, 2011.
- BUSCH, Christoph – SCHULTE-NÖLKE, Hans (eds.): *EU Compendium - Fundamental Rights and Private Law*, Sellier European Law Publishers, München, 2010.
- ESPLUGUES, Carlos – IGLESIAS, José-Luis – PALAO, Guillermo (eds.): *Application of Foreign Law*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- KARAKOSTAS, Ioannis K. – RIESENHUBER, Karl (eds.): *Methoden- und Verfassungsfragen der Europäischen Rechtsangleichung*, De Gruyter, Berlin/New York, 2011.
- KARPER, Irene: *Reformen des europäischen Gerichts- und Rechtsschutzsystems*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- SACCO, Rodolfo: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- SCHULZE, Reiner – SCHULTE-NÖLKE, Hans (eds.): *European Private Law – Current Status and Perspectives*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- STÜRNER, Michael: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

3. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO Y DERECHO DE CONSUMO

- GENZOW, F. CHRISTIAN – GRUNEWALD, Barbara –SCHULTE-NÖLKE, Hans (ed.): *Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz. Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag*, Schmidt, Köln, 2010.
- HENKE, Matthias Felix: *Enthält die Liste des Anhangs der Klauselrichtlinie 93/13/EWG Grundregeln des europäischen Vertragsrechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- HOHLERS, Franziska: *Der Vertragsschluss im e-Commerce nach deutschem und spanischem Recht. Unter besonderer Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben zu den Informationspflichten*, Lang, Frankfurt am Main, 2010.
- HOLTZ, Hajo Michael: *Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von UWG und dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- KABEY, Daniel: *Der Tatbestand des verbundenen Vertrags im Sinne des § 358 III I, 2 BGB unter besonderer Berücksichtigung von Restschuldversicherungen*, Lang, Frankfurt am Main, 2010.
- KNAPP, Andreas: *Europarecht und Vertragsgestaltung*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- MEIER, Sonja: *Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- SEILSTORFER, Silvia Karolina: *Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Portugal mit rechtsvergleichenden Hinweisen zum deutschen Recht*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- SOYKA, Julia: *Der Verbrauchsgüterkauf. Anwendungsbereich und Umgebungsprobleme*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- SULJIA, Gintautas: *Standard Contract Terms in Cross-Border Business Transactions. A Comparative Study from the Perspective of European Union Law*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- WOTKOWIAK, Remigiusz: *Der Rückforderungsdurchgriff beim verbundenen Geschäft nach dem modernisierten Schuldrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

4. SERVICIOS FINANCIEROS – GARANTÍAS CREDITICIAS

- BANKRECHTSTAG 2009: *Die zivilrechtliche Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie - Finanzmarktkrise und Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie*, De Gruyter, Berlin, 2010.
- BRINKMANN, Moritz: *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen. Eine materiell-, insolvenz- und kollisionsrechtliche Studie des Rechts der Mobiliarsicherheiten vor dem Hintergrund internationaler und europäischer Entwicklungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- FÖRSTER, Christian: *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie. Eine Neusystematisierung aus rechtsvergleichender Perspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- WÖSTHOFF, Philipp: *Die Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG und deren Umsetzung ins deutsche Recht*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.

5. DERECHO DE DAÑOS – RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL

- KÖTZ, Hein – WAGNER, Gerhard: *Deliktsrecht*, 11. Aufl., Vahlen, München, 2010.
- PÉGURET, Katrin: *Schadensersatzansprüche übergangener Bieter im Vergaberecht*, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlags Gesellschaft, Jena, 2010.
- SCHRAGE, Philipp: *Der Schadensersatz im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Die Gewährung des Schadensersatzes nach Inkrafttreten des «Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums»*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.

6. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

- BAUER, Jobst-Hubertus – GÖPFERT, Burkard – KRIEGER, Steffen: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar*, 3. Aufl., Beck, München 2011.
- DIPPEL, Martin: *Zivilrechtliche Haftung für Rassismus bei Sportveranstaltungen am Beispiel des Fußballsports*, Kovač, Hamburg 2011.
- MÜLLER, Thomas: *Alter und Recht. Das menschliche Alter und seine Bedeutung für das Recht unter besonderer Berücksichtigung des europäischen und nationalen Antidiskriminierungsrechts*, Lang, Frankfurt am Main 2011.

7. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y MONOPOLIOS

- BASEDOW, Jürgen – TERHECHTE, Jörg Philipp – TICHÝ, Luboš (eds.): *Private enforcement of competition law*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- IMGRUND, Jan: *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte an Beschlüsse von Kommission und Behörden der Europäischen Union im Kartellrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- MÖSCHEL, Wernhard – BIEN, Florian (eds.): *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- SAAM, Daniel: *Kollektive Rechtsbehelfe zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen im europäischen Wettbewerbs- und Verbraucherrecht. Eine systematische Untersuchung der aktuellen Vorhaben der EU-Kommission und ihrer möglichen Kompetenzgrundlagen*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- SCHMIDT-KESSEL, Martin – SCHUBMEHL, Silvan (eds.): *Lauterkeitsrecht in Europa. Eine Sammlung von Länderberichten zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- SCHOLL, Carl-Christian: *Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Private Enforcement im Kartellrecht*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- TZAKAS, Dimitrios-Panagiotis L.: *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr. Eine Untersuchung zur zuständigkeits- und kollisionsrechtlichen Behandlung von Kartelldelikten im Lichte der Rom II-Verordnung und unter Berücksichtigung der U.S.-amerikanischen Praxis*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- VOGEL, Markus: *Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht*, Heymanns, Köln, 2010.

- WESSELBURG, Alexander: *Drittschutz bei Verstößen gegen das Kartellverbot unter Berücksichtigung der Wechselwirkungen zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Durchsetzung*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- WUNDERLE, Timo: *Verbraucherschutz im europäischen Lauterkeitsrecht. Theoretische Grundlagen, gegenwärtiger Stand sowie Perspektiven der Rechtsentwicklung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- WURMNEST, Wolfgang: *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch. Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomik in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

8. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

- GEIMER, Reinhold – SCHÜTZE, Rolf A.: *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, EuInsVO, EuVTVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, 3. Aufl., Beck, München, 2010.
- HAHN, Markus: *Die Verortung der natürlichen Person im Europäischen Zivilverfahrensrecht*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- HARSÁGI, Viktória – KENGYEL, Miklós (eds.): *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- HODGES, Christopher – VOGENAUER, Stefan – TULIBACKA, Magdalena: *The Costs and Funding of Civil Litigation. A Comparative Perspective*, Beck, München, 2011.
- KÖCKERT, Ulrike: *Die Beteiligung Dritter im internationalen Zivilverfahrensrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.
- KROPHOLLER, Jan – VON HEIN, Jan: *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*, Kommentar, 9. Aufl., Beck, München, 2011.
- MAULTZSCH, Felix: *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- MÜLLER, Juliane: *Die Behandlung ausländischen Rechts im Zivilverfahren. Möglichkeiten einer Vereinheitlichung auf europäischer Ebene*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- PAULUS, Christoph G.: *Europäische Insolvenzverordnung, Kommentar*, 3. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2010.
- RINGWALD, Birgitt: *Europäischer Vollstreckungstitel nach der EuVTVO und Rechtsbehelfe des Schuldners*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

Legislación

Transposición de la Directiva 2008/122/CE, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio

La Directiva sobre tiempo compartido ha sido transpuesta en Alemania mediante la Ley de 17 de enero de 2011, «para la modernización de las normas sobre contratos de vivienda temporales, contratos sobre productos vaca-

cionales de larga duración, así como contratos de intermediación e intercambio» («zur Modernisierung der Regelungen über Teilzeit-Wohnrechtverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte sowie Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge») (*Bundesgesetzblatt* 2011 I-34). La norma entró en vigor el día previsto en el art. 16 de la Directiva como fecha límite para su aprobación, esto es, el 23 de febrero de 2011.

1. ¿ARMONIZACIÓN PLENA A TRAVÉS DE LA DIRECTIVA?

A diferencia de lo que venía siendo habitual en las directivas sobre derecho contractual de consumo, la que ahora se analiza adopta un enfoque de armonización plena. Según el Cdo. 3 no se debe permitir que los Estados miembros mantengan o introduzcan en su Derecho interno disposiciones distintas a las recogidas en la Directiva. Por tanto, eso significa que el margen de discrecionalidad de los Estados miembros se ha visto claramente limitado. Pero también debe hacerse notar que el concepto de armonización plena presenta límites (en general, Ebers, *InDret* 2/2010, epígrafe 4.2; en concreto, sobre la directiva de *Timeshare*, Anderson, *ADC* 2010, 229 ss.). Efectivamente, por un lado el concepto de armonización plena sólo puede referirse a aquellos aspectos que están regulados en la directiva; por el otro, las directivas de máximos también contienen disposiciones que dejan cierto margen de maniobra al legislador nacional, es decir, que todavía permiten que sea el derecho nacional el que regule determinadas cuestiones.

Ambas consideraciones quedan reflejadas en la directiva de *Timeshare*. El citado considerando deja claro que en los casos en que no existan disposiciones armonizadas, los Estados miembros deben tener libertad para mantener o introducir normas de Derecho interno acordes con el Derecho comunitario. Según el art. 1.2 *b*), ello es especialmente cierto en lo relativo a las normas sobre registro de bienes inmuebles o muebles y la transmisión de bienes inmuebles. Lo mismo debe decirse en relación con las consecuencias jurídicas y las sanciones en caso de infracción de los deberes previstos en la directiva. En general, el art. 1.2 *a* establece que la directiva no afecta «a las vías de recurso generales en materia de Derecho contractual» y, en la misma línea, el art. 6.1 considera que el derecho de desistimiento se suma a los otros remedios de que disponga el consumidor según la legislación nacional. En concreto, el art. 6.3, II obliga a los Estados miembros a «establecer las sanciones adecuadas, de conformidad con el artículo 15, en particular cuando, una vez vencido el plazo de desistimiento, el comerciante no haya cumplido los requisitos de información previstos en la presente Directiva.» Finalmente la norma considera, en general, que los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores, existan medios adecuados y eficaces para garantizar el cumplimiento de la presente Directiva por parte de los empresarios (art. 13.1) y que las sanciones que se impongan sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias» (art. 15.2).

A pesar, pues, del enfoque de armonización plena, los Estados miembros todavía tienen un cierto margen de actuación. Ello presupuesto, la exposición que sigue trata de explicar cómo ha hecho uso del mismo el legislador alemán en el momento de transponer la directiva comunitaria.

2. TÉCNICA DE TRANSPOSICIÓN

Esencialmente, la norma comunitaria ha sido transpuesta en los §§ 481-486a BGB. Es decir que los contratos de *Timeshare*, sobre productos vacacionales de larga duración, así como de reventa e intercambio, tienen su sede normativa en la parte especial del derecho de obligaciones, inmediatamente después de la venta y la permuta. Tal ubicación sistemática no es nueva. La Ley de modernización del Derecho alemán del año 2002 ya la había previsto al incorporar la Directiva 94/47/CE en el BGB (sobre la transposición de esta directiva en los Estados miembros, Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (eds.), *EC Consumer Law Compendium*, Sellier European Law Publishers, München 2008, pp. 262 ss.). Los nuevos preceptos reemplazan a los anteriores, que eran resultado de la transposición de la citada norma y, por tanto, los actuales §§ 481-486a BGB son nuevos. A su vez, los deberes de información y otras menciones obligatorias ya no se regulan en un reglamento (*BGB-Informationspflichten-Verordnung*) sino en la Ley de Introducción al BGB (*EGBGB*), tal y como también ha sucedido a la hora de proceder a la transposición de la Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago y la Directiva 2008/48/CE, sobre crédito al consumo. En relación con los deberes de información previstos en la Directiva, la EGBGB simplemente reenvía a los anexos I-IV de la norma comunitaria y ni siquiera reproduce su contenido. Adicionalmente, se ha añadido el anexo 1 No. 13 de la Directiva 2009/22 (versión codificada) en la Ley sobre acciones colectivas de cesación.

A la hora de transponer la norma, el legislador alemán no se ha limitado a un simple «cortar y pegar» sino que ha intentado sistematizar las disposiciones contenidas en la directiva y adaptarlas al sistema del BGB. Así, puesto que los conceptos de «consumidor» y «empresario» ya se encuentran definidos en los §§ 13, 14 BGB, no ha hecho falta trasladarlos a la sección en que se regulan específicamente los contratos de *Timeshare*. Así también, el derecho de desistimiento sólo parcialmente viene regulado en los §§ 485 y 485a BGB porque el núcleo común de la regulación de este derecho ya está regulado en otras disposiciones que tienen carácter general (§ 355 BGB). A pesar de la armonización plena, en esta materia el legislador alemán trata de mantener la sistemática que ya procuró la Ley de modernización del derecho de obligaciones.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO Y SUBJETIVO

El ámbito de aplicación objetivo de los §§ 481-486a BGB concuerda con las prescripciones de la directiva. De acuerdo con esta última, los §§ 481-481b BGB establecen lo que deba entenderse por «contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico», «contratos de adquisición de productos vacacionales de larga duración», «contratos de reventa» y «contratos de intercambio». Tal y como indica la directiva, los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y productos vacacionales de larga duración deben tener una duración superior a un año.

Tampoco en lo que se refiere al ámbito personal va el legislador más allá de lo previsto en la directiva: tanto la definición de consumidor como la de empresario reflejan lo dispuesto en ella. En consecuencia, las personas jurídicas no reciben protección (sobre el particular, Anderson, *op. cit.*, 233 ss.).

4. PUBLICIDAD Y DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

4.1 Deberes

Los deberes sobre publicidad e información precontractual de los art. 3 y 4 de la norma comunitaria tienen su sede normativa en el § 482 BGB. El legislador alemán ha tenido buen cuidado de no determinar el momento exacto en que tales deberes de información precontractual deben ser cumplidos. Por consiguiente, el § 482.1 BGB –igual que el art. 4.1 de la Directiva– se despacha con un «con suficiente antelación» (en alemán «rechtzeitig») antes de que el consumidor quede vinculado por su oferta. En la exposición de motivos del proyecto del Gobierno se explica que el consumidor antes de emitir su declaración de voluntad de aceptación de la oferta debe haber tenido tiempo suficiente para analizar la información que se le proporciona. La norma tiene en cuenta que la información contenida en las condiciones generales de los contratos de tiempo compartido y otros productos vacacionales es muchas veces muy extensa (*Regierungsbegründung*, BT-Drucks 17/2764, p. 17). En definitiva, serán los tribunales alemanes (y en última instancia el Tribunal de Justicia) quienes deberán decidir cómo debe interpretarse la expresión indeterminada «con suficiente antelación». La fórmula utilizada en la directiva «con suficiente antelación» ha sido criticada en la doctrina por conducir a una falta de seguridad jurídica (vgr. Anderson, *op. cit.*, p. 235). Sin embargo, tal vaguedad permite tomar en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. De esta manera se abre el paso, también a nivel europeo, a una transición que desde el modelo de protección estandarizada al consumidor se orienta hacia una protección particularizada según la justicia del caso concreto.

4.2 Consecuencias jurídicas

Ni la Directiva 2008/122/CE ni el § 482 BGB establecen las consecuencias jurídicas de la contravención de las disposiciones sobre publicidad. De la exposición de motivos del Gobierno se deduce que tanto la infracción que consiste en una omisión engañosa (cfr. art. 7 Directiva 2005/29/CE, sobre competencia desleal) como en la utilización de publicidad encubierta deberán regirse por la ley sobre competencia desleal (UWG) (BT-Drucks 17/2764, p. 17).

Si lo que se infringe son los deberes de información precontractual, parece que según la Directiva son posibles dos remedios: por un lado, el art. 6.2 y 4 establece la prolongación para ejercer el derecho de desistimiento mientras el consumidor no tenga en su poder el contrato o un contrato preliminar vinculante con la información sobre el derecho a desistir u otras menciones relevantes. Si tal información sobre el desistimiento no existe, el derecho se extingue a lo más tardar tras un año y catorce días naturales; si se omite otra cualquiera información, a lo más tardar a los tres meses y catorce días naturales. El *dies a quo* queda establecido, respectivamente, el día de celebración del contrato o contrato preliminar o el día en que el consumidor lo recibe. De ello se hace eco el § 485a BGB. Por otro lado, el art. 5.2 de la Directiva establece que la información proporcionada forma parte del contenido contractual y, por tanto, vincula al empresario. Ello es recogido en el § 484.2 BGB. A este respecto, la exposición de motivos del Gobierno resalta que existirá una pretensión del consumidor frente al incumplimiento siempre que la información precontractual o contractual prometan cualidades que en realidad no existan (BT-Drucks 17/2764, p. 20).

Además, la infracción de los deberes de información precontractual puede dar lugar a la impugnación del contrato por dolo (§ 123 BGB) (BT-Drucks cit.). Ello protege al consumidor que ya no pueda ejercer el derecho de desistimiento (si éste se hubiere extinguido). Si, adicionalmente, el empresario induce a error por omisión, ello recibe la sanción del Derecho de la competencia (art. 7 Directiva 2005/29/CE, sobre competencia desleal). Pero queda sin resolver si, además, podría reclamarse una indemnización o la ineficacia del contrato via *culpa in contrahendo* (§ 311.2 BGB). Y aquí se aprecian claramente los problemas de la armonización plena. Por un lado, el Cdo. 11 de la Directiva es muy claro: «Debe armonizarse la duración del plazo, así como las modalidades y efectos del ejercicio del derecho de desistimiento». Pero, por el otro, también es evidente que las normas sobre desistimiento son adicionales, esto es, «además de los recursos previstos por la legislación nacional» (Cdo. 12 y art. 6.1 Directiva). El mismo Cdo. 12 añade que el vencimiento del plazo de desistimiento no debe ser óbice para que el consumidor intente obtener reparación conforme a lo previsto por la legislación nacional en caso de incumplimiento de las obligaciones de información. Todo ello no casa bien con la pretensión de armonización plena: si al consumidor le corresponde un derecho a resolver el contrato sobre la base de la *culpa in contrahendo*, es evidente que ello permitirá esquivar las normas específicas sobre desistimiento (modalidades de ejercicio, límites temporales).

5. DISPOSICIONES SOBRE LA LENGUA

La Directiva contiene normas sobre la lengua de la información precontractual (art. 4.3) y del contrato (art. 5.1). El legislador alemán ha unificado esas dos disposiciones en un único § 483 BGB, que también incorpora la posibilidad de elección que contemplan las letras *a)* y *b)* del art. 5.1.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, es preciso distinguir entre, por un lado, los deberes precontractuales de información y, por el otro, el contrato. En el primer caso, si estos no se proporcionan en la lengua correcta, el derecho de desistimiento comienza más tarde (§ 485a.2 y 3 BGB). Si, por el contrario, resulta que el contrato se proporciona en una lengua indebida, la consecuencia es la nulidad (§ 483.3 BGB). Tal sanción no se encuentra en la Directiva, pero el legislador alemán considera que está implícita en el art. 15.2, que exige que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias (BT-Drucks 17/2764, p. 18).

6. FORMA Y CONTENIDO DEL CONTRATO

En relación con la forma del contrato, el art. 5.1 de la Directiva sólo prevé que el contrato se redacte por escrito, en papel o en otro soporte duradero. Del art. 5.3 letra *a)* se desprende, además, que también es exigible la firma de cada una de las partes. En el Derecho alemán, el § 484.1 BGB exige la forma escrita del contrato. Por tanto, este debe ser firmado de forma ológrafa por las partes contractuales (§ 126 BGB) o bien mediante firma electrónica (§ 126a BGB).

En casos especiales se requiere escritura pública (§ 311b.1 BGB) y, especialmente, cuando se trata de constituir derechos de aprovechamiento. Puesto que según el art. 1.2, 2 letra *b)* de la Directiva, la norma se aplica sin perjuicio de la legislación nacional relativa al registro de bienes inmuebles o muebles y a

la transmisión de bienes inmuebles, resulta que, a pesar de la armonización plena, la exigencia de una forma más estricta puede mantenerse sin problemas.

Si la forma exigible (forma escrita, escritura pública) no se observa, el contrato es nulo *ex* § 125 BGB.

En cuanto al contenido del contrato, el § 484.2 BGB recoge lo dispuesto en el art. 5.2 y 3.

7. DERECHO DE DESISTIMIENTO

Se regula en los arts. 6-8 de la Directiva y su transposición en el Derecho alemán refleja de forma muy gráfica los problemas que se derivan de una armonización de máximos. Como ya se ha adelantado, a propósito de la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones, el legislador alemán se preocupó de sistematizar esta materia y de regularla con una coherencia que no presentaba el derecho europeo. Ello dio como resultado el § 355 BGB, que contiene una regulación unitaria del derecho de desistimiento en todos los contratos de consumo. El legislador mantiene esa línea cuando el § 485.1 BGB afirma que al consumidor que realiza un contrato de *Timeshare* le corresponde un derecho de desistimiento según lo dispuesto en el § 355 BGB. Pero la armonización plena le ha obligado a precisar las particularidades en los § 485.2 y 3 BGB y § 485a BGB. Tales preceptos son los que transponen los ya citados de la norma comunitaria.

El art. 8.2 de la Directiva prevé los efectos del desistimiento. El consumidor no soportará coste alguno ni estará obligado a pagar ningún precio correspondiente al servicio que pudiera haberse llevado a cabo antes de su ejercicio. El § 485.2, II BGB deja claro que el empresario debe abonar los costes de la celebración del contrato, su ejecución y su resolución. Tal regla persigue dejar indemne al consumidor que desiste de los gastos en que haya podido incurrir (cfr. Dictamen de la Comisión jurídica, BT-Drucks 17/3111, p. 3).

8. PROHIBICIÓN DE ANTICIPOS

De acuerdo con el art. 9 de la directiva, el § 486 BGB regula la prohibición de anticipos. La regulación alemana deja muy claro que el empresario ni puede exigir ni puede tampoco aceptar pagos anticipados por parte del consumidor. Sin embargo, el legislador alemán no incorpora la frase que en la directiva acompaña al «pago de anticipos», es decir, «la constitución de garantías, la reserva de dinero en cuentas, el reconocimiento explícito de deuda o cualquier otra contrapartida». La razón es que el concepto de «anticipo» ya incluye cualquiera de esas formas, puesto que todas ellas suponen que el consumidor pierde el poder de disposición sobre la cantidad (de dinero) de que se trate.

Ni la Directiva ni el Derecho alemán prevén sanciones concretas a la infracción de ese deber. Ya con ocasión de la transposición de la anterior Directiva 94/47/CE, que también prevenía esa misma prohibición de anticipos, la doctrina alemana había sugerido distintas sanciones (cfr. Staudinger, en: Schulze et alii (eds.), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden 2004⁴, § 486 Rn. 6): El consumidor puede desistir del contrato o, supuesto que le interese contratar, exigir la devolución del pago de anticipos según las reglas sobre enriquecimiento injusto. Es posible además reclamar daños y perjuicios por la vía de la responsabilidad extracon-

tractual, puesto que la prohibición de anticipos constituye una norma de protección, según el § 823.2 BGB. Naturalmente, existe también la posibilidad de entablar acciones colectivas de cesación.

9. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis precedente deja claro que el legislador nacional, a pesar de la armonización plena, todavía tiene un amplio margen de actuación. Si bien los deberes precontractuales y el contenido del contrato resultan armonizados a través de la norma comunitaria, no sucede lo mismo en relación con los remedios y las sanciones, que la directiva sólo regula parcialmente y no de forma concluyente. Por tanto, si los Estados miembros tienen todavía un margen de actuación, ello significa que no se consigue la finalidad perseguida, que es la armonización plena o máxima. En definitiva, la unidad del mercado interior exige que también los remedios y las consecuencias jurídicas sean objeto de armonización.

ESPAÑA

Bibliografía

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*
MARIA LUISA ZAHINO RUIZ**

1. ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR

MARTÍN LÓPEZ, Milagros – ROLDÁN MÁRQUEZ, Adela (coords.): *EEES y cambios en las metodologías docentes: reflexiones y experiencias en su aplicación a las ciencias del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. ISBN: 9788499853689.

2. DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DATOS PERSONALES

ESQUINAS VALVERDE, Patricia: *Protección de datos personales en la policía europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. ISBN: 9788499850191.

GUICHOT, Emilio: *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Sevilla, Global Law Press, 2011. ISBN: 9788493634933.

LLÀCER MATAÇÀS, M.^a Rosa: *Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia*, Madrid, La Ley, 2011. ISBN: 978-84-8126-820-1.

3. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

CELADOR ANGÓN, Óscar: *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos* ISBN: 9788499821467.

* Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.

** Profesora Titular interina de Escuela Universitaria de la Universidad de Barcelona.

FERRERES COMELLA, Víctor: *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011. ISBN: 9788497688451.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, M.^a del Carmen: *Democracia y Derechos humanos en la Unión Europea*, Madrid, Reus ed., 2011. ISBN: 9788429016420.

4. DERECHO DE CONTRATOS

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (Madrid, 2011), Madrid, Colex, 2011. ISBN: 978- 84-8342-289-2.

DÍAZ ROMERO, M.^a Rosario: *Leasing inmobiliario y transmisión de la propiedad en Europa*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2010. ISBN: 9788492884001.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (dir.): *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Barcelona, Bosch casa ed., 2011. ISBN: 9788497908207.

5. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CASTELLANOS RUIZ, Esperanza: *Régimen jurídico de los consumidores. Competencia judicial internacional y ley aplicable*, Granada, Comares, 2010. ISBN: 9788498367669.

FUGARDO ESTIVILL, José M.^a: *El Reglamento (CE) número 593/2008, del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2010. ISBN: 9788495176752.

HERRANZ BALLESTEROS, Mónica: *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. ISBN: 9788499859644.

6. DERECHO LINGÜÍSTICO

GÁLVEZ SALVADOR, María José: *La diversidad lingüística comunitaria. Aspectos constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. ISBN: 9788499850320.

7. DERECHO DE SUCESIONES

ANDERSON, Miriam - ARROYO I AMAYUELAS, Esther (eds.): *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Col. European Studies in Private Law (5), Groningen, Europa Law Publishing, 2011. ISBN 978-90-8952-087-6.

8. DIVERSOS

LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Textos jurídicos básicos de la Unión Europea, La Ley-Actualidad*, 2011. ISBN: 9788481268737.

MONTANOS FERRÍN, Emma: *Experiencias de Derecho común europeo. Siglos XII – XVII*, Santiago de Compostela, Andavira editora, 2010. ISBN: 9788484085850.

Legislación

MARIA LUISA ZAHINO RUIZ

Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, incorporó al ordenamiento español la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000, con la pretensión de solucionar los problemas que los plazos de pago excesivamente amplios y la morosidad provocan a las empresas en general y a las pequeñas y medianas en particular. El objetivo general de la Ley 3/2004 era fomentar una mayor transparencia en la determinación de los plazos de pago en las transacciones comerciales y garantizar su cumplimiento. Para ello comprendía un conjunto de medidas sustantivas contra la morosidad –determinación del plazo de pago y exigibilidad de intereses de demora, fijación del tipo legal, devengo automático, indemnización por costes de cobro– orientadas, en última instancia, a impedir plazos de pago excesivamente largos, que no tienen más finalidad que la de proporcionar liquidez adicional al deudor a expensas del acreedor.

La escasa aplicación práctica de la normativa y la constatación, cinco años después de su entrada en vigor, de los altos niveles de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas, llevó al Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*) a presentar una proposición de Ley de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre [Proposición de Ley 122/000147, BOCG de 24 de marzo de 2009, Serie B. Núm. 169-1, pp.1-5] que, tras su tramitación parlamentaria, fue aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 17 de junio de 2010, dando lugar a la Ley 15/2010, de 5 de julio, de Modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. El mismo interés práctico ha determinado al Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea a derogar la Directiva 2000/35/CE –con efectos a partir del 16 de marzo de 2013– y a aprobar una nueva Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, cuyas directrices –en fase de proyecto– han sido parcialmente tenidas en cuenta por el legislador español.

El objetivo de la reforma es doble: favorecer la competitividad entre empresas corrigiendo desequilibrios y lograr un crecimiento equilibrado de la economía española [Preámbulo § 5 L. 15/2010]. Tales objetivos tienen como premisa garantizar la subsistencia de las pequeñas y medianas empresas en el contexto económico actual, en atención a su manifiesta dependen-

cia del crédito a corto plazo y a las limitaciones de tesorería que presentan. Y, a tales efectos, pretende introducir: «...nuevos instrumentos que permitan que las empresas hagan uso de sus derechos de una manera efectiva, tanto en lo que se refiere a la reclamación de los intereses moratorios y recuperación de los gastos de cobro, como en el establecimiento de procedimientos de reclamación más ágiles y menos costosos» [Proposición de Ley 122/000147, EM § 6].

Presupuesto lo anterior, en cuanto concierne a la L. 3/2004, la reforma se ha concretado en la modificación de los arts. 2 –Definiciones–, 3 –Ámbito de aplicación–, 4 –Determinación del plazo de pago–, 8 –Indemnización por costes de cobro– y 9 –Cláusulas abusivas–, y en la introducción de un nuevo precepto, el art.11 –Transparencia en las buenas prácticas comerciales.

La modificación de los arts. 2 y 3 L. 3/2004 ha tenido por objeto precisar el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley –en cuanto se refiere a los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones realizadas entre empresas y la Administración– incorporando a la Ley el concepto de Administración recogido en el art. 3.3 de la L. 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [LCSP], de modo que se considera como Administración, «a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público». En otro orden de cuestiones, se ha aprovechado la reforma para introducir una nueva definición en el art. 2 d L. 3/2004 relativa al cómputo del plazo de pago que se referirá –como ya establece el art. 5.2 CC y, ahora también la recientemente aprobada Dir. 2011/7/UE, de 16 de Febrero (arts. 3.3, b, i, y 4.3, a, i) – «...a todos los días naturales del año, y serán nulos y se tendrán por no puestos los pactos que excluyan del cómputo los períodos considerados vacacionales».

En el plano sustantivo las modificaciones más significativas conciernen a las normas relativas a la determinación del plazo de pago –tanto las relativas a los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, como entre empresas y la Administración.

Posiblemente la novedad más destacable en relación con esta materia sea la supresión de la posibilidad de «pacto entre las partes» en cuanto se refiere a la ampliación del plazo de pago (art. 4.1 a L. 3/2004), con la finalidad de «...evitar posibles prácticas abusivas de grandes empresas sobre pequeños proveedores» (Preámbulo § 7 L. 15/2010). La L. 15/2010 adopta en este punto un criterio –de dudosa oportunidad económica– distinto del general previsto en la Dir. 2000/35/CE (arts. 3.1 a y b) –y, también en la Dir. 2011/7/UE (arts. 3.3 b y 4.6), en la que se insiste en la oportunidad de que las partes puedan seguir teniendo la posibilidad de acordar expresamente plazos de pago superiores a 60 días naturales, siempre que esta ampliación no sea manifiestamente abusiva para el acreedor (Considerandos 13 y 23 Dir. 2011/7/UE)– que pone en tela de juicio su adecuación a la misma. En otro orden de cuestiones, la supresión de la posibilidad de «pacto entre las partes» deja sin sentido parcialmente la regulación del art. 9.1 L. 3/2004 en materia de cláusulas abusivas y plazo de pago –a pesar de que su redacción no se ha modificado en este punto– toda vez que un pacto sobre el plazo de pago que difiera del legal –salvo que se trate de un plazo inferior– ya no es posible.

En relación con los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas se excepciona el plazo general de 30 días establecido por la Dir. 2000/35/CE (art. 3.1 b, i) –y también por la Dir. 2011/7/UE (art. 3.3 b, i)– y se fija en 60 días (art. 4.1 a L. 3/2004) –a excepción de los productos de alimentación frescos y perecederos, cuyo

aplazamiento de pago no puede exceder, en ningún caso, de 30 días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías (Disp. Adicional primera L. 15/2010 y art. 17.3 L. 7/1996, de 15 de enero [LOCM]). La adecuación de la norma a las directrices comunitarias resulta dudosa también en este punto, toda vez que el plazo de 60 días parece revestir en la Dir. 2000/35/CE –y también en la Dir. 2011/7/UE– un carácter excepcional. No obstante, se insiste en el Preámbulo de la L. 15/2010 en que los plazos de pago establecidos se adecuan a lo preceptuado en el art. 3.2 Dir. 2000/35/CE, que autoriza a los Estados miembros a fijar el plazo de exigibilidad en un máximo de 60 días en el caso de algunos tipos contractuales que habrá de definir la legislación nacional «...cuando obliguen a las partes contratantes a no rebasar dicha demora o cuando fijen un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo legal».

Se adopta, asimismo, un criterio distinto en relación con el cómputo del plazo y la fijación del *dies a quo*, pues no viene determinado por la recepción de la factura (cfr. arts. 3.1 b, i, Dir. 2000/35/CE y 3.3 b i, Dir. 2011/7/UE), sino por la de las mercancías o por la prestación de los servicios, de modo que el plazo de pago que debe cumplir el deudor será en todo caso –también en los supuestos en que el deudor reciba la factura o solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios (art. 4.1 b), o se haya dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios (art. 4.1 c) – de sesenta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de servicios, sin que dicho plazo pueda ser ampliado por acuerdo de las partes (art. 4.1 a L. 3/2004). Esta regla se exceptiona, sin razón aparente, en los apartados 3 y 4 del mismo precepto, introducidos por la L. 15/2010. El apartado tercero, relativo a los supuestos en que la recepción de la factura tiene lugar por medios electrónicos, establece que «...producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura, y la recepción por el interesado». Y el apartado cuarto atiende a la posibilidad de agrupar en un único pago facturas de un período determinado no superior a 15 días, que queda limitada a que «se tome como fecha de inicio del cómputo del plazo, la fecha correspondiente a la mitad del período de la factura resumen periódica o de la agrupación periódica de facturas de que se trate, según el caso, y el plazo de pago no supere los 60 días desde esa fecha».

En otro orden de cuestiones, conviene advertir que la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios es también relevante en cuanto a la determinación del plazo en que el proveedor está obligado a hacer llegar la factura o solicitud de pago equivalente a sus clientes, que se concreta –como en el art. 17.2.3 LOCM– en treinta días desde la recepción efectiva de las mercancías o prestación de servicios (art. 4.2 L. 3/2004).

En relación con los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas y la Administración, en sintonía con la Dir. 2011/7/UE (Considerando 23 y art. 4.3 a, i), el plazo se reduce de 60 a 30 días –estableciéndose un período transitorio para su entrada en vigor plena a partir del 1 de enero de 2013 (art. 3.3 L. 15/2010)– y, en consecuencia, el art. 3.1 L. 15/2010 modifica el art. 200.4 de la LCSP, imponiendo a la Administración la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato; y, si no procede la expedición de certificación de obra, el *dies a*

quo –a diferencia de cómo sucede en relación con los pagos derivados de operaciones comerciales entre empresas– se concreta en el momento de recepción de la factura, pues la fecha de recepción efectiva de las mercancías o prestación de los servicios sólo opera cuando la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios (art. 200.4 LCSP). Pero, en materia de pagos entre empresas y la Administración no es ésta la única reforma e interesa destacar la importancia práctica de la norma introducida en el nuevo art. 200 bis LCSP, que articula un procedimiento judicial que permitirá a las empresas que realicen prestaciones a favor de la Administración hacer efectivas las deudas de una manera ágil y rápida, ya que transcurrido el plazo legal de pago los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, si es el caso, los intereses de demora. Y si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no contesta, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán acudir a la jurisdicción contenciosa y solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda (art. 200 bis LCSP). Junto a la anterior medida, se han establecido medidas de transparencia en materia de cumplimiento de obligaciones que se han concretado en la obligatoriedad de emitir informes periódicos a todos los niveles de la Administración (art. 4 L. 15/2010) y el establecimiento de un registro de facturas en las Administraciones locales (art. 5 L. 15/2010).

La indemnización por costes de cobro es otra de las medidas sustantivas contra la morosidad afectada por la reforma operada por la L.15/2010, pues se ha reforzado el derecho del acreedor a percibir dicha indemnización al eliminarse la previsión del art. 8.1 L. 3/2004 sobre su improcedencia en los supuestos en que el coste de cobro de que se tratare hubiese sido cubierto por la condena en costas del deudor.

Con el fin de ampliar la posibilidad de que las asociaciones denuncien prácticas abusivas en nombre de sus asociados se ha modificado también el art. 9.4 L. 3/2004, reconociendo a las entidades legitimadas para el ejercicio de las acciones de cesación y de retractación –entre las que se incluyen ahora también las de trabajadores autónomos (art. 9.4 a)– la posibilidad de personarse en los órganos jurisdiccionales o administrativos competentes para solicitar la no aplicación de las cláusulas o prácticas abusivas. Y, sin perjuicio de ello y con el mismo fin, se ha introducido un apartado cinco en el que se contempla la posibilidad de que tales entidades puedan asumir el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y de retractación en contratos excluidos del ámbito de la L. 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, cuando se trate de empresas que incumplen habitualmente los períodos de pago previstos en la Ley.

Finalmente, conforme con la pretensión de la Dir. 2011/7/UE de promover la elaboración de «Códigos de buenas prácticas comerciales» y la adopción de sistemas de resolución de conflictos a través de la mediación y el arbitraje de adscripción voluntaria por parte de los agentes económicos (Considerando 34 y art. 8.4), la L. 15/2010 ha adicionado un artículo –el art. 11 Transparencia en las buenas prácticas comerciales– a la L. 3/2004 con el fin de favorecer las buenas prácticas en materia de pago.

Por último conviene advertir que, aunque la L. 15/2010 entró en vigor el 7 de julio de 2010, en relación con las normas de determinación del plazo de pago del art. 4 L. 3/2004, se ha previsto un calendario de ajuste progresivo para aquellas empresas que vinieran pactando plazos de pago más elevados

–del que se excepcionan los productos de alimentación frescos y perecederos– que concluirá el 1 de enero de 2013 (Disp. Transitoria Segunda L. 15/2010), antes de que finalice el plazo –16 de marzo de 2013– previsto en la Dir. 2011/7/UE para su transposición por los Estados miembros.

FRANCIA

Bibliografía (octubre 2010-mayo 2011)

CÉDRIC MONTFORT*

1. MANUALES, GENERALIDADES

- BERGÉ Jean-Sylvestre - ROBIN-OLIVIER Sophie : *Droit européen - Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF, Paris, 2011, 2è édition. ISBN 978-2-13-058314-1.
- DEGRYSE, Christophe, *Dictionnaire de l'Union européenne*, 2011. ISBN 978-2-8044-4151-7.
- DUBOUIS, Louis – GUEYDAN, Claude : *Les grands textes du droit de l'Union européenne - Traités - Droit dérivé – Jurisprudence*, Dalloz-Sirey, Paris, 2010, 8è édition. ISBN 978-2-247-09005-1.
- KARPENSCHIF, Michaël – NOURISSAT, Cyril : *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'union européenne*, PUF, Paris, 2010. ISBN 978-2-13-056714-1.
- PERTEK, Jacques : *Droit des institutions de l'Union européenne*, PUF, Paris, 2011, 3è édition. ISBN 978-2-13-058316-5.
- VAN RAEPENBUSCH, Sean : *Droit institutionnel de l'union européenne*, Larcier, Paris, 2011. ISBN 978-2-8044-3979-8.

2. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – DERECHOS FUNDAMENTALES

- BERGÉ, Vincent : *Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, 12e édition, Dalloz-Sirey, Paris, 2011, 12e édition. ISBN 978-2-247-10666-0.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.) : *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-3041-5.
- FLAUSS, Jean-François - LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth : *La pratique d'indemnisation des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-3036-1.
- LEVINET, Michel (dir.) : *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-2984-6.
- MARTENS, Paul Bossuyt – RIGAUX, Marie-Françoise et alii : *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme - Liber amicorum Michel Melchior*, Anthemis, Louvain la Neuve, 2011. ISBN 978-2-87455-282-3.

* Doctor en Derecho. Abogado en el Colegio de Lyon. Encargado de curso en la Université Jean Moulin-Lyon 3 y en la Université Lumière – Lyon 2.

3. DERECHO CONTRACTUAL

BEHAR-TOUCHAIS, Martine - CHAGNY, Muriel : *Livre vert sur le droit européen des contrats - Réponses du réseau Trans Europe Experts*, Société de Législation comparée, Paris, 2011. ISBN 978-2-908199-92-5.

MAZEAUD, Denis - SCHULZE, Reiner – WICKER, Guillaume : *L'amorce d'un droit européen du contrat - La proposition de directive relative aux droits des consommateurs*, Société de législation comparée, Paris, 2010. ISBN 978-2-908199-87-1.

ROCHFELD, Judith (dir.), *L'acquis communautaire - Le contrat électronique*, Economica, Paris, 2010. ISBN 978-2-7178-5916-4.

4. DERECHO DE SOCIEDADES – INSOLVENCIA – FINANZAS

DAUGAREILH, Isabelle: *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-3029-3.

DECOCQ, André – DECOCQ, Georges : *Droit européen des affaires*, LGDJ, Paris, 2010, 2è édition. ISBN 978-2-275-03491-1.

GRARD, Loïc – KAUFFMANN, Pascal : *L'Europe des banques - Approches juridiques et économiques, Concurrence, Réglementation, Marché unique*, Pédone, Paris, 2010. ISBN 978-2-233-00602-8.

5. DIVERSOS

BLUMANN, Claude – PICOD, Fabrice : *L'union européenne et les crises*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-2986-0.

BRIBOSIA, Emmanuelle – SCHEECK, Laurent - UBEDA DE TORRES, Amaya : *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-2774-3.

DAL GEORGES, Albert : *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8044-4653-6.

HENNION, Sylvie - LE BARBIER-LE BRIS - DEL SOL, Marion : *Droit social européen et international*, PUF, Paris, 2010. ISBN : 978-2-13-056403-4.

NASCIMBENE, Bruno – PICOD, Fabrice : *L'Italie et le droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-3012-5.

SIMON, Denys - MARIATTE, Flavien – MUÑOZ, Rodolphe : *Contentieux de l'Union européenne 2 - Carence, responsabilité*, Lamy, Paris, 2011. ISBN 978-2-7212.

VANDERLINDEN, Jacques – SNOW, Gérard – POIRIER, Donald : *La Common Law de A à Z*, Yvon Blais, Montréal, 2011. ISBN 978-2-89635-448-1.

Legislación

La nueva regulación de la detención preventiva nace y muere ... ¡el mismo día!

Los lectores de esta crónica recordarán que el régimen francés del arresto o detención preventiva (*garde à vue*) fue invalidado por el Consejo cons-

titutional (*Conseil constitutionnel*, 30 juillet 2010, DC n.º 2010-14/22), que ordenó al Parlamento promulgar una nueva ley. Ésta lleva fecha de 14 de abril de 2011 (*Loi 2011-392 Journal officiel de la République française* du 15 avril 2011) y en ella se dispone que tiene derecho a guardar silencio toda persona detenida preventivamente y que el abogado debe asistir a los interrogatorios, pero no tiene acceso a todas las piezas del dossier. La ley debía entrar en vigor el 1 de junio.

El 15 de abril de 2011, día de la publicación de la ley, la el Tribunal de Casación, en asamblea plenaria, dictó cuatro sentencias, en las que recuerda la eficacia inmediata de las normas del convenio europeo y la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos:

«les Etats adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation; que, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires» (Ass. plen., 15 avril 2011, n.º de pourvoi 10-17.049 et 10-30.242).

Además, los jueces confirman – en contra de la tesis del Ministerio de Justicia – que se impone la jurisprudencia de Estrasburgo incluso en los Estados que no hayan sido condenados:

«Mais attendu qu'après avoir retenu qu'aux termes de ses arrêts Salduz c./ Turquie et Dayanan c./Turquie, rendus les 27 novembre 2008 et 13 octobre 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, pour que le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde, soit effectif et concret, il fallait, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue et pendant ses interrogatoires.» (Ass. plén., 15 avril 2011, n.º de pourvoi 10-30.313 y 10-30.316).

Por tanto, mucho antes de que la norma haya entrado en vigor, la *Cour de cassation* ya ha cuestionado que ésta no permita garantizar una asistencia eficaz del abogado, que necesariamente debe contemplar el acceso a todas las piezas del dossier (y no sólo las administrativas relativas a la privación de libertad, los controles médicos, o a las declaraciones del detenido). Así mismo, entiende el tribunal que se debe confiar la decisión de privación de libertad a una verdadera autoridad judicial, según el art. 5.3 del Convenio europeo, consideración que no tiene el Ministerio Fiscal (TEDH de 23 de noviembre de 2010, *Moulin c. France, requête* n.º 37104/06 ; *Cass. crim.*, 15 diciembre 2010, n.º de *pourvoi* 10-83.674), y, en general, debe preservarse el equilibrio de los derechos de las partes.

Con tales decisiones, la *Cour de cassation* da muestra de su independencia pero, sobre todo, da muestra de un apego total a la letra y al espíritu del

derecho europeo que, en este punto, es mucho más protector que la Constitución. Estas nuevas disquisiciones sobre la prisión preventiva constituyen un nuevo ejemplo del diálogo existente entre los tribunales europeos ¡Ahora sólo hace falta que este diálogo se traslade también a los Parlamentos!

ITALIA

Bibliografía

**MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO,
STEFANO TROIANO, BARBARA PASA**

I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (Mirko Faccioli*, Mauro Tescaro**, Stefano Troiano***)

AAVV: *Europa e diritto privato*, n. 1, 2011. El fascículo contiene diversos artículos de interés para el desarrollo del derecho privado que tratan, en particular: del papel de la causa en el derecho de contratos europeo, de los criterios de determinación del daño en las *model rules* y en el derecho común europeo, de la interacción entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo y los jueces nacionales, del contrato laboral de los deportistas, como punto de encuentro entre ordenamientos.

AAVV: *Contratto e impresa / Europa*, n. 2, 2010. El fascículo contiene diversos artículos en materia de derecho privado europeo que, entre otros temas, versan sobre los siguientes: el concepto de consumidor medio y consumidor vulnerable en el derecho comunitario; el foro en materia contractual en la reciente jurisprudencia comunitaria; antiguos modelos y nuevas perspectivas del derecho de propiedad en Europa; observaciones sobre el decreto legislativo de 27 de enero de 2010, n. 11 (sobre el particular, *vid infra*, en la sección de legislación).

GRANELLI, C.: «Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore», in *Obbligazioni e Contratti*, n. 11, 2010, p. 731 ss. Tras sintetizar las opiniones de la doctrina y las decisiones jurisprudenciales a propósito del nuevo código de consumo italiano, el autor trata de realizar un balance de su relevancia práctica y concluye que la regulación administrativa del texto ha sido más eficaz que la civil.

DE CRISTOFARO, G.: «Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE», en *Rassegna di diritto civile*, n. 3, 2010, p. 880 ss. El autor analiza las modalidades de transposición en distintos Estados miembros de la Directiva 2005/29/CE y explica que la diversidad de soluciones son una prueba evidente del fallido intento de armonización en este sector.

* *Ricercatore di Diritto privato* (Università di Verona).

** *Ricercatore di Diritto privato* (Università di Verona).

*** *Professore Ordinario di Diritto Privato* (Università di Verona).

KRAMER, E. A.: «Il recesso dalle trattative: uno schizzo comparatistico», in *La responsabilità civile*, n. 4, 2011, p. 246 ss. El artículo reproduce la conferencia que el autor pronunció en junio de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Verona, en el marco del curso de doctorado «Diritto privato europeo dei rapporti patrimoniali». Realiza un análisis de derecho comparado sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos preliminares en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales y en los proyectos europeos de armonización del derecho contractual.

VISINTINI, G.: *La circolazione delle giurisprudenze*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 2011, 73 ss. El autor explica la circulación de modelos jurídicos y del contraste ideológico entre el derecho comunitario y el derecho nacional en materia de propiedad, así como de la influencia de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en materia de daños, como consecuencia de un proceso injusto. El análisis evidencia la distancia que existe entre los principios europeos y el derecho interno y el autor concluye que los jueces italianos deben proferir sentencias menos prolijas con el fin de que también los lectores extranjeros puedan entenderlas.

II. DERECHO COMPARADO (Barbara Pasa*)

1. NUEVAS REVISTAS

Se quiere dar noticia en esta crónica de dos nuevas revistas italianas *on line* que publican contribuciones de derecho comparado en diversas lenguas y también de autores extranjeros. De una de ellas es director Rodolfo Sacco (<http://isaidat.di.unito.it/index.php/isaidat/>). De la otra, Pasquale Stanzione (<http://www.comparazioneirittocivile.it/>).

Ha salido también una nueva edición del *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, que es una histórica revista italiana dedicada al derecho extranjero y comparado, por primera vez publicada en 1927 y cuya publicación se suspendió en el año 1992. Este nuevo primer volumen es de 2010 y está editado por *Edizioni scientifiche italiane* de Nápoles. La revista tendrá una periodicidad anual.

2. MONOGRAFÍAS Y MANUALES DE DERECHO COMPARADO (PÚBLICO Y PRIVADO)

CARBONE, Paolo L. : *Il contratto del monopolista. Contributo in chiave comparata alla teoria del contratto nell'era delle «conoscenze»*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 86, ISBN 881414432X.

CASTELLUCCI, Ignazio: *Sistema jurídico latinoamericano. Una verifica*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. XVI-324. ISBN 978-88-348-1833-6.

* *Professore Associato di Diritto Comparato* (Università degli Studi di Torino).

- DEL CONTE, Fabio: *La Devolution nel Regno Unito, Percorsi di analisi sul decentramento politico costituzionale d'oltremarica*, 2011 pp. VIII-240, ISBN 978-88-348-1729-2.
- FORMICHELLA, Laura: *Le nuove leggi cinesi e la codificazione: la legge sulle società*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. xii-168, ISBN 9788834814840.
- FRANCAVILLA, Domenico: *Il diritto nell'India contemporanea, Sistemi tradizionali, modelli occidentali e globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 208, ISBN 978-88-348-1696-7.
- GALGANO, Francesco (a cura di): *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bologna, 5 ed., 2011, pp. 344, ISBN 9788808258083.
- GLENN, Patrick H.: *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, «Collezione di testi e di studi», con presentazione de Sergio Ferlito, Il Mulino, Bologna, 2011. pp. 704, ISBN 978-88-15-14925-1.
- IACOMETTI, Miryam: *L'Organizzazione interna dei Parlamenti. Un'analisi comparata*, ed. Carocci, Bologna, 2011, pp. 317, ISBN 9788843054299.
- PARDOLESI, Paolo (a cura di): *Seminari di Diritto Privato Comparato*, Cacucci ed., Bari, 2011, pp. 438, ISBN 9788866110149.
- PERA, Alessandra - RICCIO, Giovanni Maria: *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Cedam, Padova, 2011, pp. XIV-354, ISBN 8813307586.
- PETRILLO, Pier Luigi: *Democrazie sotto pressione : parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. IX-494, ISBN 494 9788814156113.
- PONCIBÓ, Cristina: *Interesse collettivo, Modelli di tutela giurisdizionale in diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. XX-304, ISBN 978-88-348-1664-6.
- PORTALE, Giuseppe: *Introduzione ai Sistemi Giuridici Comparati*, Estratto da Lezioni di Diritto privato comparato, Giappichelli, Torino, 2 ed., 2011, pp. VI-156, ISBN 978-88-348-1726-1.
- SPADAFORA, Nicola: *Alternative dispute resolution fra Stati Uniti e Italia. Un confronto fra modelli*, Castellamare di Stabia, ed. Eidos Longobardi, 2011, ISBN 9788880903499.
- STANZIONE, Maria Gabriella: *Filiazione e genitorialità. Il problema del terzo genitore*, collana Comparazione e diritto civile, diretta da Gabriella Autorino e Pasquale Stanzione, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 258, ISBN 978-88-348-1697-4.
- SACCO, Rodolfo: *Il diritto tra uniformazione e particolarismi, (Lezioni magistrali)*, ESI, Napoli, 2011, pp. 48, ISBN 9788863421965.

Legislación

MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO

Decreto legislativo de 27 de enero de 2010, n. 11. La norma es la transposición de la Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior. El texto sigue muy de cerca el de la directiva, a pesar de que la disciplina viene regulada tanto en esa norma como en el Decreto legislativo de 1 de septiembre de 1993, n. 385, texto único bancario.

Sección Temática: Espacio Judicial Europeo, Derecho de Contratos, Derechos Reales, Derecho de Familia, Derecho Antidiscriminación, Derecho de Autor, Derecho de Daños y Derecho de *Trusts* en la Unión Europea

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑO VEROS TERRADAS*

El período cubierto por de esta crónica no ha sido muy productivo en el ámbito del Derecho patrimonial, lo que sin duda contrasta con lo acontecido en el ámbito del Derecho de familia. Siguiendo con la temática de la crónica anterior, donde dábamos noticia de la futura revisión del Reglamento 44/2001 es, sin duda, destacable la publicación, por parte de la Comisión del la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) y sobre la que paso a hacer algunas consideraciones. Como ya advertíamos el Reglamento 44/2001 es la piedra angular de la cooperación en materia civil en la UE. Se aplica a todos los Estados miembros, inclusive, en virtud de un acuerdo internacional suscrito por separado, a Dinamarca, que tiene un régimen especial para la cooperación judicial en el marco del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Reglamento 44/2002 entró en vigor en marzo de 2002 y ocho años más tarde la Comisión ha reexaminado su funcionamiento y propone una serie de modificaciones.

1. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), COM (2010) 748 [{SEC(2010) 1547} y {SEC (2010) 1548}]**

Tras los estudios y consultas realizados (ver crónica anterior), la Comisión propone fundamentalmente las siguientes cuatro reformas:

a) Supresión del procedimiento intermedio para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales (exequátur) salvo en los casos de difamación y en las acciones indemnizatorias colectivas. Se propone la supresión del exequátur pero siempre y cuando vaya acompañada de salvaguardas procesales apropiadas que aseguren la debida protección del derecho del demandado a un juez imparcial y sus derechos de defensa apropiadas. El demandado tendría a su disposición tres posibilidades para evitar, en circunstancias excepcionales, que una resolución dictada en un Estado miembro surta efecto en otro: a) en primer lugar, podría impugnar la resolución en el Estado miembro de origen si no hubiera sido debidamente informado de la acción ejercitada en dicho Estado b) en segundo lugar, la

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESADE-Ramón Lulul.

propuesta crearía una solución extraordinaria en el Estado miembro de ejecución que permitiría al demandado impugnar otras deficiencias procesales que pudieran haber surgido durante el procedimiento ante el tribunal de origen y que pudieran atentar contra su derecho a un juicio justo. Una tercera solución permitiría al demandado suspender la ejecución de la resolución en caso de que esta fuera inconciliable. Estos controles de hecho son causas de denegación en el régimen actual. La novedad es que se suprime el control del orden público.

b) Mejora del funcionamiento del Reglamento en el ordenamiento jurídico internacional. En este ámbito se proponen varias modificaciones: a) se extiende la aplicación de las normas de competencia judicial internacional protectoras de los consumidores, trabajadores y asegurados a los casos en los que el demandado tiene su domicilio en el Estado tercero; b) se crean dos foros adicionales para los conflictos en que estén involucrados demandados domiciliados fuera de la UE. En primer lugar, la propuesta prevé que se pueda actuar contra un demandado domiciliado en un Estado tercero en el lugar en que estén sitos sus bienes muebles, siempre que su valor no sea desproporcionado en relación con la cuantía de la demanda, y que el litigio tenga una vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal al que se somete el asunto. En segundo lugar, los tribunales de un Estado miembro podrán ejercer su competencia si no existe ningún otro foro que garantice el derecho a un juicio justo y si el conflicto tiene una vinculación suficiente con el Estado miembro concernido (*forum necessitatis*): c) se introduce una regla de litispendencia discrecional para litigios con el mismo objeto y entre las mismas partes pendientes ante tribunales en la UE y en un tercer Estado. Un tribunal de un Estado miembro puede excepcionalmente suspender el procedimiento si el asunto se sometió primero a un tribunal de fuera de la UE y si se espera que este se pronuncie en un tiempo razonable y la resolución pueda ser reconocida y ejecutada en ese Estado miembro.

c) Eficacia reforzada de los acuerdos de elección de foro: se incluyen dos modificaciones cuyo objeto es mejorar la eficacia de los acuerdos de elección de foro. Por un lado, cuando las partes han designado uno o varios tribunales para resolver el litigio, la propuesta da prioridad al tribunal designado para decidir sobre su competencia, independientemente de si se le ha sometido el asunto en primer o en segundo lugar. Cualquier otro tribunal debe suspender el procedimiento hasta que el tribunal designado se haya declarado competente o, en caso de que el acuerdo sea inválido, se haya inhibido. En segundo lugar, se introduce una norma de conflicto respecto de la validez sustantiva de los acuerdos de elección de foro, garantizando así un resultado similar en esta cuestión sea cual sea el tribunal al que se somete el asunto. Ambas modificaciones corresponden a las soluciones establecidas en el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005, lo que facilitará la eventual adhesión de la Unión Europea a dicho Convenio.

d) Mejor articulación entre el Reglamento y el arbitraje: se incluye una disposición específica sobre la relación entre el arbitraje y la vía judicial. Obliga a un tribunal al que se ha sometido un asunto a suspender el procedimiento si se impugna su competencia en virtud de un convenio de arbitraje y se ha sometido el asunto a un tribunal arbitral o si se ha ejercitado una acción judicial relativa al convenio de arbitraje en el Estado miembro sede del arbitraje. Con ello se pretende mejorar la eficacia de

los convenios arbitrales en Europa y evitar procedimientos judiciales y arbitrales paralelos.

2. Resolución del PE, de 23 de noviembre de 2010, sobre los aspectos de Derecho civil, mercantil, de familia e internacional privado del plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo

El martes día 23 de noviembre, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución sobre los aspectos de Derecho civil, mercantil, de familia e internacional privado del plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, de la que cabe destacar los siguientes puntos:

Se pide a la Comisión que lleve a cabo con carácter urgente, un inventario de las medidas ya adoptadas en el marco del Derecho civil y del Derecho de familia con objeto de evaluar su eficacia y determinar en qué medida se han alcanzado sus objetivos y satisfecho las necesidades de los ciudadanos, las empresas y los profesionales del Derecho; considera que debe procederse simultáneamente a un estudio que abarque, en particular, los ministerios nacionales de Justicia, las profesiones jurídicas, las empresas y las organizaciones de protección de los consumidores, con objeto de determinar los ámbitos en que son necesarias y deseables nuevas medidas por lo que se refiere a la cooperación judicial en materia civil (punto 3).

Se observa que el Derecho de la Unión está considerado como una asignatura optativa en los programas de enseñanza y formación jurídica y judicial, lo que produce un efecto de marginación de esta materia. Por tanto, recomienda que los programas universitarios y de formación en el ámbito jurídico integren, como algo natural, el Derecho de la Unión en todas las especialidades fundamentales. Se considera además que el Derecho comparado debe convertirse en un elemento clave de los programas universitarios. Se recomienda que, a largo plazo, los juristas tengan que poseer un buen conocimiento de al menos otra lengua oficial de la Unión, para lo que debería existir una mayor financiación, así como estimular a los estudiantes a participar en programas de tipo Erasmus en el marco de sus estudios de Derecho (puntos 11 y 12).

Habida cuenta del ambicioso objetivo del programa de Estocolmo consistente en ofrecer formación antes de 2014 a la mitad de los jueces, fiscales, funcionarios judiciales y otros profesionales involucrados en la cooperación europea y del llamamiento para que, con ese fin, se recurra a las organizaciones de formación existentes, se hace hincapié en que la Red de Presidentes de los Tribunales Supremos Judiciales de la Unión Europea, la Red Europea de Consejos del Poder Judicial, la Asociación de Consejos de Estado y de Altos Tribunales Administrativos, la Red Eurojustice de Fiscales Generales Europeos, los funcionarios de los tribunales y los profesionales del Derecho pueden realizar una enorme aportación coordinando y promoviendo la formación profesional de la judicatura, así como la comprensión mutua de los ordenamientos jurídicos de los otros Estados miembros, y facilitando la resolución de los problemas y litigios transfronterizos, por lo que considera que sus actividades deben facilitarse y financiarse suficientemente (punto 13).

Se acoge con satisfacción el Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas y se

respalda la iniciativa de la Comisión para la creación de un instrumento de Derecho contractual europeo que pueda ser utilizado voluntariamente por las partes contratantes (punto 16).

Se subraya la importancia de una justicia transfronteriza para resolver casos de fraude y prácticas comerciales engañosas que tengan su origen en un Estado miembro y que afecten a personas, ONG y PYME en otros Estados miembros (punto 17).

Se insta a la Comisión a que tome medidas con objeto de mejorar la cooperación entre los tribunales de los Estados miembros para la obtención de pruebas y de reforzar la eficacia del Reglamento (CE) núm. 1206/2001, en particular, garantizando que los tribunales y los profesionales estén mejor informados al respecto y apoyen una generalización del uso de la tecnología de la información y las videoconferencias. Se considera que debería existir un sistema seguro para enviar y recibir mensajes electrónicos (punto 18).

Se acoge con satisfacción que el plan de acción proponga una iniciativa legislativa para un Reglamento sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales relativas a la transparencia de los activos del deudor, así como un Reglamento similar sobre el embargo de activos bancarios (punto 19).

Se pide a la Comisión y a los Estados miembros que garanticen la aplicación uniforme del Derecho de la UE –aspectos de procedimiento–, con especial hincapié en las normas y procedimientos administrativos estandarizados aplicables en ámbitos de competencia de la UE, como la fiscalidad, las aduanas, el comercio y la protección de los consumidores, dentro de los límites establecidos en los Tratados de la UE, con objeto de garantizar el funcionamiento del mercado único y de la libre competencia (punto 24).

Se pide a la Comisión que garantice la supresión de todos los obstáculos al desarrollo del comercio electrónico, identificados últimamente en la «Agenda Digital» para 2010, por medios tanto legislativos como no legislativos. Se pide que se busque lo antes posible una solución a los problemas comerciales transfronterizos relacionados con las compras en línea de los consumidores, particularmente respecto a los pagos y entregas transfronterizas. Se destaca la necesidad de aumentar la confianza de los consumidores y las empresas en el comercio electrónico transfronterizo, particularmente a través del desarrollo de la lucha contra la delincuencia cibernética y la falsificación. Se pide la elaboración de una Carta de la UE sobre los derechos de los consumidores en el ámbito de los servicios en línea y del comercio electrónico (punto 30).

Se pide a la Comisión que informe al Parlamento Europeo sobre el ACTA en todas las fases de las negociaciones para respetar la letra y el espíritu del Tratado de Lisboa, así como que se garantice que el ACTA no modificará el acervo de la UE en materia de cumplimiento de los DPI y de los derechos fundamentales. Se pide a la Comisión que mantenga relaciones estrechas con terceros países que no participan en las negociaciones del ACTA, en particular los países emergentes (punto 31).

Se llama la atención sobre los problemas relacionados con la inseguridad jurídica de los intercambios comerciales cuya procedencia o destino sean países terceros, y sobre la cuestión de cuál es la jurisdicción competente en tales casos para resolver un litigio. Se observa que, a pesar de la existencia de principios de Derecho internacional privado,

su aplicación suscita una serie de problemas que afectan principalmente a los consumidores y a las pequeñas empresas, que a menudo desconocen cuáles son sus derechos. Se subraya que la globalización y el desarrollo de las operaciones por Internet plantean nuevos retos jurídicos (punto 32).

En la medida en que el Derecho Internacional Privado tiene un impacto en el Derecho de sociedades, llama la atención a la Comisión sobre diversas resoluciones del Parlamento Europeo en esta materia, así como sobre las sentencias del TJUE en los asuntos Daily Mail y General Trust, Centros, Überseering, Inspire Art, SEVIC Systems y Cartesio. Se señala que en el *obiter dictum* de la sentencia Cartesio, el Tribunal considera que, a falta de una definición uniforme dada por el Derecho comunitario de las sociedades que pueden gozar del derecho de establecimiento en función de un criterio de conexión único que determine el Derecho nacional aplicable a una sociedad, la cuestión de si el artículo 49 del TFUE se aplica a una sociedad que invoque la libertad fundamental consagrada por dicho artículo constituye una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho comunitario, solo se puede responder sobre la base del Derecho nacional aplicable; señala además que los trabajos legislativos y convencionales en el ámbito del Derecho de sociedades previstos en el Tratado hasta la fecha no se han centrado sobre la disparidad de las legislaciones nacionales puesta de relieve en dichas sentencias y, por lo tanto, aún no han puesto fin a tal disparidad; se señala que ello pone de manifiesto una laguna en el Derecho de la Unión y se reitera la necesidad de colmarla (puntos 33 y 34).

Se insta a la Comisión a que haga todo lo posible en la Conferencia de La Haya para relanzar el proyecto de convenio internacional sobre resoluciones judiciales. Se considera que la Comisión podría emprender amplias consultas sobre la cuestión de si conviene conferir un efecto de reciprocidad a las disposiciones del Reglamento (CE) núm. 44/2001, con el objeto de alentar a otros países, especialmente a los Estados Unidos, a que reanuden las negociaciones. Se considera prematuro e imprudente considerar la posibilidad de conferir a las disposiciones de dicho Reglamento un efecto de reciprocidad hasta que no resulte suficientemente claro que han fracasado los intentos de relanzar las negociaciones en La Haya y que las consultas y estudios llevados a cabo no demuestren que una iniciativa de esas características sería beneficiosa y presentaría ventajas para los ciudadanos, las empresas y los profesionales en la UE (punto 35).

Se alienta a la Comisión a que cumpla plenamente con su papel en el marco de los trabajos de la Conferencia de La Haya y se insta a la Comisión a que adopte medidas para garantizar que la UE ratifica el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la protección de los niños (punto 37).

Se decide crear un foro interparlamentario dedicado a los trabajos de la Conferencia de La Haya. Se señala que la promoción en la Conferencia de La Haya de la autonomía de las partes en las relaciones contractuales internacionales tiene tales consecuencias desde el punto de vista de la posibilidad de soslayar disposiciones jurídicamente vinculantes que es necesario garantizar que esta cuestión sea objeto de debate y reflexión en foros democráticos a escala internacional (punto 38).

II. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

1. Programa de Trabajo de la Comisión para 2011 y Propuestas para un Acta del Mercado Único (Bruselas, 27 de octubre de 2010 COM (2010) 608 final y 623 final)

Entre las medidas que afectan al derecho privado, se propone emprender iniciativas en materia de legislación sobre el acceso a los servicios bancarios básicos y realizar acciones para promover la práctica responsable aplicable a prestamistas y prestatarios de hipotecas. De esto último es muestra la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (Bruselas, 31 de marzo de 2011, COM (2011) 142 final). Se trata de procurar la integración de los mercados hipotecarios europeos para aportar estabilidad financiera e incrementar las ventajas de los consumidores.

Además, la Comisión anuncia la elaboración de propuestas para un método alternativo de solución de conflictos que facilite la resolución de los problemas de los consumidores en la UE y la continuación del trabajo sobre el recurso colectivo sobre la base de una consulta pública puesta en marcha en 2010. De aquí a 2012, la Comisión propondrá un sistema europeo de solución de diferencias en línea para las transacciones electrónicas. Además, en 2010-2011, la Comisión realizará una consulta pública sobre un planteamiento europeo para los recursos colectivos, con el fin de determinar las modalidades que podrían integrarse en el marco jurídico de la Unión Europea y en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Igualmente, se prevé la proposición de un instrumento jurídico sobre el Derecho europeo en materia de contratos.

2. Respuestas al Libro Verde «Opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas»

a) *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo* (DOUE C 84, de 17 de marzo de 2011)

El documento recuerda la necesidad de procurar unas normas comunes a escala europea y recuerda los pasos que ya se han dado, así como las recomendaciones efectuadas tanto por el Parlamento como por la Comisión y el propio Consejo Económico y Social en la última década. En sus observaciones generales, detecta los problemas que comporta la fragmentación legislativa y apuesta por la creación de un derecho optativo, al estilo de un 28.º régimen, que debería revestir la forma de reglamento («nuevo régimen reglamentario optativo avanzado»), disponible en todas las lenguas. Pero, a la vez, se mues-

* Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto DER 2008-02325/JURI y de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo de investigación consolidada 2009 SGR 221.

tra partidario de que el marco común de referencia sea también una «caja de herramientas» ofrecida a las partes para la formulación de contratos transnacionales. Para promover el aumento de la coherencia del acervo comunitario insiste en la importancia de establecer claramente la definición de una serie de conceptos y la delimitación del régimen jurídico de determinadas situaciones jurídicas (persona jurídica, consumidor, profesional, cláusula abusiva, deber de información precontractual, remedios ante el incumplimiento, transmisión del riesgo, responsabilidad objetiva, etc.). Adicionalmente, considera adecuada la elaboración de cláusulas contractuales estándar aplicables en toda la Unión. El CESE considera que las actuaciones deberían comenzar por los contratos entre empresarios transnacionales.

- b) *Proyecto de Resolución del Parlamento. Comisión de Asuntos Jurídicos* (25 de enero de 2011) PE 456.886v01-00 (2011/2013(INI). Ponente: Diana Wallis.

El Parlamento favorece la opción de promulgar un reglamento (disponible en todas las lenguas) que sea un instrumento opcional (*opt-in*) y limitado a los aspectos centrales del derecho contractual y que, en concreto, contenga disposiciones sobre los tipos contractuales más frecuentes (compraventa, prestación de servicios, contratos de seguros). El instrumento podría ser complementado por una caja de herramientas, de alcance mucho más amplio, que debería ser promovida a través de un acuerdo interinstitucional, de manera que si bien inicialmente debería ser tenida en cuenta por la Comisión, finalmente serviría para todas las instituciones de la Unión Europea. La ventaja añadida del reglamento sería la seguridad que proporcionaría la posibilidad de ser interpretado por el TJUE y, además, previsiblemente facilitaría la resolución alternativa de conflictos en las disputas transnacionales. En definitiva, el Parlamento responde a la consulta formulada por el Libro verde de la Comisión favoreciendo las opciones 2 y 4.

El instrumento opcional debería ser de aplicación a todo tipo de transacciones: B2B y B2C, internas e internacionales (sin perjuicio de señalar que los efectos de un reglamento *opt-in* en las transacciones domésticas requiere ulteriores análisis) y, por tanto, más allá del ámbito específico del *e-commerce* u otras ventas a distancia. El Parlamento también considera que es preciso trabajar en la idea de ofrecer cláusulas contractuales simples y comprensibles que puedan ponerse a disposición de las pequeñas y medianas empresas y que ofrezcan un sello de confianza que garantice seguridad a los usuarios.

3. Publicados los resultados del estudio llevado a cabo por el Grupo de Expertos para la reelaboración del Marco Común de Referencia (o cualquiera que sea el nombre de la nueva iniciativa que lleve a cabo la Comisión)

Los informes que dan cuenta de la evolución de los trabajos se encuentran disponibles en la página web de la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad. Allí también pueden leerse los resultados de las reuniones de los *stakeholders*; y las reglas definitivas, pero sin comentarios, elaboradas por el Grupo de Expertos, tal y como se han dado a conocer al público para que éste envíe sus comentarios (http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies_consumer_intro_en.htm). El texto consta de 6 partes: (1) disposiciones

generales del derecho de contratos y definiciones (vgr. consumidor, soporte duradero, daños); (2) formación, desistimiento, resolución y anulación del contrato por vicios del consentimiento (entre estos últimos se incluye el abuso de posición dominante); (3) interpretación del contrato y cláusulas abusivas; (4) contrato de compraventa (derechos y deberes de las partes y remedios); (5) contrato de servicios (instalación, reparación, mantenimiento) adicional a la compraventa (derechos y deberes de las partes y remedios); (6) Daños, mora, efectos de la anulación o resolución del contrato, prescripción.

La Comisión considera que el texto puede servir de punto de partida para posteriores iniciativas políticas y por eso solicita el *feed back* de todos los interesados. En concreto, le interesa la opinión respecto a la extensión del control de abusividad, en contratos con consumidores, a cláusulas no incluidas en clausulados generales, sobre la regulación propuesta en materia de onerosidad sobrevenida, el remedio consistente en reparar la falta de conformidad en contratos B2B, los riesgos, el plazo de mora automática, y otras reglas específicas en materia de suministro de contenidos digitales.

4. Propuesta de Directiva horizontal sobre derechos de los consumidores

En su sesión de 24 de enero de 2011, el Consejo manifestaba su conformidad a una nueva perspectiva en la regulación de los derechos de los consumidores (5426/11 Presse 7 en: <http://www.consilium.europa.eu/Newsroom>), a pesar de las declaraciones en contra de las delegaciones algunos países y, entre ellos, España (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/10/st16/st16933.es10.pdf>) e instaba a la Presidencia a proseguir las negociaciones con el Parlamento europeo, con vistas a alcanzar un acuerdo en primera lectura. En esencia, en el texto sobre el que debía pronunciarse el Consejo sólo las normas sobre deberes de información y derecho de desistimiento en los contratos a distancia y fuera de establecimientos comerciales resultaban plenamente armonizadas. Las normas sobre venta de bienes de consumo y sobre cláusulas generales contenidas en la propuesta original de la Comisión quedaban suprimidas. Sin embargo, el Parlamento ha acabado modificando sustancialmente esa propuesta en la sesión de 24 de marzo de 2011 (<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201104/20110404ATT16887/20110404ATT16887EN.pdf>) y, a pesar de que el texto aprobado se acerca más a la proposición inicial de la Comisión, también se aprecian cambios.

En él se mantiene la necesidad de armonizar las 4 directivas iniciales (ventas a distancia, fuera de establecimientos, cláusulas generales, venta de bienes de consumo), a base de adoptar un enfoque mixto de armonización mínima y plena. En cuanto a los deberes de información, se distingue entre las ventas presenciales, por un lado, y a distancia y fuera de establecimiento, por el otro. El plazo de desistimiento es de 14 días, al que deben añadirse 12 meses si el prestador de servicios no informa del mismo, aunque los Estados miembros tienen libertad para prever plazos más largos. Se establece la obligación del vendedor de hacerse cargo de los gastos de devolución, en un plazo máximo de 14 días, a contar desde el momento en que el consumidor le avisa de su decisión de desistir. También se armonizan reglas sobre la entrega de las mercancías y la transmisión de riesgos, la forma de efectuar el pago, la conformidad y remedios, así como el derecho de regreso del vendedor frente al responsable de la falta de conformidad. Para las cláusulas no negociadas o condiciones generales en contratos con consumidores (B2C), la regulación

incluye las dos listas de cláusulas abusivas (unas que deberían serlo en todo caso, otras sólo si el empresario no demuestra lo contrario). Se aprecian cambios en la definición del contrato de compraventa y de servicios (que incluye la obra) y también en la de contrato a distancia. Se dictan disposiciones específicas en materia de desistimiento para los servicios con contenidos digitales.

El pasado 7 de junio se alcanzaron nuevos acuerdos políticos, que todavía deben ser refrendados en el Parlamento y el Consejo. Entre otras novedades, parece que ya no se acepta la regla que proponía que los comerciantes asumieran los gastos de devolución del producto, una vez el consumidor había decidido desistir del contrato. En el curso de las negociaciones, el Parlamento sugería que fuera así, siempre y cuando tales gastos fueran superiores a 40 euros. El Consejo lo consideraba inaceptable y, finalmente, se ha transigido en que tales gastos deben ser anunciados claramente en el contrato de venta, con el fin de permitir al consumidor decidir con pleno conocimiento de causa dónde prefiere adquirir el bien (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20110607IPR20822+0+DOC+XML+V0//FR>).

5. Aprobada por el Parlamento la Directiva sobre morosidad en las operaciones comerciales en primera lectura, el 20 de octubre de 2010 (P7_TC1-COD(2009)0054)

La morosidad se identifica en el art. 2.4 con no efectuar el pago en el plazo contractual o legal de pago, siempre que el acreedor haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales y no ha recibido la cantidad adeudada a tiempo (el importe del principal, incluidos los impuestos, tasas, derechos o costes especificados en la factura o en la solicitud de pago equivalente), salvo que el deudor no sea responsable del retraso (arts. 3.1 y 5.1). Los intereses moratorios (interés simple aplicado a los pagos con demora y cuyo tipo equivale al tipo de referencia aumentado en al menos ocho puntos porcentuales) se devengan sin necesidad de requerimiento a partir del día siguiente de la fecha de pago o en los 30 días naturales siguientes a la recepción de la factura o, en su caso, de las mercancías o ejecución del servicio, o la comprobación de su conformidad. Los Estados miembros deben velar por que el plazo de pago fijado en el contrato no exceda de 60 días naturales, salvo acuerdo expreso en sentido contrario recogido en el contrato y con la condición de que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor según lo estipulado en el artículo 6. Cuando el deudor es un poder público, se mantienen los 30 días, aunque en determinados casos el legislador podrá ampliarlos a 60 días. El pacto de ampliación de los 30 días legalmente estipulados es posible siempre que esté objetivamente justificado por las características particulares del contrato y en ningún caso excederá de 60 días. Producida la demora, el acreedor tiene derecho a cobrar al deudor, como mínimo, una cantidad fija de 40 euros, por los costes de cobro (art. 4). El artículo 9 regula la reserva de dominio (estipulación contractual en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago total del precio) y el artículo 10 establece el deber de los Estados miembros de facilitar la obtención de un título ejecutivo, incluso a través de un procedimiento acelerado, independientemente de la cuantía de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días a partir de la presentación de la demanda.

III. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

HÉCTOR SIMÓN MORENO*

1. *Common Frame of Reference*

En la última crónica destacábamos la promulgación por parte de la Comisión Europea del Libro Verde sobre opciones políticas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para los consumidores y las empresas (1 de julio de 2010), así como el nombramiento de un grupo de expertos por parte de la Comisión Europea que tenía que seleccionar aquellas materias del DCFR que fueran relevantes para una posible armonización. Pues bien, este grupo ha publicado recientemente el resultado de sus trabajos (*vid.* <http://ec.europa.eu>), que han tenido un gran impacto en el texto original del DCFR. Efectivamente, este texto académico ha quedado reducido a 189 artículos que recogen únicamente aquellos aspectos de una relación contractual que tienen relevancia para el mercado interior. Ello significa que no están presentes los derechos reales que recogía el DCFR (por ejemplo, el *trust* o las garantías reales sobre bienes muebles) ni tampoco los derechos reales sobre bienes inmuebles (por ejemplo, la hipoteca), con lo que es complicado que este grupo reducido de normas pueda alcanzar, por sí solo, un mercado común u interior real.

2. **Normativa de la Unión Europea**

Las siguientes propuestas de la Unión Europea están relacionadas directa o indirectamente con los derechos reales:

a) La Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales de 16 de marzo de 2011 (COM/2011/0126 final). Este Reglamento pretende proporcionar seguridad jurídica a los derechos de propiedad de las parejas transnacionales cuando deciden poner fin a su matrimonio, y para ello regula la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Este régimen incluye el conjunto de los bienes de los cónyuges, muebles e inmuebles, con independencia de su localización (art. 15). Sin embargo, este Reglamento no afecta a cuestiones de derecho sustantivo, ya que excluye de su ámbito de aplicación la naturaleza de los derechos reales sobre un bien así como su publicidad. Las mismas previsiones se contemplan en la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (COM (2011) 127 final).

b) Y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31 de marzo de 2011 (COM (2011) 142 final), que se enmarca dentro de los esfuerzos de la Comisión Europea por conseguir un mercado interior. Efectivamente, esta Directiva constituye el primer resultado de las prioridades previstas en el Libro Blanco de 2007 sobre la integración del mercado europeo de crédito hipotecario (COM (2007) 807 final), en particular de la voluntad

* Investigador Postdoctoral de Derecho Civil, Universidad Rovira i Virgili.

de aumentar la confianza de los consumidores. Esta norma pretende combatir la concesión irresponsable de préstamos hipotecarios por parte de los operadores del mercado. En este sentido, la Comisión Europea subraya que los prestamistas no han asesorado convenientemente al consumidor ni tampoco evaluado su solvencia debidamente. Estos problemas afectan tanto al consumidor, que encuentra problemas a la hora de devolver el préstamo y de elegir (comparar) diversos productos hipotecarios, como a la economía de la Unión Europea, por ejemplo en el bajo porcentaje de préstamos hipotecarios transfronterizos (que no supera el 1% de acuerdo con el Libro Blanco de 2007). En este contexto, la Directiva pretende establecer un marco de protección para el consumidor similar al previsto en la Directiva 2008/48, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo (DOL 22 mayo 2008, núm. 133, [pág. 66]), que se traduce en una serie de obligaciones de información, asesoramiento y evaluación de la solvencia del consumidor por parte de la entidad de crédito (artículos 7 y siguientes). En particular, los Estados miembros velarán por que la entidad de crédito evalúe la solvencia del consumidor «basándose en criterios tales como los ingresos de este, sus ahorros, sus deudas y otros compromisos financieros» (art. 14.1). Si el resultado es negativo, los Estados también han de velar por que el prestamista deniegue el crédito (art. 14.2). Podemos deducir de lo anterior que la voluntad de la Comisión es evitar un sobreendeudamiento de los consumidores, pero esta propuesta presenta los siguientes problemas: 1) en primer lugar, olvida tomar en consideración el hecho de que el préstamo está garantizado con una hipoteca. En otras palabras, una persona que dedique gran parte de su sueldo al pago del préstamo no necesariamente supone un riesgo para la entidad de crédito de no ver reembolsado el crédito en última instancia, si por ejemplo el *Loan to Value* (LTV) solo alcanza el 50% del valor de la finca; además, se presentan problemas prácticos en aquellos supuestos en los que la solvencia del deudor no juega ningún papel en la capacidad de reembolso del préstamo o crédito, por ejemplo en las hipotecas inversas (reguladas en el Derecho español en la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007); b) en segundo lugar, se corre el riesgo de excluir a determinadas personas de la posibilidad de adquirir una vivienda si no reúnen las condiciones mínimas de elegibilidad; y c) en tercer y último lugar, ello puede afectar a la titulación de determinadas hipotecas que no cumplen los estándares del art. 5 de la Ley 2/1981, del mercado hipotecario (tienen un LTV superior al 80%), si se equiparan a las hipotecas *subprime* estadounidenses, con lo que ya no sería posible su titulación a través de los certificados de transmisión de hipoteca (art. 18 de la Ley 44/2002, de reforma del sistema financiero, *vid.* NASARRE AZNAR, Sergio, *Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», en prensa).

3. Eulis

La plataforma EULIS trabaja desde 2004 para ofrecer a nivel europeo la posibilidad de consultar telemáticamente la información contenida en los Registros de la Propiedad (*vid.* www.eulis.eu/). En 2010 se puso en marcha el denominado Project LINE (que tiene una duración de dos años) en el marco del programa *e-Justice* de la Unión Europea. El pasado mes de noviembre se hizo oficial la incorporación a este proyecto de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con lo que en un futuro será posible consul-

tar de forma telemática desde cualquier lugar de Europa los derechos reales inscritos en Registros españoles.

4. Runder Tisch

El grupo de la *Runder Tisch*, que estudia el derecho real de hipoteca en 22 legislaciones europeas, se ha reunido en los meses diciembre y marzo en la sede de la *Verband deutscher Pfandbriefbanken* (impulsora del grupo) para tratar la hipoteca sobre derechos de superficie, propiedades especiales y propiedad horizontal, con lo que el grupo continúa su investigación en torno al comportamiento de la hipoteca en los diversos sistemas hipotecarios europeos. La próxima reunión tendrá lugar el próximo mes de octubre.

5. Libros

En el ámbito de los derechos reales podemos destacar las siguientes publicaciones:

a) La *Verband deutscher Pfandbriefbanken* ha publicado dos monografías de interés en el ámbito de las garantías reales inmobiliarias, cuyos autores son EBNER, Wolfgang (*Grundeigentum und Sicherheiten in Tschechien*, Band 45, 2 Auflage, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2010) y ILLA, Balázs (*Grundeigentum und Sicherheiten in Ungarn*, Band 46, 2. Auflage, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2010), miembros del grupo de la *Runder Tisch*. Ambas obras analizan en profundidad el Derecho hipotecario de cada país y sirven de base para los resultados de este grupo de investigación.

b) Wolfgang Faber y Brigitta Lurger son los coordinadores de la obra *Package: National Reports on the Transfer of Movable in Europe* (editorial Sellier, diciembre 2010), en la que se recogen 28 informes nacionales sobre la transmisión de bienes muebles (publicados anteriormente por separado en 6 volúmenes). Por lo tanto, se trata de un trabajo relevante de derecho comparado en el ámbito de los derechos reales.

c) Los mismos autores coordinan la obra *Acquisition and Loss of Ownership of Goods. Principles of European Law* (editorial Sellier, marzo 2011), que recoge los trabajos elaborados por el grupo de investigación *Transfer of Movable* (integrante del *Study Group on a European Civil Code*). Esta obra se centra en los aspectos más importantes del derecho de propiedad sobre bienes muebles, por ejemplo su transmisión y adquisición por terceros de buena fe.

6. Jurisprudencia

Podemos destacar en este período las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de marzo de 2011 (JUR 2011\92699. Caso Anheuser-Busch Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos, OAMI), de 10 de marzo de 2011 (TJCE 2011\45. Caso Lesoochranárske zoskupenie VLK contra Ministerstvo zivotného prostredia Slovenskej republiky), y de 11 de noviembre de 2010 (TJCE 2010\336. Caso Comisión Europea contra Portugal). Las dos primeras resuelven casos de

propiedad intelectual relacionados con el Reglamento 10/1994, de marca comunitaria (derogado por el Reglamento 207/2009), en particular la denegación del registro de una marca comunitaria y el alcance geográfico de su protección; en cuanto a la tercera, se trata de un nuevo caso de las llamadas «acciones de oro», cuya problemática ya habíamos comentado en la última crónica.

7. Congresos y/o seminarios

Por último, reseñar en la presenta crónica la celebración del *Workshop Internacional Legal Aspects of Housing, Land and Planning* auspiciado por la *European Network for Housing Research* (www.enhr.net/), que tuvo lugar en Granada los días 31 de marzo y 1 de abril de 2011. En este *Workshop* se trataron diversos aspectos relacionados con la vivienda y los derechos reales, por ejemplo la hipoteca inversa como instrumento de protección económica de las personas mayores o dependientes, el régimen de propiedad horizontal en una misma vivienda y las formas de tenencia inmobiliaria entre la propiedad y el alquiler (*intermediate tenures*, por ejemplo la *shared ownership* inglesa), que podrían facilitar el acceso a una vivienda.

IV. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas

El 16 de marzo de 2011 la Comisión Europea presentó sendas *Propuestas de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales* [COM (2011) 126 final] y *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas* [COM (2011) 127 final]. Con ello se da continuidad a un proyecto que ya figuraba entre las prioridades del Plan de acción de Viena de 1998, habiéndose publicado un Libro verde el 17 de julio de 2006 [COM (2006) 400]. La publicación de las propuestas marca el inicio de unas negociaciones que se prevén largas y complejas.

La primera cuestión que llama la atención es que la Comisión haya presentado dos propuestas, una relativa al régimen de bienes del matrimonio, y otra respecto a los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Ello pone de manifiesto las dificultades jurídicas y políticas que surgen como consecuencia del reconocimiento de las parejas de personas del mismo sexo. Si bien en algunos Estados de la Unión como Bélgica, España, Portugal y Suecia tales parejas pueden contraer matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas de distinto sexo, no está garantizado que tales matrimonios sean reconocidos en los demás Estados miembros y, por consiguiente, que se les apliquen las normas de Derecho internacional privado relativas al matrimo-

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

nio, aunque sean de origen comunitario. La regulación contenida en la Propuesta sobre régimen económico matrimonial no altera esta situación, puesto que en el Considerando 10 se establece claramente que el Reglamento no establece un concepto comunitario de matrimonio y que éste «se define en el derecho nacional de los Estados miembros». Ello implica que desde la perspectiva de determinados Estados miembros el Reglamento propuesto no se aplicaría a uniones consideradas matrimonios en el Estado miembro de celebración, ni tampoco obviamente a aquellas uniones de pareja distintas al matrimonio.

Los efectos patrimoniales de tales uniones podrían, en cambio, regularse por el segundo de los Reglamentos propuestos, si las parejas reúnen los requisitos de la «unión registrada». La unión registrada se define de manera autónoma como la unión de dos personas comprometidas en una relación estable, oficialmente registrada ante una autoridad pública. Como puede advertirse fácilmente este concepto podría incluir a los matrimonios de personas del mismo sexo y a algunas de las uniones de pareja reconocidas en el Derecho de los Estados miembros como la *eingetragene Lebenspartnerschaft* del Derecho alemán. Por lo que respecta a las instituciones de los Derechos autonómicos españoles la situación sería desigual, pues el elemento decisivo de la definición es el registro, lo que, por ejemplo excluiría a la *unió estable de parella* del Derecho catalán. Un problema adicional lo plantearían las parejas inscritas en Registros municipales que podrían incluirse en el ámbito de aplicación del Reglamento sobre las uniones registradas a pesar de que desde el punto de vista jurídico la regulación sea claramente deficitaria y escasamente relevante a efectos civiles, salvo que tales parejas reúnan adicionalmente los requisitos necesarios para ser consideradas parejas estables conforme a las legislaciones autonómicas que las prevén.

Desde un punto de vista jurídico-político la propuesta de dos Reglamentos tiene como principal efecto aislar la cuestión polémica, del reconocimiento jurídico de las parejas de personas de un mismo sexo, en un instrumento separado. Ello probablemente pretende facilitar la consecución del necesario consenso entorno al primer instrumento referido a los regímenes matrimoniales, cuyo éxito no se vería necesariamente comprometido por las reticencias de algunos Estados miembros respecto a las uniones homosexuales. Otra posibilidad que no cabe excluir es la aplicación del mecanismo de la cooperación reforzada al instrumento relativo a las uniones registradas, que implicaría su aplicación por un número reducido de Estados miembros, que expresamente declararan su voluntad de participar. Existiendo el precedente del Reglamento Roma III relativo a la ley aplicable al divorcio esta opción no puede en absoluto descartarse.

El objetivo de las propuestas comentadas es establecer un conjunto completo de normas de Derecho internacional privado, que abarque las cuestiones clásicas de la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones. Se ha descartado, por consiguiente, la posibilidad, a la que se refería el Libro verde, de proponer un régimen económico matrimonial europeo que, como otros proyectos de unificación o armonización del Derecho sustantivo, se entiende no cabe en la competencia comunitaria en materia de cooperación civil. En éste ámbito una posible vía de progreso podría ser la cooperación intergubernamental, inaugurada recientemente por el Tratado bilateral entre Francia y Alemania sobre el que se informó en esta Crónica. Un proyecto de esta naturaleza no

resulta en absoluto contradictorio con los trabajos en sede comunitaria, si deja al margen las cuestiones de Derecho internacional Privado.

Ambos textos contienen un Capítulo I dedicado al ámbito de aplicación y a las definiciones. El ámbito de aplicación no se define de manera positiva sino mediante una lista de cuestiones excluidas que tiene carácter exhaustivo. Se excluyen de ambos Reglamentos las cuestiones de capacidad, las obligaciones de alimentos, los actos de liberalidad entre los cónyuges o los miembros de la unión registrada, los derechos sucesorios del cónyuge o miembro de la pareja superviviente y la publicidad de los derechos reales y en especial todo lo relativo al funcionamiento del Registro de la Propiedad. Sobre este último aspecto es especialmente importante la regla relativa a la oponibilidad frente a terceros que los Estados miembros pueden hacer depender del cumplimiento de las condiciones de publicidad o de registro previstas en su Derecho, a menos que el tercero conociera o debiera conocer la ley aplicable al régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de la unión registrada.

Sorprendentemente no se propone ninguna regulación específica sobre algunas de las cuestiones clásicas que crean dificultades en este ámbito. Es conocida la polémica respecto a la naturaleza de las cuestiones incluidas en el régimen primario del Derecho francés o español, que según algunos debería calificarse como un efecto personal del matrimonio y según otras posturas debería considerarse parte del régimen de bienes. Es también difícil la calificación de la prestación compensatoria a caballo entre el régimen de bienes y los alimentos. Sería sin lugar a dudas conveniente que estas cuestiones fueran objeto de un mejor tratamiento, pues son susceptibles de crear dificultades en la delimitación del ámbito de aplicación de los instrumentos, que debería ser uniforme.

El Capítulo II de las Propuestas se dedica a la competencia de autoridades. El primer rasgo que caracteriza a las normas propuestas es que favorecen la concentración de litigios y, por tanto, la economía procesal. Reconociendo que las cuestiones relativas al régimen de bienes de las parejas se plantean en muchas ocasiones en conexión con la apertura de la sucesión de uno de los cónyuges o miembros de la unión o en el contexto de un divorcio o disolución de la unión, se prevé que las cuestiones del régimen de bienes sean competencia del órgano jurisdiccional que va a conocer de la sucesión, o de la separación, nulidad o divorcio del matrimonio o disolución de la unión registrada. Respecto a la sucesión hay en ambas Propuestas una referencia expresa a las reglas del futuro Reglamento de sucesiones, que son las que determinarían cuál es la autoridad competente. La referencia a las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis) se circunscribe, en cambio, lógicamente a la primera de las Propuestas relativa a los regímenes matrimoniales, pues la disolución de las uniones registradas no se puede incluir en tal instrumento. Por consiguiente, las normas de competencia relativas a la disolución de tales uniones serán en principio normas internas de Derecho internacional Privado autónomo.

Dos aspectos de dicha regulación merecen un comentario más específico. De una parte, en el caso del fallecimiento de uno de los miembros de una unión registrada, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro encargado de la sucesión puede declinar el conocimiento de las cuestiones relativas a los efectos patrimoniales de la unión registrada si su ordenamiento no conoce tal figura, en cuyo caso se aplicarían las reglas generales que comentaremos a continuación. Obviamente lo que pretende el legislador comunitario es no obligar a

ningún Estado miembro a reconocer ni siquiera de forma indirecta tales uniones, lo cual es, desde mi punto de vista, una concesión excesiva. El respeto por la diversidad de los Derechos de familia de la Unión no necesariamente ha de extenderse hacia las normas de Derecho internacional Privado, que tienen una autonomía propia y una lógica distinta. De lo que se trata en las normas de Derecho internacional privado es de tender puentes entre ordenamientos jurídicos, por lo que no es adecuado que los Estados miembros puedan ampararse en un precepto de Derecho comunitario para declinar la competencia respecto a los efectos de una unión constituida en otro Estado miembro.

En segundo lugar, otra cuestión que llama la atención, es que la competencia del juez del divorcio, separación o nulidad del matrimonio o de la disolución de la unión registrada para pronunciarse también acerca de las cuestiones relativas a los bienes requiera del acuerdo de los miembros de la pareja. Ello sólo se explica por la excesiva amplitud de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II bis y no acaba de tener justificación en el caso de las uniones registradas. A falta de dicho acuerdo el juez del divorcio o la disolución sólo podrá proceder a liquidar el régimen económico matrimonial o de la unión registrada, si es a su vez competente conforme a las reglas generales de competencia con lo cual en la práctica los foros alternativos del Reglamento Bruselas II bis se diferencian de manera indirecta, privilegiándose el de la residencia habitual común de los cónyuges o de la última residencia habitual común por encima del resto de criterios, pues permiten no sólo disolver el vínculo jurídico entre los miembros de la pareja sino también resolver acerca de sus relaciones patrimoniales.

Se prevén asimismo reglas de competencia de autoridades generales, para supuestos distintos a las sucesiones o el divorcio. Fuera de tales contextos las autoridades de un Estado miembro competentes para conocer de los procedimientos relativos al régimen de bienes de la pareja serán las autoridades de la residencia habitual común, en su defecto, las de la última residencia habitual común, siempre que uno de los miembros de la pareja aún resida allí y subsidiariamente las autoridades del lugar de residencia del demandado. Varía la cláusula de cierre en ambas Propuestas; la relativa al régimen económico matrimonial designa a las autoridades correspondientes a la nacionalidad o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, del *domicile* común, mientras que la Propuesta sobre las uniones registradas se decanta por las autoridades del Estado de registro.

Existen adicionalmente otras diferencias entre una y otra Propuesta. Sólo la Propuesta en materia de régimen económico matrimonial reconoce a las partes la posibilidad de acordar la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley hayan elegido como ley aplicable. La Propuesta en materia de uniones registradas no sólo no permite la prorrogación de foro, lo que se explica porque como veremos tampoco permite la elección de ley, sino que además autoriza a los órganos de los Estados miembros designados a declararse incompetentes si su derecho no conoce la figura de la unión registrada, tal y como hemos visto ocurría ya en los supuestos en que la cuestión se plantea en el contexto de una sucesión.

En uno y otro instrumento se prevé una competencia subsidiaria, para el caso de que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente y reglas sobre el *forum necessitatis*. Éstas últimas podrían ser especialmente importantes en relación a las uniones registradas, pues puede ser relativamente frecuente que el procedimiento sea imposible o no pueda iniciarse o proseguirse en un Estado tercero.

El primer dato destacable dentro de las Propuestas, por lo que respecta al capítulo sobre la ley aplicable es que se opta decididamente por la unidad de la ley aplicable, sin fraccionarse el régimen según se trate de bienes muebles o inmuebles. Ello pretende evitar las dificultades prácticas derivadas de la aplicación conjunta de ordenamientos distintos a las relaciones patrimoniales. Sin embargo, la superación del fraccionamiento tiene importantes limitaciones, por el impacto que en la materia pueden tenerlas reglas del régimen primario referidas a la vivienda familiar que se podrían aplicar como normas internacionalmente imperativas en algunos Estados miembros, al margen, por consiguiente de la ley rectora del régimen de bienes. Esta cuestión acaba dependiendo del Derecho internacional privado interno y puede crear importantes disfunciones, rompiendo la deseable uniformidad de soluciones.

En el sector de la ley aplicable existen importantes diferencias entre una y otra Propuesta. En el instrumento relativo al matrimonio se reconoce la autonomía de la voluntad conflictual limitada, de forma que los cónyuges pueden elegir, como ley aplicable a sus relaciones patrimoniales, la ley del Estado de su residencia habitual común o la ley de la residencia habitual o nacionalidad de uno de los cónyuges o miembros de la pareja en el momento de la elección. En defecto de elección de ley se establece una norma de conflicto en cascada que fija el Derecho rector del régimen de bienes en el momento inicial inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio e impide el cambio de la ley aplicable salvo que los esposos lo acuerden, en cuyo caso se presta especial atención a los derechos de terceros derivados de la ley anteriormente aplicable. También se hace referencia a los acuerdos mediante los cuáles los cónyuges eligen su régimen de bienes. Sorprende que la atención de la Propuesta a los capítulos matrimoniales se circunscriba a los aspectos formales cuando una de las cuestiones que plantea mayores dificultades en el tráfico jurídico externo es que el carácter vinculante de tales capítulos es variable, en los distintos ordenamientos. Por la importancia práctica de esta cuestión sería deseable un mayor desarrollo de este aspecto.

Por contraposición, el Capítulo de la Propuesta sobre uniones registradas relativo a la ley aplicable es de una sencillez notable. Los efectos patrimoniales de las uniones registradas se rigen por la ley del Estado de la inscripción. Esta regla se explica por la enorme diversidad de las distintas instituciones existentes en el Derecho material de los Estados miembro. Por consiguiente, la aplicación de un Derecho distinto al del Estado registro podría tener un efecto sorpresivo y modificar sustancialmente el contenido de la institución e incluso generar dificultades de muy difícil resolución en caso de que se tratara de un ordenamiento jurídico que desconociera la institución de la unión registrada.

Varía asimismo en las Propuestas la redacción de la cláusula de orden público. En el Reglamento sobre las uniones registradas se establece que la ley designada no puede considerarse contraria al orden público del foro por la única razón de que la ley del foro no contemple la institución de la unión registrada. Parece, por consiguiente, que si las autoridades competentes han optado por mantener su competencia no haciendo uso de la posibilidad de declinar el conocimiento del asunto por no existir la institución en el Derecho del foro, indirectamente se produce una renuncia a la activación del orden público. Desde un punto de vista técnico se trata de una solución novedosa que implica la absorción de la cláusula del orden público por la regla de competencia.

Un aspecto siempre interesante desde la perspectiva del Derecho español es el impacto de las Propuestas sobre el Derecho interregional y los Derechos autonómicos. Lo primero que llama la atención es que las Propuestas no excluyen la

aplicabilidad de los Reglamentos a los supuestos internos. De no subsanarse tal extremo, el Derecho interregional español podría verse desplazado por las normas comunitarias, lo cual es una posibilidad que debería ser objeto de especial atención en el curso de las negociaciones. Por otra parte y por lo que respecta a la cuestión de la remisión a un ordenamiento plurilegislativo, es decir, cuando las normas de conflicto comunitarias designen el Derecho de un Estado que comprende distintos ordenamientos jurídicos, se opta por la técnica de la remisión directa, esto es, son básicamente los criterios del propio instrumento comunitario los que designan cuál de los ordenamientos subestatales es el aplicable. Ello tiene como consecuencia, desde la perspectiva española, que el Derecho interregional deje de ser relevante en las relaciones privadas internacionales.

Las reglas relativas al reconocimiento y ejecución de resoluciones son en gran medida paralelas a las el Reglamento 44/2001 (Bruselas I) a las que incluso se remite. En la Exposición de Motivos se hace referencia a que una supresión de las medidas intermedias de control es prematura en esta materia, razón por la cual la supresión del *exequatur* se deja para un momento posterior. Por otro lado, se presta especial atención al reconocimiento de documentos públicos con fuerza ejecutiva. Los documentos emitidos en un Estado miembro serán reconocidos en los demás Estados miembros salvo que se impugne su validez o si dicho reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público. Se prescribe además de manera explícita que ello significa que los documentos tienen la misma fuerza probatoria en cuanto al contenido del acto y los hechos en ellos consignados, así como la misma presunción de autenticidad y carácter ejecutivo que en sus países de origen.

V. DERECHO ANTIDISCRIMINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ*

1. Directivas

Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DOUE L88 de 4 de abril de 2011)

En esta Directiva se establecen normas para facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de alta calidad y promover la cooperación en la asistencia sanitaria entre Estados miembros así como aclarar su relación con el marco existente para la coordinación de los sistemas de seguridad social con miras a la aplicación de los derechos de los pacientes.

A este respecto el artículo 4.3 de la Directiva dispone que en relación con los pacientes de otros Estados miembros se aplicará el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Sin embargo, ello se entenderá sin perjuicio de que el Estado miembro de tratamiento pueda adoptar medidas respecto del acceso a los tratamientos que tengan por objeto cumplir su responsabilidad

* Profesora lectora de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Barcelona.

fundamental de garantizar un acceso suficiente y permanente a la asistencia sanitaria en su territorio siempre y cuando esté justificado por razones imperiosas de interés general. Así, dichas medidas estarían justificadas por necesidades de planificación con respecto al objetivo de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad o por la voluntad de controlar costes y evitar despilfarro financiero, técnico o humano. En cualquier caso, estas medidas deberán adecuarse al principio de necesidad y proporcionalidad y no podrán constituir un medio de discriminación arbitraria. Además serán accesibles públicamente de antemano.

Por otra parte, el artículo 4.4 dispone que los Estados miembros garantizarán que los prestadores de asistencia sanitaria de su territorio apliquen a los pacientes de otros Estados miembros el mismo baremo de tarifas que aplican a los pacientes nacionales en situaciones médicas comparables o cobren un precio calculado con criterios objetivos y no discriminatorios.

Por último, a los efectos que aquí interesan, el artículo 9.1 establece que el Estado miembro de afiliación garantizará que los procedimientos administrativos relativos al disfrute de asistencia sanitaria transfronteriza y el reembolso de los gastos sanitarios contraídos en otro Estado miembro se basen en criterios objetivos y no discriminatorios y que sean necesarios y proporcionados al objetivo que se ha de lograr.

Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOUE L 48 de 23 de febrero 2011)

El considerando 31 de la Directiva dispone que conviene garantizar que los acreedores puedan hacer uso de la cláusula de reserva de dominio, es decir, la estipulación contractual en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago total del precio, con carácter no discriminatorio en toda la Unión, si dicha cláusula es válida con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables de conformidad con el derecho internacional privado.

Por su parte, el considerando 33 establece que las consecuencias de la morosidad sólo pueden ser disuasorias si van acompañadas de procedimientos de recursos rápidos y eficaces para el acreedor y por ello, de conformidad con el principio de no discriminación, tales procedimientos deben estar a disposición de todos los acreedores establecidos en la Unión.

2. Reglamentos

Reglamento (UE) 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 (DOUE L 55 de 28 de febrero de 2011)

El presente Reglamento establece normas para el transporte en autobús y autocar relativas, entre otras cuestiones, a la no discriminación entre los viajeros en las condiciones de transporte ofrecidas por los transportistas y a la no discriminación y la asistencia obligatoria a las personas con discapacidad o con movilidad reducida.

Así, el artículo 2 del Reglamento establece que, sin perjuicio de las tarifas sociales, las condiciones contractuales y las tarifas aplicadas por los

transportistas se ofrecerán al público en general sin discriminación directa ni indirecta por razones de nacionalidad del cliente final o del lugar de establecimiento de los transportistas o de los proveedores de billetes de la Unión.

En relación a los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida, los transportistas, las agencias de viajes y los operadores turísticos no podrán negarse a aceptar una reserva de una persona, a emitir un billete, o a embarcarla por su discapacidad o movilidad reducida y deberán hacerlo sin coste adicional alguno (art. 9). Sin embargo, quedará justificada la negativa a aceptar dicha reserva a fin de dar cumplimiento a los requisitos de seguridad o de salud exigibles o cuando el diseño del vehículo o la infraestructura (paradas y estaciones) haga físicamente imposible el embarque, el desembarque o el traslado de la persona de manera segura y viable (art. 10.1). En caso de negativa a aceptar la reserva, deberá informarse a la persona con discapacidad sobre medios de transporte alternativos (art. 10.2). Si una vez en posesión del billete se le deniega el embarque, se le dará la posibilidad de optar entre el reembolso de su valor o la continuación del viaje utilizando servicios de transporte alternativos razonables (art. 10.3). La persona discapacitada podrá exigir que le acompañe una persona, que será transportada gratuitamente, para evitar los motivos de seguridad o salud que justifican la denegación de la reserva (art. 10.4).

En cooperación con las organizaciones representativas de las personas con discapacidad o de las personas con movilidad reducida, los transportistas y los gestores de las estaciones establecerán o dispondrán condiciones de acceso no discriminatorio aplicables al transporte de personas con discapacidad o movilidad reducida (art. 11).

Los transportistas y gestores de las estaciones cooperarán para prestar asistencia a las personas con discapacidad o movilidad reducida a condición de que su asistencia se notifique con una antelación mínima de 36 horas y las personas en cuestión se presenten en el punto designado a la hora prefijada o, en su defecto, 30 minutos antes de la salida (art. 14).

Además, serán responsables de las pérdidas de sillas de ruedas, de otros equipos de ayuda a la movilidad o dispositivos de asistencia y de los daños a ellos causados debiendo indemnizar por dicha pérdida o perjuicio (art. 17).

3. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

STJCE (Gran Sala) de 1 de marzo de 2011, Asunto C-236/09 que tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Court constitutionnelle (Bélgica) mediante resolución de 18 de junio de 2009, recibida ante el Tribunal de Justicia el 29 de junio de 2009 en el procedimiento entre Assotiation belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier y Conseil des Ministres.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la validez del artículo 5.2 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

Debe recordarse que el art. 4.1 de la Directiva establece que el principio de no discriminación de trato significa que no habrá discriminación por razones de sexo, como el trato menos favorable a las mujeres por razón de embarazo y de maternidad. Por su parte, el artículo 5 de la misma Directiva, rubricado «fac-

tores actuariales» establece en su apartado 1 que los «Estados miembros velarán por que en todos los nuevos contratos que se celebren después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar, el hecho de tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de las primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines no dé lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente». Sin embargo, el apartado 2 de dicho precepto continúa afirmando que, pese a ello, «los Estados miembros podrán decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Los Estados miembros que se acojan a esta disposición informarán a la Comisión y velarán por que los datos exactos pertinentes en relación a la consideración del sexo como factor actuarial determinante se recopilen, se publiquen y se actualicen con regularidad. Dichos Estados miembros reexaminarán su decisión cinco años después del 21 de diciembre de 2007 atendiendo al informe de la Comisión a que se refiere el artículo 16, y transmitirán a la comisión el resultado de este nuevo examen».

La Ley nacional de 21 de diciembre de 2007 hace uso de la facultad concedida en el artículo 5.2 de la Directiva 2004/113 y de ahí que se plantee ante el Tribunal de Justicia si dicho precepto de la Directiva es válido desde el punto de vista del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En la sentencia se pone de manifiesto que el Consejo expresa sus dudas acerca de que, en determinadas ramas del seguro privado, pueda considerarse comparable la situación de las personas aseguradas y la de los asegurados, dado que, desde el punto de vista de la técnica aplicada por las compañías de seguros, que clasifican los riesgos por categorías en función de bases estadísticas, el nivel de riesgo asegurado puede ser diferente en las mujeres y en los hombres por lo que la opción del artículo 5.2 de la Directiva tendría por objeto permitir que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal, no se traten de forma idéntica situaciones diferentes.

Además, la doctrina ha puesto de manifiesto que la regla de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación a las primas y prestaciones con independencia del sexo en algunos casos supondrá en la práctica un encarecimiento generalizado de las mismas (entre nuestra doctrina CAMACHO CLAVIJO, Sandra, «Embarazo y nuevo seguro de personas», *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, Valencia, 2011, pp. 1140-1141).

Sin embargo, a juicio del Tribunal de Justicia, la Directiva 2004/113 parte de la premisa de que, en aras a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, las situaciones en que se encuentran respectivamente las mujeres y los hombres a efectos de las primas y prestaciones de seguros que contratan son comparables. Por ello, dado que existe el riesgo de que el Derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre hombres y mujeres prevista en el artículo 5.2 de la Directiva 2004/113, el Tribunal de Justicia declara que dicho precepto, que permite a los Estados miembros mantener de forma ilimitada en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva 2004/113 y resulta incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta. Dicho precepto ha de considerarse inválido con efectos de 21 de diciembre de 2012.

STJCE (Sala Segunda) de 12 de mayo de 2011, Asunto C-391/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE, por Vilniaus miesto 1 apylinkės teismas (Lituania), mediante resolución de 8 de septiembre de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de octubre de 2009 en el procedimiento entre Malgožata Runevič-Vardyn, Lukasz Pawel Wardyn y Vilniaus miesto savivaldybės administracija, Lietuvos Respublikos teisingumo ministerija, Valstybinė lietuvių kalbos komisija, vilniaus miesto savivaldybės administracijos Teisės departamentas Civilines metrikacijos skyrius.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 18 TFUE y 21 TFUE así como del artículo 2.2.b) de la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. En concreto, si debe entenderse contraria a ellos una normativa nacional que disponga que los nombres y apellidos deben escribirse utilizando únicamente caracteres del idioma nacional y sin hacer uso de signos diacríticos, ligaduras u otras modificaciones del alfabeto latino en documentos acreditativos del estado civil.

Los gobiernos lituano, checo, estonio, polaco y eslovaco, así como la Comisión Europea, sostienen que las normas nacionales relativas a la elaboración de los documentos acreditativos del estado civil no están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43 tal como se describe en el artículo 3.1 de la misma. El Tribunal de Justicia sostiene que, si bien es cierto que, dada la naturaleza de los derechos que la Directiva trata de proteger, ésta no debe interpretarse de forma restrictiva, de ello no se sigue que la referencia de su artículo 3.1.h) al acceso a bienes y servicios disponibles para el público y a la oferta de éstos incluya la elaboración de documentos acreditativos del estado civil.

En relación a la vulneración de los artículos 18 y 21 TFUE (principio de no discriminación por nacionalidad y principio de libre circulación), el Tribunal de Justicia considera que la normativa nacional analizada no constituye una restricción al principio de libre circulación salvo que comporte graves inconvenientes de orden administrativo, profesional y privado lo cual deberá analizarse en el caso concreto por el Tribunal nacional.

Por otra parte, a juicio del Tribunal de Justicia, es legítimo que una normativa nacional persiga la protección de la lengua oficial y ello puede justificar la restricción de la libre circulación siempre y cuando tales medidas restrictivas sean necesarias para conseguir los objetivos perseguidos y sólo cuando dichos objetivos no puedan alcanzarse por otras vías menos restrictivas.

VI. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

JAVIER POU DE AVILÉS SANS*

1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea

STJCE (Sala 3.^a), de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-393/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al

* Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid.

artículo 234 CE, por el Nejvyšší správní soud (República Checa), en el procedimiento entre Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany y Ministerstvo kultury.

1) La interfaz gráfica de usuario no constituye una forma de expresión de un programa de ordenador en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250, y no puede disfrutar de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en virtud de esa Directiva. No obstante, esa interfaz gráfica de usuario puede ampararse, como una obra, en la protección del derecho de autor en virtud de la Directiva 2001/29 si dicha interfaz constituye una creación intelectual propia de su autor.

2) La radiodifusión televisiva de una interfaz gráfica de usuario no constituye una comunicación al público de una obra protegida por el derecho de autor en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

STJCE (Sala 2.^a), de 27 de enero de 2011, Asunto C-168/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale di Milano (Italia), en el procedimiento entre Flos SpA y Semeraro Casa e Famiglia SpA, en el que participa: Assoluce - Associazione nazionale delle Imprese degli Apparecchi di Illuminazione.

1) En lo que respecta a dibujos o modelos que nunca hayan sido registrados como tales, procede señalar que, en virtud del artículo 17 de la Directiva 98/71, tan sólo un dibujo o modelo que haya sido objeto de registro en un Estado miembro con arreglo a las disposiciones de dicha Directiva, podrá acogerse conforme a la misma a la protección conferida por la normativa de dicho Estado sobre los derechos de autor. De ello se desprende que los dibujos y modelos que, antes de la entrada en vigor de la normativa nacional que transpone la Directiva 98/71 en el orden jurídico de un Estado miembro eran de dominio público debido a la falta de registro no entran dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo. Sin embargo, no puede excluirse que la protección mediante el derecho de autor de las obras que pueden constituir dibujos o modelos no registrados pueda resultar de otras directivas sobre derecho de autor, y, en particular, de la Directiva 2001/29, en la medida en que concurren los requisitos de aplicación de ésta. En consecuencia el artículo 17 de la Directiva 98/71 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que excluye de la protección mediante el derecho de autor de dicho Estado miembro los dibujos y modelos registrados en un Estado miembro o respecto al mismo que habían pasado a ser de dominio público antes de la fecha de entrada en vigor dicha normativa, a pesar de que cumplen todos los requisitos exigidos para gozar de tal protección.

2) El artículo 17 de la Directiva 98/71 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que excluye de la protección mediante el derecho de autor, ya sea por un período sustancial de diez años, ya sea totalmente, los dibujos y modelos que, a pesar de cumplir todos los requisitos exigidos para gozar de dicha protección, pasaron a ser de dominio público antes de la fecha de entrada en vigor de dicha normativa, respecto de cualquier tercero que haya fabricado o comercializado en el territorio nacional productos realizados según dichos dibujos y modelos, y ello independientemente de la fecha en la que se llevaron a cabo dichos actos.

2. Dictámenes

Dictamen del Comité de las Regiones, sobre liberar el potencial de las industrias culturales y creativas (DOUE C 42, de 10 de febrero de 2011, 06).

El Comité de las Regiones recuerda que, en Europa, las industrias culturales y creativas pueden desempeñar un papel importante a la hora de conseguir objetivos económicos y sociales a nivel local y regional; insiste en el fundamental papel que desempeñan las industrias culturales y creativas dentro de la agenda cultural, pues ayudan a las comunidades y economías locales a conseguir resultados en muy distintos ámbitos políticos, desde el desarrollo económico hasta la educación, pasando por el aprendizaje permanente, la seguridad de la comunidad y la justicia penal.

Opina que el sector del turismo debe incluirse en las descripciones de las industrias culturales y creativas.

Destaca que, en la economía posterior a la crisis, la cultura puede tener un papel que desempeñar si permite alcanzar los objetivos de la política social de manera creativa, apoyando las innovaciones a fin de conseguir resultados en el ámbito social.

Señala que de todo ello se deduce que la contribución de la cultura, y más específicamente de las industrias culturales y creativas, reviste una importancia esencial a la hora de aplicar la Estrategia Europa 2020.

Destaca que el éxito en la aplicación de las iniciativas emblemáticas de la Estrategia Europa 2020 –entre otras, la Agenda Digital– requiere valentía en la innovación y, a este respecto, el sector creativo debe generar soluciones multidisciplinares y multiculturales, particularmente en el ámbito científico y cultural. En este sentido, Europa necesita unos agentes locales y regionales libres de prejuicios que sirvan de pioneros a la hora de crear innovaciones sociales que den pie a una actividad empresarial de carácter global.

VII. DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA*

1. Legislación

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Directiva 2010/73/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, modifica la Directiva 2003/71/CE, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y la Directiva 2004/109/CE, de 15 de diciembre de 2004, 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 (DOL 11 diciembre 2010, núm. 327, pág. 1).

De acuerdo con el considerando núm. 12 de esta directiva, los regímenes de responsabilidad de los distintos Estados miembros son significativa-

* Profesora contratada doctora de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela.

mente diferentes al estar la legislación civil sujeta a la competencia nacional. Para identificar y supervisar las disposiciones de los Estados miembros, la Comisión debe establecer un cuadro comparativo de los regímenes de los Estados miembros. En este ámbito, los Estados miembros deben asegurarse de que no se exige ninguna responsabilidad civil a ninguna persona sólo por el resumen, incluida cualquier traducción del mismo, a menos que resulte engañoso, inexacto o incoherente frente a las partes relevantes del folleto. El resumen debe incluir una advertencia clara a tal efecto (cdo. 16).

Así, los Estados miembros se asegurarán de que no se exija ninguna responsabilidad civil a ninguna persona solamente sobre la base de la nota de síntesis, incluida cualquier traducción de la misma, a menos que ésta sea engañosa, inexacta, o incoherente en relación con las demás partes del folleto, o no aporte, leída junto con las otras partes del folleto, información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores.

La Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 5). A más tardar el 1 de enero de 2016, la Comisión evaluará la aplicación de la Directiva 2003/71/CE modificada por la presente Directiva, en particular en lo que se refiere a la aplicación y los efectos de las disposiciones, incluida la responsabilidad (art. 4 *Revisión*).

Directiva 2010/75/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, de emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación (DOL 17 diciembre 2010, núm. 334, pág. 17)

El considerando núm. 8 de esta directiva destaca la importancia de evitar accidentes e incidentes y limitar sus consecuencias medioambientales. La responsabilidad relativa a las consecuencias medioambientales de los accidentes e incidentes es una materia que se regirá por el correspondiente Derecho nacional y, en su caso, de la Unión (vid. art. 7 *Incidentes y accidentes*; cfr. 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). Ahora bien, con arreglo al Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, es necesaria una participación efectiva de los ciudadanos en la toma de decisiones para que estos puedan expresarse y para que los responsables tengan en cuenta las opiniones y preocupaciones que puedan resultar relevantes para esas decisiones, aumentando así el grado de responsabilidad y transparencia del proceso de toma de decisiones y contribuyendo a la sensibilización pública respecto a los problemas de medio ambiente y al apoyo a las decisiones tomadas. El público interesado debe tener acceso a la justicia a fin de contribuir a la protección del derecho a vivir en un entorno propicio para la salud y el bienestar personales (cdo. 27; vid. art. 25 *Acceso a la justicia*).

En este contexto, la presente Directiva establece normas sobre la prevención y el control integrados de la contaminación procedente de las actividades industriales; en ella se establecen también normas para evitar o, cuando ello no sea posible, reducir las emisiones a la atmósfera, el agua y el suelo, y evitar la generación de residuos con el fin de alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto (art. 1 *Objeto*).

Directiva 2010/84/UE, Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre, modifica, en lo que respecta a la farmacovigilancia, la Directiva 2001/83/CE, de 6 de noviembre de 2001, que establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (DO L 31 diciembre 2010, núm. 348, pág. 74; rect. DO L 25 enero 2011, núm. 21, pág. 8)

Como señala el considerando núm. 12 de esta directiva, la experiencia ha puesto de manifiesto la necesidad de aclarar las responsabilidades de los titulares de las autorizaciones de comercialización en lo que respecta a la farmacovigilancia de los medicamentos autorizados. El titular de una autorización de comercialización debe tener la responsabilidad de vigilar permanentemente la seguridad de sus medicamentos, informar a las autoridades de cualquier cambio que pudiera afectar a la autorización de comercialización y asegurarse de la actualización de la información relativa al producto. Como los medicamentos podrían utilizarse al margen de los términos de sus autorizaciones de comercialización, entre las responsabilidades del titular de la autorización de comercialización debe figurar la transmisión de toda la información disponible, incluidos los resultados de ensayos clínicos u otros estudios, así como la notificación de todo uso del medicamento al margen de los términos de la autorización de comercialización.

Esta directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 4).

Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DO L 4 abril 2011, núm. 88, pág. 45)

El artículo 4 de esta directiva contempla las responsabilidades del Estado miembro de tratamiento. Al respecto, el precepto dispone que la asistencia sanitaria transfronteriza se prestará de conformidad con: *a)* la legislación del Estado miembro de tratamiento; *b)* las normas y directrices sobre calidad y seguridad establecidas por el Estado miembro de tratamiento. Igualmente, el Estado miembro de tratamiento garantizará que, entre otras circunstancias, los prestadores de asistencia sanitaria faciliten información oportuna para ayudar a cada paciente a elegir con pleno conocimiento de causa, especialmente en lo que se refiere a las opciones de tratamiento, sobre la disponibilidad, la calidad y la seguridad de la asistencia que prestan en el Estado miembro de tratamiento y que faciliten igualmente facturas claras e información clara sobre precios, así como información sobre su situación respecto del registro o la autorización pertinente, la cobertura de su seguro u otros medios de protección personal o colectiva en relación con su responsabilidad profesional. Se prevé también que se instauren procedimientos y mecanismos transparentes de presentación de reclamaciones para que los pacientes puedan pedir reparación, de acuerdo con la legislación del Estado miembro de tratamiento, cuando sufran daños de resultados de la asistencia sanitaria recibida; y que se disponga de sistemas de seguro de responsabilidad profesional o garantías similares que sean equivalentes o esencialmente comparables en cuanto a su finalidad y adecuados a la naturaleza y el alcance del riesgo, para los tratamientos dispensados en su territorio. Esta directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 22).

Directiva 2011/35/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DO L 29 abril 2011, núm. 110, pág. 1)

Conforme al artículo 20 de esta Directiva, las legislaciones de los Estados miembros organizarán, al menos, la responsabilidad civil de los miembros del órgano de administración o de dirección de la sociedad absorbida ante los accionistas de esta sociedad en razón de las faltas cometidas por miembros de este órgano en la preparación y en la realización de la fusión. Por su parte, el art. 21 dispone que las legislaciones de los Estados miembros organizarán, al menos, la responsabilidad civil ante los accionistas de la sociedad absorbida de los peritos encargados de establecer para esta sociedad el informe previsto en el artículo 10, apartado 1, en razón de las faltas cometidas por estos peritos en el cumplimiento de su misión. Esta directiva entrará en vigor el 1 de julio de 2011 (art. 33).

Reglamento (UE) 996/2010, de 20 de octubre, relativo a la investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil y deroga la Directiva 94/56/CE, de 21 de noviembre de 1994 (DO L 12 noviembre 2010, núm. 295, pág. 35)

El objeto del presente Reglamento es mejorar la seguridad aérea garantizando un alto nivel de eficiencia, diligencia y calidad de las investigaciones de seguridad en la aviación civil europea, cuyo único objetivo es la prevención de accidentes e incidentes futuros, sin determinar culpabilidades o responsabilidades. También tiene por objeto mejorar la asistencia a las víctimas de accidentes aéreos y a sus familiares (art. 1.1.º *Objeto*). En este sentido, el art. 15 establece la indemnización de las pérdidas originadas por el extravío o los daños sufridos por el equipo de movilidad u otro equipo específico utilizado por una persona con discapacidad o una persona con movilidad reducida, siempre que el suceso que haya originado las pérdidas sea imputable a una falta o negligencia del transportista o del operador de terminal. Se presumirá la culpa o negligencia del transportista cuando las pérdidas hayan sido resultado de un suceso relacionado con la navegación. Esta indemnización equivaldrá al valor de sustitución del equipo correspondiente o, cuando proceda, al coste de la reparación. Ahora bien, estas previsiones no se aplicarán cuando se aplique el artículo 4 del Reglamento 392/2009/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente.

Reglamento (UE) 1071/2010, de 22 de noviembre, modifica el Reglamento (CE) núm. 474/2006, de 27 de marzo de 2006, que establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad (DOL 23 noviembre 2010, núm. 306, pág. 44) y Reglamento de Ejecución (UE) 390/2011, de 19 de abril, modifica el Reglamento (CE) núm. 474/2006, que establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad (DOL 20 abril 2011, núm. 104, pág. 10)

Reglamento (UE) 1235/2010, de 15 de diciembre, modifica, en lo que respecta a la farmacovigilancia de los medicamentos de uso humano, el Reglamento (CE) núm. 726/2004, de 31 de marzo de 2004, que establece procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y que crea la Agencia Europea de Medicamentos, y el Reglamento (CE) núm. 1394/2007, de 13 de noviembre de 2007, sobre medicamentos de terapia avanzada (DOL 31 diciembre 2010, núm. 348, pág. 1)

El considerando núm. 18 de este Reglamento trae a colación las mismas razones que justifican la Directiva 2010/84/UE, Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre, modifica, en lo que respecta a la farmacovigilancia, la Directiva 2001/83/CE, de 6 de noviembre de 2001, que establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano. En este sentido, se procede a modificar en consecuencia los Reglamentos (CE) núm. 726/2004 y (CE) núm. 1394/2007.

B. LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino (BOE 30 diciembre 2010, núm. 317, páginas 108464 a 108488)

La Ley 41/2010 incorpora al derecho español la Directiva 2008/56/CE, de 17 de junio de 2008, por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino (Directiva marco sobre la estrategia marina) introduce la obligación de lograr un buen estado ambiental de las aguas marinas europeas mediante la elaboración de estrategias marinas con el objetivo final de mantener la biodiversidad y preservar la diversidad y el dinamismo de unos océanos y mares que sean limpios, sanos y productivos, cuyo aprovechamiento sea sostenible.

En materia de responsabilidad, la disposición adicional tercera (Responsabilidad por incumplimiento de normas de derecho comunitario) establece que la responsabilidad ante el daño ambiental causado al medio marino se dirimirá en los términos que recoge la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental. Asimismo, en los daños medioambientales que tengan su origen en un suceso cuyas consecuencias en cuanto a responsabilidades o indemnización estén establecidos en alguno de los Convenios internacionales enumerados en el anexo IV, de la Ley 26/2007, incluidas sus eventuales modificaciones futuras vigentes en España, se atenderá a lo establecido en estos Convenios.

Ley 1/2011, de 4 de marzo, por la que se establece el Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil y modifica la Ley 21/2003, de 7 de julio de 2003, de seguridad aérea (BOE 5 marzo 2011, núm. 55, páginas 24995 a 25032)

Como señala el Preámbulo de esta ley, la normativa aeronáutica está sujeta a un continuo proceso de modernización y actualización con el objetivo de mantener altos estándares de seguridad operacional. En este sentido, la Ley 21/2003 reforzó las capacidades de inspección, control y sanción de las autoridades de supervisión, al tiempo que delimitaba las obligaciones de los distintos sujetos implicados en la navegación aérea y la distribución de competencias entre las distintas administraciones públicas. En concreto, la nueva regulación de las entidades colaboradoras limita su ámbito de actuación a la

verificación y control de los requisitos establecidos por la normativa que resulte de aplicación a las actividades de aviación civil no reguladas por normas comunitarias (cfr. Reglamento 216/2008/CE, de 20 de febrero de 2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE).

El artículo único de esta ley, núm. 9, adiciona al título II un nuevo capítulo III *Protección de la Información*, integrado por los artículos 18 y 19. El artículo 18 (*Carácter reservado de la información*) en su apartado 1.º último párrafo señala que la información contenida en datos, registros, grabaciones, declaraciones, comunicaciones, indicadores e informes facilitados en el marco del Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil por los proveedores de servicios y productos aeronáuticos se recaba con la única finalidad de reforzar la seguridad operacional y prevenir futuros accidentes e incidentes, y no con la finalidad de determinar culpas o responsabilidades. En el mismo sentido, el artículo 19 1.º a) (*Cesión o comunicación de la información*), prevé que la información pueda ser comunicada o cedida cuando sea requerida por los órganos judiciales o el Ministerio Fiscal para la investigación y persecución de delitos; en este caso, la Comisión de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil remitirá la información necesaria, limitándose a facilitar los antecedentes que obren en su poder en relación a los factores contribuyentes que hayan provocado un accidente o incidente aéreo. La identificación de los factores no implica la asignación de la culpa o la determinación de la responsabilidad, civil o penal.

2. Jurisprudencia

A. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad medioambiental –Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011 (Asunto C-240/09)–. En relación con la petición de decisión prejudicial planteada por el Najvyšší súd Slovenskej republiky (República Eslovaca) el tribunal interpreta el artículo 9, apartado 3, del Convenio (de Aarhus) sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente celebrado en nombre de la Comunidad Europea mediante Decisión del Consejo de 17 de febrero de 2005 y se plantea el efecto directo de dicha norma, llegando a la conclusión de que carece de efecto directo conforme al Derecho de la Unión. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente interpretar, en la medida de lo posible, el régimen procesal de los requisitos necesarios para interponer un recurso administrativo o judicial de manera conforme tanto a los objetivos del artículo 9, apartado 3, de dicho Convenio como al objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, a fin de permitir a una organización de defensa del medio ambiente, como Lesoochranárske zoskupenie, impugnar ante los tribunales una decisión adoptada mediante un procedimiento administrativo que pudiera ser contrario al Derecho medioambiental de la Unión.

B. TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad por productos –STS de 7 de octubre de 2010–. En relación con la doctrina de la unidad de culpa civil, el tribunal rechaza la aplica-

ción del régimen de responsabilidad del fabricante al señalar la responsabilidad contractual del vendedor.

Responsabilidad por productos –STS de 9 de diciembre de 2010–. El tribunal declara la responsabilidad en caso de extracción de implantes de prótesis mamarias por posible toxicidad siguiendo una recomendación del Ministerio de Sanidad y Consumo; en concreto, las razones de precaución administrativa no son obstáculo a la existencia de responsabilidad; la presunta toxicidad del producto no obsta a su carácter defectuoso al serlo también aquel que se pone en circulación sin las comprobaciones suficientes para excluirlo. Al respecto se tiene en cuenta la doctrina comunitaria en materia del principio de precaución.

Responsabilidad por productos –STS de 16 de diciembre de 2010–. El tribunal no aplica la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos al tratarse de un daño no cubierto por el artículo 10 de la Ley 22/1994.

Responsabilidad por productos –STS de 19 de enero de 2011–. El tribunal rechaza la aplicación del régimen de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos en el caso de un paciente hemofílico con contagio por VIH y VHC tras la aplicación de hemoderivados ante la falta de prueba de la relación casual del contagio VHC con el producto administrado; en el supuesto concurrían hipótesis alternativas que podrían haber causado el contagio.

Servicios de la sociedad de la información –STS de 10 de febrero de 2011–. El tribunal declara la responsabilidad del responsable de los servicios de almacenamiento de datos, prestador de servicios de intermediación de la sociedad, por contenidos ilícitos al no observar su deber de diligencia en la rápida retirada de datos ilícitos o en impedir el acceso a ellos de acuerdo con la Directiva 200/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio.

VIII. DERECHO DE *TRUSTS* EN LA UNIÓN EUROPEA

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

El patrimonio protegido en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE 21 de agosto de 2010).

Introducción

Tal y como indica el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, el capítulo VII del Libro segundo del Código Civil de Cataluña:

«[...] incorpora al derecho catalán la figura del patrimonio protegido, que comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por la persona constituyente, así como de sus rendimientos y bie-

* Profesora Titular en la Universidad de Cantabria.

nes subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona afectada por discapacidad psíquica o física de una cierta gravedad o por una situación de dependencia igualmente severa.»

La Exposición de Motivos 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 (BOE 19 de noviembre de 2003), ya señalaba que:

«(...) la regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el art. 149.1.8 de la Constitución española y los diferentes Estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el art. 13.2 del CC.»

No obstante, también es cierto que los preámbulos de las leyes carecen de valor normativo y que conforme al artículo 1.2 de la misma norma:

«El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil.»

Dicho artículo ha sido recurrido por el Parlamento de Cataluña ante el Tribunal Constitucional, por entender que la supletoriedad debe ser entendida, en todo caso, como de segundo grado, al ser el derecho catalán un ordenamiento autointegrable –art. 111.4 y 111-5 CC Cat. (fundamento segundo) y que, en la medida en que la regulación de la figura liga ventajas fiscales a una regulación estatal determinada, impide a las comunidades que no disponen de competencias en materia tributaria dictar normas civiles de contenido similar. *Vid.* recurso de inconstitucionalidad núm. 1004/2004 (BOE de 27 de abril de 2004) y, en concreto, el fundamento quinto.

En espera de que se resuelva dicho recurso, ha entrado en vigor, el 1 de enero de 2011, el Libro segundo del Código Civil de Cataluña y con ello una regulación propia, de carácter estrictamente civil, del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, en esa comunidad.

Finalidad de la norma

La finalidad de la Ley 25/2010 es la protección de las personas discapacitadas. Al igual que la norma nacional, la ley catalana extiende su protección a las personas con discapacidad psíquica igual o superior al 33% y a aquellas con discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, acreditada por medio del certificado emitido por el órgano administrativo competente (conforme al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, modificado por el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre)

o por medio de resolución judicial firme. Pero la norma autonómica hace referencia, además, a los supuestos de dependencia de grado II (dependencia severa) y grado III (gran dependencia), de acuerdo con la legislación aplicable (art. 227.2 CC Cat). Y a estos efectos debemos recordar que el artículo 27 y la disposición final quinta de la L. 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, BOE de 15 de diciembre de 2006), remiten al baremo oficial de Dependencia reconocido, actualmente, por el Real Decreto 174/2011.

La ley valora así por separado discapacidad y dependencia. Es cierto que no se puede identificar claramente la relación de dependencia con la discapacidad. Ahora bien, si adoptamos la definición de discapacidad que nos ofrece el artículo 1.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 («[L]as personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás») y la noción de dependencia acuñada por el artículo 2.2 de la Ley española de Dependencia del mismo año («el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal»), debemos entender que la discapacidad (limitación del individuo para realizar una determinada actividad) es un atributo inseparable de la dependencia en cualquiera de sus grados, aunque teóricamente si bien puede existir discapacidad sin que exista dependencia o dependencia con una discapacidad intelectual inferior al 33%. La dependencia sería una situación de discapacidad acompañada de la necesidad de ayuda. En otros términos, una situación de discapacidad más o menos severa, con lo cual, en la mayoría de los casos, las dos categorías de posibles beneficiarios del patrimonio protegido coincidirán.

Constitución de un patrimonio autónomo

De acuerdo con la Ley 25/2010, toda persona, incluida la beneficiaria, puede constituir un patrimonio protegido contando con la aceptación del beneficiario o, en su caso, de sus representantes legales (art. 227.3 CC Cat). La constitución debe formalizarse mediante escritura pública y exige una aportación inicial mínima de bienes, sin perjuicio de la posibilidad de realizar aportaciones ulteriores, también en escritura pública. Junto a la identidad del constituyente, beneficiarios y personas encargadas de la administración y supervisión del patrimonio protegido, debe constar en la escritura la denominación del patrimonio ya que estamos ante «(...) un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real» (art. 227.2 CC Cat).

A diferencia de la ley nacional, que atribuye la titularidad de los bienes que integran el patrimonio protegido al beneficiario, sin perjuicio de su separación a efectos de administración y supervisión respecto de los restantes bienes que integran el patrimonio personal del discapacitado, la ley catalana opta por la constitución de un patrimonio autónomo, sin titular y administrado por personas diferentes de sus beneficiarios (art. 227.3.2 CC Cat). En ambos casos estamos ante un patrimonio de destino o de afectación («el patrimonio protegido comporta la afectación de bienes (...) a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario») en que el elemento real se superpone al personal pero, en este caso, inspirado en el albaceazgo (art. 316.2 CS) o, fuera de nuestras fronteras, en el *patrimoine d'affectation* quebequés (arts.1260-1298 CC de Québec). Ésta fue también la postura por la que se decantó la Sección de Derecho Patrimonial del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, con ocasión de los trabajos preparatorios al Libro Quinto del Código civil de Cataluña, en que se incluía una propuesta de regulación de los patrimonios fiduciarios (*vid.* Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia i Interior, *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del codi civil de Catalunya. Els Drets reals*, Lleida, 2003, pp. 31-44). Asimismo, la figura del patrimonio autónomo vuelve a aparecer, en el año 2006, en el Borrador elaborado por la Comisión encargada de refaccionar el Anteproyecto del año 2002 (*vid.* ARROYO I AMAYUELAS, E., «Y si universalizamos el *trust*, también en Catalunya?», *El trust en el Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2007, 2007, pp. 467-502).

El patrimonio protegido catalán es un patrimonio autónomo y separado, sujeto al principio de subrogación real («el patrimonio protegido comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, así como de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario», art. 227.2.1). Queda vinculado por las obligaciones contraídas por el administrador para atender a las necesidades vitales de la persona protegida (Preámbulo III. Estructura y contenido) pero «(...) no responde de las obligaciones del beneficiario, ni tampoco de las del constituyente o de quien hizo las aportaciones» (y, por supuesto, tampoco de las del administrador) (art. 227.2.2 CC Cat). De esta forma, la ley catalana lleva hasta sus últimas consecuencias la separación patrimonial, que también había proclamado la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 pero cuyo articulado limitaba a la administración y supervisión del patrimonio. Para conseguir el efecto de la separación, a efectos de limitar la responsabilidad por las deudas contraídas por el beneficiario, no era preciso que el legislador nacional siguiera la construcción del patrimonio autónomo o sin titular. Hubiera sido suficiente con añadir, tal y como propuso algún grupo político durante la tramitación parlamentaria, que «los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido sólo responderán de las obligaciones contraídas por su titular o sus representantes, para la satisfacción directa de las finalidades que determinaron su constitución con el carácter de patrimonio separado».

Así lo propuso el Grupo parlamentario socialista, mediante enmienda dirigida a modificar la redacción del artículo 5.4 y el Grupo parlamentario catalán, que propuso añadir un nuevo párrafo al artículo 1911 del Código civil, conforme al cual «[E]l patrimonio protegido de las personas incapacitadas sujetas a tutela responderá exclusivamente de las obligaciones contraídas por el administrador de dicho patrimonio». Se entendía que de no realizarse esta salvedad, «el patrimonio podría quedar totalmente des-

protegido». Vid. ambas enmiendas números 20 y 58, que fueron rechazadas, en BOCG. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley 10 de septiembre de 2003. Núm.154-5 y núm. 10 y 33. BOCG. Senado. VII Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley 13 de octubre de 2003. Núm.152 d).

Pero esto no se hizo por lo que, a pesar del objetivo proclamado por el apartado II de la Exposición de Motivos, no se asegura que el patrimonio protegido de la Ley 41/2003 quede «inmediata y directamente vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona discapacitada». Nada impide a los acreedores personales del discapacitado agredir el patrimonio protegido.

La ley catalana ha consagrado la separación a efectos de responsabilidad por deudas, sin permitir por ello que se vean perjudicados los acreedores de quien efectúa las aportaciones (en cuanto titulares de créditos anteriores a la constitución del patrimonio o a la aportación que lo incrementa) o sus legitimarios ya que, tal y como recoge el artículo 227.2.2, «(...) las aportaciones efectuadas a un patrimonio protegido después de la fecha del hecho o del acto del que nazca el crédito no perjudican a los acreedores de la persona que las efectuó, si faltan otros recursos para cobrarlo. Tampoco perjudican a los legitimarios».

Administración

El artículo 227.4 CC Cat diseña el régimen de administración del patrimonio protegido, que puede recaer sobre una persona física o jurídica pero no sobre el sujeto discapacitado. El artículo 227.3.2 CC Cat ya indica que «las personas designadas para administrar el patrimonio protegido no pueden ser los beneficiarios» y el artículo 227.4.2 CC Cat lo recuerda al señalar que «el constituyente puede ser administrador del patrimonio protegido si no es a la vez beneficiario». Con ello se introduce una nueva variación respecto de la Ley 41/2003, que permite que la administración corresponda a quien constituye el patrimonio, ya se trate de la propia persona con discapacidad (en este caso, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente) o de sus padres. La postura de la norma estatal es difícilmente defendible cuando hablamos de separación a efectos de responsabilidad por deudas ya que, tal y como apuntaba la Propuesta del año 2006 que modificó en este aspecto lo previsto por el Anteproyecto catalán de 2002, la concurrencia de las tres posiciones (constituyente, administrador y beneficiario) en una misma persona lleva aparejada la sospecha de fraude. No obstante, el CC Cat podía haber optado por una vía intermedia, permitiendo que el sujeto discapacitado pueda gestionar el patrimonio protegido siempre que exista más de un beneficiario, de los cuales al menos uno no revista la condición de administrador. Se habría permitido de esta forma constituir un solo patrimonio protegido a favor de varios sujetos discapacitados, encomendando su administración a aquél de ellos que revista suficiente capacidad de obrar.

La ley catalana demuestra sin embargo mayor flexibilidad en lo que respecta a las reglas aplicables a la administración del patrimonio. Independientemente de quien ha constituido el patrimonio protegido –el propio discapacitado o un tercero–, se admite la posibilidad de exonerar al administrador, en

la escritura de constitución, de tener que contar con autorización judicial en los supuestos en que la requiere el tutor respecto de los bienes del tutelado (*ex art.* 227.3.3 y 227.4.5 CC Cat). Dicha autorización será no obstante precisa cuando nada se ha previsto al respecto (*art.* 227.4.5 CC Cat). Por otra parte, cualquier persona interesada o el Ministerio Fiscal pueden, si los beneficiarios del patrimonio protegido son menores o incapacitados, solicitar a la autoridad judicial la modificación de las normas de administración establecidas en la escritura de constitución del patrimonio, si éstas no sirven adecuadamente a su finalidad (*art.* 227.4.6 CC Cat).

No debemos olvidar que la actividad que debe realizar el administrador no es de «guarda de la persona» y ni tan siquiera de administración de los bienes del discapacitado, y que la función tutelar (en el ámbito personal o patrimonial, respecto de sus propios bienes no afectados a la satisfacción de sus necesidades vitales), si el discapacitado la precisa, la puede desempeñar otra persona distinta, ante la cual el administrador deberá rendir cuentas de su gestión, anualmente (*art.* 227.6.1 CC Cat). Por esta misma razón, no resulta muy afortunada la remisión que realiza el artículo 227.4.1 CC Cat a las normas previstas en materia de aptitud, excusa y remoción del tutor. Una aplicación rígida de estas causas impedirá, por ejemplo, que desempeñen el cargo de administrador las personas jurídicas, sin ánimo de lucro, que se dediquen a la protección de personas discapacitadas no incapacitadas judicialmente (*art.* 222.16 CC Cat). Habría sido oportuno delimitar con mayor precisión la función del administrador del patrimonio protegido de la del tutor. El beneficiario del patrimonio protegido no tiene por qué ser un menor o un incapacitado, y un administrador de bienes ajenos no tiene por qué ser un tutor. Si existe tutor, este tendrá encomendado velar por el tutelado y administrar sus bienes, con la salvedad de los que sean objeto de patrimonio protegido, que no son bienes de su tutelado y tienen un régimen de administración distinto.

Supervisión

La Ley 41/2003 hace pivotar toda la supervisión de la administración del patrimonio protegido, incluida la rendición de cuentas, sobre el Ministerio Fiscal, apoyado y auxiliado por la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Esta Comisión se encuentra adscrita al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte y su composición, funcionamiento y funciones se concretan en el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, modificado a su vez por el Real Decreto 2270/2004, de 3 de diciembre. De acuerdo con el nuevo artículo 3.3 de Ley 41/2003 (según la modificación efectuada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, BOE de 26 de marzo de 2009), serán los notarios quienes comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido, por ellos autorizado, al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada, así como la de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.

La intervención del MF, en la ley estatal, ha sido objeto de fuertes críticas por entenderse que esta institución carece de medios para desempeñar tal función. El CC Cat evita el problema en la medida en que el control y supervisión del patrimonio protegido no tienen por que trascender del ámbito pri-

vado (a no ser que el beneficiario del patrimonio sea un menor o incapacitado, en cuyo caso el juez podrá acordar de oficio las medidas que estime necesarias: art. 227.5.2 CC Cat). El artículo 227-5.1 establece que «al constituir el patrimonio protegido, pueden designarse personas que supervisen su administración y pueden adoptarse las medidas de control de la gestión del administrador que se consideren convenientes». Asimismo, el administrador debe rendir anualmente cuentas ante el beneficiario o sus representantes legales, las personas encargadas de supervisar la administración del patrimonio y aquellas designadas en la escritura de constitución, entre la cuales, en su caso, la persona constituyente o sus herederos (art. 227.6 CC Cat).

Extinción y destino de los bienes

Tras la extinción del patrimonio protegido, ya sea por desaparecer los presupuestos que motivaron su constitución (muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario, pérdida de la condición de persona discapacitada o en situación de dependencia, renuncia de todos los beneficiarios), por cumplirse el plazo por el que se constituyó, por acaecer alguna condición resolutoria establecida en la escritura de constitución o por ingratitud del beneficiario hacia el constituyente, apreciada judicialmente, el administrador debe rendir cuentas finales de su gestión y proceder a la liquidación del patrimonio (art. 227.7 CC Cat).

El destino del remanente ha podido establecerse en la escritura de constitución pero de no ser así o de no poder cumplirse el destino previsto, «(...) el remanente debe revertir al constituyente o a sus herederos testamentarios o legales» (art. 227.8.2 CC Cat). El CC Cat invierte así la que es la regla general en la Ley 41/2003. De acuerdo con la norma estatal, tras la extinción del patrimonio, las aportaciones de terceros se entenderán comprendidas en la herencia del beneficiario (si el patrimonio se extinguió por su muerte) o en el patrimonio personal del antes beneficiario (si la extinción obedeció a la desaparición de la discapacidad), a no ser que los *aportantes* (y no necesariamente el constituyente) hubiesen acordado un destino diverso para los bienes. La solución por la que se decantó el legislador nacional es lógica si tenemos en cuenta que la titularidad del patrimonio protegido corresponde al beneficiario, aunque se trate de un patrimonio separado de su patrimonio personal.

En el CC Cat estamos en cambio ante un patrimonio autónomo, sin titular; luego, a falta de previsión en sentido contrario y teniendo en cuenta el carácter privado del patrimonio, la reversión de los bienes al constituyente o sus herederos constituye la decisión más acertada. No era ésta, sin embargo, la solución prevista por el Anteproyecto de ley, que disponía que «si las previsiones de la escritura de constitución no se pueden cumplir, el remanente se ha de adjudicar a una entidad lucrativa que tenga por finalidad la protección de personas discapacitadas o en situación de dependencia» (*vid.*: http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIU/avantprojecte_llei_llibre_2n_codi_civilc.pdf). Esta medida queda reservada en el texto legal definitivamente aprobado a los casos de sucesión intestada del constituyente que muere sin familiares con derecho a suceder *ex lege*: «(...) En caso de sucesión por la Generalidad, debe adjudicarse a una entidad no lucrativa que tenga por finalidad la protección de personas discapacitadas o en situación de dependencia» (art. 227.8.2 CC Cat).

Publicidad

Al igual que la ley estatal y al amparo de lo previsto en el artículo 8 RH, en virtud del cual «los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias en que rigen fueros especiales, y producen, respecto a los bienes inmuebles o derechos reales, cualquiera de los efectos indicados en el artículo anterior estarán también sujetos a inscripción. Para inscribir dichos actos y contratos se presentarán en el Registro los documentos necesarios, según las disposiciones forales y, en su caso, los que acrediten haberse empleado los medios que establece la legislación supletoria», la ley catalana articula el régimen de publicidad del patrimonio protegido. Por una parte, la Disposición adicional primera de la Ley 25/2010, por la que se aprueba el libro II del CC Cat, prevé un Registro de Patrimonios Protegidos, adscrito al departamento competente en materia de derecho civil mediante el centro directivo que tenga atribuida la competencia. En dicho Registro *deben* hacerse constar la escritura de constitución del patrimonio así como los datos referentes a las aportaciones ulteriores y cambios en la persona del administrador y medidas de administración. La organización, el funcionamiento y la publicidad del Registro se remiten a ulterior desarrollo reglamentario. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 227.9 CC Cat, «los bienes que integran el patrimonio protegido son inscribibles en el Registro de la Propiedad o en otros registros públicos a favor del mismo patrimonio con la denominación que consta en la escritura de constitución (...)». En esa misma inscripción «(...) deben hacerse constar las facultades conferidas al administrador, las causas de extinción del patrimonio protegido y el destino establecido para el remanente».

La publicidad prevista por la ley catalana resulta más rigurosa que la del patrimonio estatal, que se articula a través del Registro Civil y de los respectivos Registros de la Propiedad, respecto de los bienes que tengan el carácter de registrables. Por lo que respecta al Registro Civil, de acuerdo con los artículos 18 y 46 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 (introducidos por la Ley 1/2009), la inscripción del patrimonio protegido estatal se practicará, por una parte, por los encargados del Registro Civil municipal correspondiente al domicilio del beneficiario del patrimonio protegido y, por otra parte, desde el Registro Civil central, donde se ha creado un «Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos», en que se llevan (entre otras cuestiones) los duplicados de las inscripciones sobre constitución de patrimonios protegidos y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos practicadas en los distintos Registros Municipales. De acuerdo con el artículo 46 bis, la inscripción se practicará en los Registros Municipales, «(...) en virtud de comunicación remitida de oficio, junto con testimonio bastante de la resolución recaída, por el Juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien mediante testimonio bastante de la escritura de constitución del patrimonio protegido o de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos que el juez o el notario autorizante deberá remitir en el plazo máximo de tres días al Encargado del Registro Civil competente (...)». Luego no queda garantizada la inscripción y la consiguiente publicidad de las reglas referentes a la administración del patrimonio protegido, ni de sus eventuales modificaciones durante la vida del patrimonio.

En lo concerniente a los Registros de la Propiedad, en la ley estatal el titular del patrimonio protegido es la persona con discapacidad que figura como beneficiaria del mismo (art. 2.1 de la Ley 41/2003), por lo que no hay

ningún problema en que, tal y como prevé el artículo 8 de la Ley nacional, se haga constar en el folio correspondiente a cada finca la titularidad registral del discapacitado (mediante asiento de inscripción) y, si el bien o derecho ya figurase inscrito con anterioridad a favor de la persona con discapacidad, su adscripción o incorporación al patrimonio protegido por medio de nota marginal. Sin embargo, en el caso del derecho catalán, estamos ante un patrimonio autónomo, sin titular y sin personalidad jurídica, cuyos bienes han de inscribirse a favor del mismo patrimonio con la denominación que consta en la escritura de constitución, mediante la expresión «patrimonio protegido a favor de» seguida del nombre y los apellidos del beneficiario (arts. 227.9 y 227.3.2.c CC Cat). La falta de acomodación de la legislación hipotecaria a esta situación (art. 9.4 LH: «Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción») crea sin duda dificultades para el acceso del patrimonio catalán al Registro de la Propiedad, lo que podría incluso requerir una modificación de la Ley Hipotecaria (si bien es cierto que, de acuerdo con Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, «La inscripción de los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización en el Registro de la Propiedad y de cualesquiera otros bienes en los registros que correspondan, se podrá efectuar a nombre de los mismos»). En cualquier caso, por lo que respecta al contenido de esta publicidad, la Ley catalana vuelve a hacer gala de mayor rigor que la ley estatal al especificar que, «en la inscripción de los bienes que integran el patrimonio protegido, deben hacerse constar las facultades conferidas al administrador, las causas de extinción del patrimonio protegido y el destino establecido para el remanente» (art. 227-9.2 CC Cat).

En definitiva, el legislador catalán ha sabido aprovechar la experiencia proporcionada por los siete años transcurridos desde la promulgación de la ley estatal. Se han mejorado ciertos aspectos de la regulación contenida en la Ley 41/2003, como la independencia del patrimonio, no sujeto a las deudas personales de su beneficiario, la mayor flexibilidad de las reglas de administración, la pérdida de protagonismo del Ministerio Fiscal en la supervisión de la actividad del administrador o el mayor rigor en el régimen de publicidad. Son de lamentar no obstante otras cuestiones, como la imposibilidad de que el propio discapacitado, con capacidad de obrar, pueda administrar los bienes que están afectos a la satisfacción de sus necesidades vitales, o la falta de delimitación entre las funciones de tutor y de administrador del patrimonio protegido.

En general, la valoración global que nos merece la ley catalana es altamente positiva en la medida en que introduce en dicho ordenamiento jurídico la figura de los patrimonios de afectación. En este caso, el patrimonio está afecto a la protección de personas discapacitadas o dependientes pero la promulgación de la norma abre la puerta a la regulación de la figura con otras aplicaciones igualmente loables. Por ejemplo, asegurar el pago de pensiones alimenticias debidas al cónyuge y/o a los hijos, asegurar la preservación del patrimonial familiar durante varias generaciones o articular nuevos tipos de garantía. Éstas y otras muchas funciones son realizables por medio de la figura angloamericana del *trust*, que otros países de nuestro entorno jurídico han incorporado ya a su derecho (Francia, Italia, Luxemburgo, Liechtenstein o San Marino) y a la que el legislador español sigue dando la espalda. Con la Ley 25/2010 el legislador catalán ha otorgado carta de naturaleza a la figura anglosajona. Esperemos que el legislador nacional emprenda el mismo camino.

Crónica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (noviembre 2010 – mayo 2011)

LEIRE MUGUETA GARCÍA*

Asunto Vaquero Hernández y otros c. España (demandas 1883/03, 2723/03 y 4058/03), sentencia de 2 de noviembre de 2010. Artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo, derecho a la presunción de inocencia y derechos de la defensa).

Los demandantes en el caso *Vaquero Hernández y otros c. España* son tres guardias civiles, un ex-general de la Guardia civil y un antiguo Gobernador civil de Guipúzcoa.

El 20 de enero de 1985 fueron encontrados dos cadáveres en la localidad alicantina de Bussot. Diez años más tarde fueron identificados en el marco de una investigación iniciada por la policía judicial a raíz de la aparición en la prensa de informaciones relativas a los Grupos Antiterroristas de Liberación (G.A.L.). Dichos cadáveres pertenecían a J.A.L. y J.I.Z., dos presuntos miembros de E.T.A. desaparecidos en 1983. El Juez central de instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional decidió incoar diligencias penales contra los cinco demandantes por presuntos delitos de asesinato, detención irregular, pertenencia a banda armada, lesiones y torturas.

En el auto de procesamiento del quinto demandante, el Sr. Elgorriaga, y del Sr. Vera, entonces Secretario de Estado para la Seguridad en el Ministerio del Interior, el Juez central de instrucción n.º 1 expuso que en octubre de 1983, los dos primeros demandantes, Sres. Vaquero Hernández y Dorado Villalobos agentes de la Guardia civil, detuvieron en el sur de Francia a J.A.L. y J.I.L. y los llevaron por la fuerza a España. Informaron al cuarto demandante, el Sr. Rodríguez Galindo, quien ordenó que fueran trasladados al palacio de La Cumbre de San Sebastián, donde fueron duramente interrogados, golpeados y torturados durante varios días para obtener información sobre miembros o familiares de miembros de E.T.A., como represalia por atentados cometidos contra miembros de la Guardia civil y de otros cuerpos de seguridad del Estado. Debido al estado en el que se encontraban los detenidos tras las torturas, el cuarto demandante ordenó que fueran trasladados a Alicante para hacerlos desaparecer. El quinto demandante, Gobernador civil de Guipúzcoa, tuvo conocimiento de esta decisión pero no hizo nada para impedir que se llevara a cabo. J.A.L. y J.I.Z. fueron desnudados y tumbados sobre el suelo ante una fosa previamente cavada, recibieron tres balas en la cabeza y sus cuerpos fueron recubiertos de cal viva. Los asesinatos fueron reivindicados por los G.A.L. mediante una llamada telefónica a una radio de Alicante el 21 de enero de 1984.

* Letrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los resúmenes de esta crónica no vinculan en modo alguno al Tribunal ni a su Secretaría.

El tercer demandante, el Sr. Bayo Leal, padecía un trastorno de la personalidad y presentaba tendencias suicidas, por lo que el Juez central de instrucción n.º 1, le autorizó a prestar declaración a puerta cerrada durante un mes. En sus declaraciones acusó a los otros demandantes y presentó una grabación de conversaciones entre varios de los demandantes que trataban sobre los hechos investigados. También expuso cómo habían sido interrogados los detenidos, precisando los horarios y las salas del Palacio dónde tuvieron lugar los hechos. Tras el levantamiento del secreto de sumario el 9 de septiembre de 1997, fueron propuestos careos entre el Sr. Bayo Leal y los otros acusados que éstos rechazaron.

Una vez concluida la instrucción, los autos del procedimiento fueron enviados para ser enjuiciados ante la sala penal de la Audiencia Nacional. Varias de las pruebas propuestas por las defensas de los demandantes, el Ministerio Fiscal y las acusaciones fueron rechazadas.

Durante el juicio oral, que comenzó en diciembre de 1999, el tercer demandante, el Sr. Bayo Leal, se desdijo de las declaraciones efectuadas ante el Juez central de instrucción y afirmó haber acusado a los otros demandantes para ser liberado. Rechazó responder a las preguntas formuladas por las acusaciones, pero respondió a las preguntas de su abogado y a las de los otros demandantes.

El 26 de abril de 2000, la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que declaró culpables a cada uno de los demandantes de dos delitos de asesinato cometidos por persona que ejerce autoridad y dos delitos de detención irregular. La Audiencia Nacional basó sus conclusiones en las declaraciones de los demandantes y la grabación proporcionada por el Sr. Bayo Leal, así como los testimonios, entre otros, de los agentes de policía y de la Guardia civil de Bussot, las declaraciones de varios testigos protegidos y las pruebas periciales que confirmaron la identificación de los cadáveres de J.A.L. y J.I.Z.

Los demandantes interpusieron recursos de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo por sentencia de 20 de julio de 2001. Posteriormente, los demandantes presentaron tres recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional que fueron declarados parcialmente admisibles por lo que respecta a la queja relativa a la vulneración del principio de presunción de inocencia derivada del hecho de que la condena se basara en las declaraciones efectuadas durante la instrucción por el tercer demandante a puerta cerrada sin la presencia de los abogados de los otros demandantes. Mediante sentencia dictada el 22 de julio de 2002, el Pleno del Tribunal Constitucional denegó el otorgamiento del amparo a los demandantes. Respecto a la queja derivada del principio de presunción de inocencia, recordó que su función se limitaba a constatar que las pruebas de cargo fueron obtenidas de conformidad con la Constitución y que los hechos declarados probados derivaban de pruebas practicadas de manera razonable y no arbitraria, sin que le correspondiera llevar a cabo una nueva valoración de las pruebas.

Los demandantes interpusieron sus demandas ante el TEDH el 14 y el 22 de enero de 2003. Invocando el artículo 6. 1, 2 y 3 CEDH, los demandantes se quejaban de la vulneración de sus derechos a un proceso justo, al respeto de la presunción de inocencia y de los derechos de la defensa.

En la sentencia dictada el 2 de noviembre de 2010 por la Sección Tercera, el TEDH falla, por unanimidad, que no hubo violación de derechos invocados. El TEDH precisa que en ciertas circunstancias puede resultar necesario que los tribunales recurran a las declaraciones obtenidas durante la fase de instrucción preparatoria, siempre y cuando sean corroboradas por otras prue-

bas. En el presente caso, el TEDH considera que hubiese sido mejor que el Juez central de instrucción hubiera permitido a los otras partes oír al tercer demandante en persona e interrogarle sobre las confesiones que hizo a puerta cerrada, pero esta consideración no podría llevar a paralizar los procedimientos cuya oportunidad, por otra parte, escapa al control del TEDH. Además, coincide con el Tribunal Supremo al poner de relieve que los demás demandantes no solicitaron una nueva declaración del tercer demandante, ni tras levantarse el secreto del sumario ni al final de la fase de instrucción. Por otra parte, el TEDH observa que la Audiencia Nacional declaró a los demandantes culpables basándose en un conjunto de pruebas concordantes, entre otras: las declaraciones del tercer demandante, las declaraciones de los demás demandantes, los careos entre ellos, las grabaciones aportadas por el tercer demandante y numerosos testimonios. Además, el TEDH señala que la unión a los autos del procedimiento de las declaraciones efectuadas por el tercer demandante en la instrucción bajo secreto de sumario fue conforme a las exigencias del derecho interno pertinente. En efecto, dichas declaraciones fueron leídas en el juicio oral, dándole la oportunidad al tercer demandante de explicar las diferencias entre sus antiguas declaraciones y su nuevo testimonio en el juicio oral. Asimismo, dicho demandante fue interrogado con ocasión de los debates orales sometidos al principio de contradicción, por lo que los otros demandantes tuvieron la posibilidad de hacer valer sus derechos de defensa. Finalmente, el TEDH constata que las decisiones de los tribunales españoles estuvieron ampliamente motivadas y recuerda que a él no le corresponde reexaminar las pruebas ni sustituir a los órganos judiciales internos para reinterpretar los elementos de prueba sobre los que se fundamentaron las condenas. Por consiguiente, no aprecia que en este caso se haya producido un menoscabo en los derechos de la defensa de los demandantes.

Asunto García Hernández c. España (demanda 15256/07), sentencia de 16 de noviembre de 2010. Artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) y Artículo 13 del CEDH (derecho a un recurso efectivo).

La demandante era médico de urgencias en el momento de los hechos. Se incoaron diligencias penales en su contra por un presunto delito de lesiones causadas a un paciente al que no le habría suministrado la dosis de antibióticos necesaria de acuerdo con los síntomas que presentaba.

El 27 de septiembre de 2004, el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Murcia absolvió a la demandante en el marco de un procedimiento contradictorio en el que se celebró una vista. Basándose en las declaraciones efectuadas por varios médicos durante el juicio oral, el Juez consideró que existía una duda razonable, ya que no había quedado establecido que la *praxis* de la demandante hubiese causado las lesiones objeto de litigio. En particular, el Juez hizo referencia a la presencia de una herida, ya existente, que no fue detectada por la demandante durante el examen médico del paciente, ya que a penas era perceptible, lo que no podía ser calificado como negligencia. En todo caso, el Juez estimó que no había resultado suficientemente probado que un tratamiento médico diferente al proporcionado por la demandante hubiese podido evitar las consecuencias que derivaron del mismo (la amputación de dos dedos de la mano).

El paciente interpuso recurso de apelación. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia el 27 de diciembre de 2004, sin haber celebrado una vista, anuló la sentencia de primera instancia y condenó a la

demandante a pagar una multa de sesenta mil euros al paciente por una falta de lesiones cometida por negligencia. La Audiencia Provincial consideró que el relato de los hechos de la sentencia de primera instancia permitía llegar a la conclusión de que había habido un comportamiento negligente por parte de la demandante. En particular, la Audiencia Provincial recordó que el paciente contaba con un historial médico en ese hospital que la demandante hubiese podido consultar para administrarle el tratamiento adecuado. Además, tuvo en cuenta que el equipamiento médico del centro permitía detectar los síntomas del paciente. Por lo tanto, las lesiones del paciente sólo podían ser el resultado una mala *praxis* de la demandante derivada de un examen no exhaustivo del paciente.

La demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24 de la Constitución. Mediante una providencia notificada el 26 de septiembre de 2006, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles el recurso.

El 23 de marzo de 2007, la demandante presentó su demanda ante el TEDH. Invocando el artículo 6 CEDH, la demandante se quejaba de haber sido condenada en apelación por la Audiencia Provincial, sin la celebración de una vista pública y sin la práctica de nuevas pruebas. Además, la demandante invocó el artículo 13 CEDH quejándose, por una parte, de la nueva valoración de las pruebas efectuada por la Audiencia Provincial sin su presencia. Por otra parte, se quejaba de la falta de efectividad del recurso de amparo.

Siguiendo el razonamiento de las sentencias *Bazo González e Igual Coll c. España* (de 16 de diciembre de 2008 y 10 de marzo de 2009, respectivamente), el TEDH considera que la Audiencia Provincial no se limitó a realizar una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronunció sobre una cuestión de hecho, a saber la mala práctica de la demandante y el origen de las secuelas provocadas al paciente, modificando así los hechos declarados probados por el juez de primera instancia. En opinión del TEDH dicho examen implica, por sus características, un posicionamiento sobre los hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la demandante. La condena de la demandante en apelación tras un cambio en la valoración de estas declaraciones y de otros elementos, sin que la demandante tuviera la ocasión de ser oída personalmente y de rebatirlas mediante un examen contradictorio en una vista oral, no fue conforme con las exigencias del derecho a un proceso equitativo. El TEDH falla, por unanimidad, que se ha producido en este caso una violación del artículo 6 CEDH.

Por lo que respecta a la quejas derivadas del artículo 13 CEDH, el TEDH observa que la primera de ellas trata sobre una cuestión ya examinada bajo el ángulo del artículo 6 CEDH, por lo que no estima necesario pronunciarse de nuevo. En cuanto a la segunda, el TEDH constata que la demandante se limita en realidad a mostrar su desacuerdo con el control jurisdiccional ejercido por el Tribunal Constitucional, ante el cual tuvo la ocasión de presentar los argumentos que estimó pertinentes para su defensa. A este respecto, el TEDH recuerda su jurisprudencia según la cual la eficacia de un recurso no depende de certitud de la obtención de un resultado favorable. Por lo tanto, no habiendo constatado ninguna apariencia de violación del CEDH ni de sus Protocolos, el TEDH declara inadmisibles esta parte de la demandante por estar manifiestamente mal fundada, en aplicación del artículo 35.1 del Convenio.

Se adjunta a la sentencia una opinión concordante formulada por el Juez Zupančič.

Asunto P.V. c. España (demanda 35159/09), sentencia de 30 de noviembre de 2010. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), Artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación).

La demandante, nacida en 1976 y residente en Lugo, es una transexual que pasó del sexo masculino al femenino.

Antes de su cambio de sexo, la demandante estuvo casada con P.Q.F. con quien tuvo un hijo nacido en 1998. La sentencia de separación dictada en 2002 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Lugo, aprobó el convenio concluido de forma amistosa por los cónyuges antes de su separación, según el cual la guardia y custodia del niño era atribuida a la madre y la patria potestad era ejercida conjuntamente por ambos progenitores. Además, se establecía un régimen de visitas a favor de la demandante, con quien el niño pasaría un fin de semana de cada dos y la mitad de las vacaciones escolares.

En 2004, P.Q.F. solicitó que la demandante fuera privada del ejercicio de la patria potestad, y se suspendiera el régimen de visitas acordado en el momento de la separación, ya que la demandante había iniciado un tratamiento hormonal para cambiar de sexo y se maquillaba y vestía como una mujer. Por sentencia de 18 de octubre de 2004, el Juez de Primera Instancia n.º 4 de Lugo rechazó la demanda de privación del ejercicio de la patria potestad y, siguiendo las recomendaciones del informe realizado por una psicóloga que examinó a la demandante, al niño y a la madre, decidió restringir el régimen de visitas en lugar de suspenderlo totalmente. El Juez consideró que la inestabilidad emocional constatada en la demandante por el informe psicológico impedía establecer un régimen ordinario de visitas. Tuvo en cuenta que hacía tan sólo unos meses que la demandante había iniciado el proceso de cambio de sexo que implicaba profundos cambios en todos los aspectos de su vida y de su personalidad, lo que explicaba de modo lógico y comprensible la inestabilidad emocional detectada por la psicóloga en su informe. Por ello, el Juez decidió establecer un régimen de visitas progresivo que inicialmente permitía a la demandante ver a su hijo un sábado de cada dos, durante tres horas, en un punto de encuentro, bajo la supervisión de profesionales. Estos debían, además, presentar un informe cada dos meses al Juez para que pudiera supervisar la evolución de las visitas.

La demandante interpuso recurso de apelación. Por sentencia de 19 de marzo de 2005, la Audiencia Provincial de Lugo confirmó la sentencia de primera instancia. La Audiencia insistió en la idea de que un régimen de visitas ordinario podía poner en peligro el equilibrio emocional del menor. El niño debía adaptarse progresivamente a la decisión de la demandante de cambiar de sexo, lo que *de facto* estaba haciendo, ya que la relación afectiva entre padre e hijo era buena.

La demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando el artículo 14 de la Constitución.

Entretanto, en febrero de 2006, el régimen de visitas fue ampliado a un domingo de cada dos durante cinco horas y, posteriormente, en noviembre de 2006, a un sábado y un domingo de cada dos durante ocho horas cada día.

El 22 de diciembre de 2008, el Tribunal Constitucional dictó sentencia denegando el otorgamiento del amparo a la demandante. El Tribunal Constitucional consideró que el motivo de la restricción del régimen de visitas ini-

cialmente acordado en el momento de la separación no fue la transexualidad de la demandante, sino la inestabilidad emocional detectada en ella por el informe psicológico y la existencia de un riesgo efectivo de perturbar el equilibrio emocional y el desarrollo de la personalidad del niño, que tenía seis años en el momento en el que se realizó el informe psicológico.

El 18 de junio de 2009, la demandante presentó su demanda ante el TEDH. Invocando el artículo 8 CEDH combinado con el artículo 14 CEDH, la demandante se quejaba de que su condición de transexual pesó de manera determinante en la decisión de los tribunales españoles de restringir el régimen de visitas inicialmente previsto en la sentencia de separación.

Examinando las circunstancias del caso, el TEDH admite que el régimen de visitas acordado por los tribunales internos era menos favorable para la demandante que el régimen establecido en el momento de la separación. También observa que lo que está en juego en este caso no es una cuestión de orientación sexual, sino de disforia de género. No obstante, el TEDH estima que la transexualidad es una noción que está cubierta, sin duda alguna, por el artículo 14 CEDH, ya que la lista de motivos de discriminación contenida en esta disposición no es exhaustiva.

El TEDH considera que la transexualidad de la demandante no fue el motivo que determinó la restricción del régimen de visitas, sino el interés superior del menor. Los tribunales españoles tuvieron en cuenta la inestabilidad emocional de la demandante, constatada por el informe psicológico, y el riesgo de perjudicar la integridad psíquica y el desarrollo de la personalidad del menor. El TEDH observa, además, que el régimen de visitas adoptado era de carácter evolutivo, para permitir que el menor fuera habituándose progresivamente al cambio de sexo de su progenitor, y estaba controlado por el Juez de Primera Instancia gracias a los informes bimensuales que debían presentarles los profesionales del punto de encuentro. El TEDH considera que las circunstancias del presente caso son distintas a las del asunto *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (sentencia de 21 de diciembre de 1999) en el que la condición de homosexual del demandante pesó de manera determinante en la decisión de los tribunales portugueses de privarle de la patria potestad. En el presente caso, en cambio, los tribunales españoles privilegiaron el interés superior del menor, conclusión que el TEDH estima que se ve reforzada por el hecho de que el régimen de visitas fue ampliado en dos ocasiones, mientras que la condición de transexual de la demandante continuó siendo la misma. El TEDH concluye, por unanimidad, que no hubo violación del artículo 14 combinado con el artículo 8.

Asunto Eusko-Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. España (demandas 51762/07 y 51882/07), sentencia de 7 de diciembre de 2010. Artículo 10 del CEDH (derecho a la libertad de expresión), Artículo 11 del CEDH (derecho a la libertad de asociación), Artículo 13 del CEDH (derecho a un recurso efectivo) y Artículo 3 del Protocolo adicional n.º 1 (derecho a elecciones libres).

El demandante es un partido político vasco creado en 1930. En su base ideológica se encuentra la afirmación de la especificidad de *Euskal Herria* y su derecho a decidir libremente su futuro. Durante la Segunda República el partido demandante militó e hizo campaña a favor de la adopción de un estatuto de autonomía para el País Vasco que fue finalmente aprobado por el Parlamento español el 5 de noviembre de 1933. Con la instauración de la

democracia en 1977, el partido demandante comenzó a existir legalmente. En el 4.º Congreso del partido celebrado en diciembre de 1978, el partido demandante decidió reforzar el movimiento de Unidad popular, *Herri Batasuna*, junto con otros partidos nacionalistas de izquierda y personalidades individuales.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002 de 27 de junio de 2002 sobre partidos políticos, el Tribunal Supremo declaró ilegales en 2003 los partidos políticos *Batasuna*, *Herri Batasuna* y *Euskal Herritarrok*. El partido político demandante no se vio afectado por el procedimiento de disolución de los partidos citados. Era, pues, un partido político legal.

El partido político demandante decidió presentar listas de candidatos a las elecciones municipales y de las Diputaciones forales del País Vasco, así como a las elecciones al Parlamento de la Comunidad foral Navarra que fueron convocadas para el 27 de mayo de 2007.

El 1 de mayo de 2007, los Boletines Oficiales de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava publicaron las listas proclamadas de los candidatos presentados a las elecciones citadas, entre las cuales estaban incluidas todas las candidaturas presentadas por el partido demandante.

El 3 de mayo de 2007, el Abogado general del Estado y la Fiscalía presentaron sendos recursos contencioso-electorales contra la aprobación de las listas de candidatos presentadas por el partido demandante. Los recursos fueron admitidos a trámite por un auto de 4 de mayo de 2007 del Tribunal Supremo, quien decidió, además, acumular los recursos.

El 5 de mayo de 2007, el Tribunal Supremo estimó los recursos presentados por el Abogado general del Estado y la Fiscalía y anuló un total de 133 candidaturas presentadas por el partido demandante a las elecciones del 27 de mayo de 2007 (125 listas a las elecciones municipales, siete listas de candidatos a las Diputaciones forales del País Vasco y la lista de candidatos a las elecciones al Parlamento de Navarra).

El 9 de mayo de 2007, el partido demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y de su derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, en relación con el derecho a la libertad de asociación. Por una sentencia de 10 de mayo de 2007, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso.

Posteriormente, las actividades del partido demandante fueron suspendidas por un auto dictado el 8 de septiembre de 2008 por el Juez central de instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional en el marco de un procedimiento penal por presuntos delitos de integración en el seno de una organización terrorista y de colaboración con una organización terrorista.

Por una sentencia de 22 de septiembre de 2008, el Tribunal Supremo declaró ilegal y disuelto al partido demandante. La disolución fue confirmada por una sentencia de 29 de enero de 2009 del Tribunal Constitucional.

El partido político demandante presentó su demanda ante el TEDH el 6 de noviembre de 2007. Se quejaba, desde la perspectiva de los artículos 10 y 11 CEDH (derechos a la libertad de expresión y a la libertad de asociación), de la anulación de varias de sus candidaturas a las elecciones municipales y a las elecciones a las Diputaciones forales del País Vasco y al Parlamento de Navarra que tuvieron lugar el 27 de mayo de 2007. Por otra parte, estimaba que tanto el recurso que había interpuesto ante el Tribunal Supremo como el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no habían constituido

recursos efectivos en el sentido del artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo). Asimismo, el demandante invocaba también el artículo 3 del Protocolo n.º 1 (derecho a elecciones libres).

La sentencia de 7 de diciembre de 2010 dictada por la Sala Tercera del TEDH pone de manifiesto la relación que el presente asunto guarda con la ilegalización de los partidos políticos *Batasuna* y *Herri Batasuna*, cuestión resuelta por el TEDH en su sentencia de 30 de junio de 2009. La peculiaridad de este caso radica en el hecho de que el partido político demandante existía con anterioridad a la ilegalización de los dos partidos políticos mencionados, ya que fue creado en 1930 y figuraba en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior desde 1977. Por seis votos contra uno, la sentencia concluye que no ha habido una violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1. En opinión del TEDH ha quedado suficientemente probado por los tribunales españoles que las candidaturas litigiosas del partido demandante pretendían asegurar la continuidad de las actividades de *Batasuna* y *Herri Batasuna*, que anteriormente habían sido disueltos debido a su apoyo a la violencia y a las actividades de la organización terrorista ETA. Cita como ejemplo, la existencia de un documento incautado a un dirigente de ETA que exponía la estrategia electoral de *Batasuna* y explicaba el papel que la formación ilegalizada reservaba al partido demandante en la misma. El TEDH tiene en cuenta, además, que las decisiones de anulación de las candidaturas del partido demandante se tomaron de modo individualizado y tras un examen contradictorio. Por consiguiente, el TEDH estima que la restricción litigiosa fue proporcionada al fin legítimo perseguido (la protección del orden democrático) y que, en ausencia de arbitrariedad, no atentó contra la libre expresión de la opinión del pueblo.

El partido político demandante invocaba también los artículos 10, 11 y 13 CEDH. A la luz de las consideraciones que condujeron a la declaración de inexistencia de violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1, y teniendo en cuenta de hecho de que el presente asunto concierne a un partido político y no a un demandante individual, el TEDH estima que las autoridades españolas no han excedido el margen de apreciación del que disponían según los artículos 10 y 11 CEDH. En consecuencia, el TEDH concluye, por cinco votos contra dos, que no ha habido violación de los artículos 10 y 11 CEDH. Igualmente, concluye, por unanimidad, que no se ha producido una violación del artículo 13 CEDH, ya que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional examinaron el fondo de las pretensiones del demandante y las rechazaron mediante decisiones suficientemente motivadas y desprovistas de arbitrariedad.

Se adjunta a la sentencia una opinión parcialmente disidente de la Juez Power.

Asunto Beristáin Ukar c. España (demanda 40351/05), sentencia de 8 de marzo de 2011. Artículo 3 del CEDH (prohibición de la tortura).

El 5 de septiembre de 2002, el demandante fue detenido en San Sebastián por su presunta participación en altercados callejeros violentos (*kale borroka*). Estuvo en detención incomunicada durante cinco días, primero en un cuartel de la Guardia civil de esta localidad, y después en la Dirección general de la Guardia civil en Madrid. Durante su detención, el demandante fue examinado por un médico forense en cinco ocasiones.

El primer día, el médico forense examinó al demandante y descubrió una herida lineal de 1,5 cm en el lado derecho de la cara a la altura de la mandíbula (erosión malar). Por otro lado, señaló que el demandante se había quejado del trato recibido durante el trayecto en coche entre San Sebastián y Madrid, indicando haber sido conducido con cinco personas que le golpearon la cabeza con la palma de la mano y le colocaron una bolsa sobre ésta para asfixiarle. El médico forense examinó de modo detallado cada una de las alegaciones y no detectó ningún signo de violencia en la cabeza ni sobre el resto del cuerpo. Los siguientes días de examen, el demandante reiteró sus alegaciones relacionadas con la bolsa de plástico y añadió que había sido objeto de vejaciones sexuales. El informe del médico forense respondió a estas quejas y no descubrió ninguna lesión nueva, limitándose a constatar el inicio de cicatrización de la erosión malar, así como la ausencia de indicios de violencia o lesiones, tanto en los órganos sexuales como en las zonas anal o perianal. En cuanto a la erosión malar, esta última fue referida por última vez en el informe del 8 de septiembre, donde el forense señaló su progresión hacia la curación.

El 10 de septiembre de 2002 el demandante fue llevado ante el Juez central de instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, donde fue examinado una vez más por un médico forense, que no constató nuevas lesiones. El demandante declaró haber sido objeto de malos tratos durante el período de detención, relatando en detalle los malos tratos a los que había sido sometido. Reconoció que no había dado parte de la totalidad de estos hechos al médico forense y justificó su silencio por su miedo a los agentes de la Guardia civil que le vigilaban.

El demandante ingresó en prisión provisional un centro penitenciario donde fue examinado de nuevo por un médico.

El 30 de octubre de 2002 el demandante denunció ante el Juez de instrucción de guardia de San Sebastián haber sido víctima de malos tratos durante su detención. Este se inhibió a favor del Juez de instrucción n.º 24 de Madrid. Este último, ordenó la apertura de una investigación y posteriormente sobreeseyó y archivó el caso por un auto de 21 de julio de 2003, debido a la ausencia de prueba de los malos tratos alegados.

El demandante presentó un recurso de reforma, alegando que la investigación llevada a cabo no había sido suficiente y que el auto se sobreesimiento se había basado únicamente en los informes del médico forense, que por otra parte no correspondían al modelo establecido por el Protocolo adoptado por el Ministerio de Justicia relativo a los métodos que tienen que seguir los médicos forenses en el momento del examen de los detenidos. Además, el demandante se quejó de no haber sido oído personalmente por el Juez, quien tampoco oyó al médico forense ni intentó identificar a los agentes implicados en los hechos denunciados. Por un auto de 3 de mayo de 2004, el Juez de instrucción n.º 24 de Madrid rechazó el recurso, basándose en el informe de la Fiscalía y en la ausencia de rastros físicos que corroboraran los malos tratos denunciados.

El demandante interpuso recurso de apelación. Por un auto de 14 de julio de 2004, la Audiencia Provincial de Madrid rechazó el recurso y confirmó el auto de sobreesimiento.

Invocando los artículos 15 y 24 de la Constitución, el demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El 23 de mayo de 2005, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso por carecer manifiestamente de contenido constitucional. El tribunal consideró que no era

posible afirmar que había habido falta de diligencia en la investigación llevada a cabo, porque el resultado de dicha investigación mostraba que no era necesaria una investigación más profunda teniendo en cuenta la falta de verosimilitud de la queja y la ausencia de indicios de malos tratos.

El 9 de noviembre de 2005, el demandante presentó su demanda ante el TEDH. Invocando el artículo 3 CEDH, el demandante alegaba haber sufrido malos tratos durante su arresto y detención en Madrid, quejándose también de la ausencia de una investigación sobre los hechos tras su denuncia, así como del sobreesimiento dictado.

Examinando las circunstancias del caso, el TEDH observa que el demandante se quejó en dos ocasiones de haber sido objeto de malos tratos: en primer lugar, el 10 de septiembre de 2002, cuando fue llevado a declarar ante el Juez central de instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional. Posteriormente, el 30 de octubre de 2002, cuando denunció los mismos hechos ante el Juez de instrucción de guardia de San Sebastián. Según las informaciones proporcionadas, el Juez central de instrucción de la Audiencia Nacional se mantuvo pasivo ante las denuncias de malos tratos efectuadas por el demandante en su comparecencia. En cuanto al Juez de instrucción que tuvo conocimiento de la denuncia presentada por el demandante, se limitó exclusivamente al examen de los informes del médico forense. El demandante solicitó en sus recursos de reforma y apelación ser oído en persona y que se tomara declaración al médico forense y a los agentes implicados. Sin embargo, sus peticiones no fueron tenidas en cuenta.

El TEDH llama la atención sobre el hecho de que los informes médicos de los dos primeros días de detención del demandante (6 y 7 de septiembre de 2002) no figuraban entre los documentos aportados por el demandante en el momento de la presentación de su demanda. A petición del TEDH, el demandante los solicitó al Juez de instrucción competente quien, en una decisión de 14 de julio de 2008, le indicó que dichos informes no figuraban en los autos del procedimiento. En opinión del TEDH, esta respuesta permitiría deducir que el Juez examinó únicamente tres de los cinco informes del médico forense. Los informes que faltaban fueron finalmente proporcionados por el Gobierno, tras habérselos solicitado el TEDH al comunicarle la demanda.

Además, el TEDH señala que el demandante alegó en sus recursos de reforma y apelación que los informes del médico forense eran inadecuados y no respondían a las exigencias del Protocolo adoptado por el Ministerio de Justicia que han de seguir los médicos forenses en el examen de los detenidos. Sin embargo, el TEDH constata que el Juez de instrucción y la Audiencia Provincial no se pronunciaron sobre esta cuestión.

Todos estos elementos llevan al TEDH a estimar que las investigaciones llevadas a cabo en el presente caso no han sido suficientemente profundas, ni efectivas para cumplir las exigencias del artículo 3 CEDH. Además, considera que los medios de prueba suplementarios solicitados por el demandante en sus recursos y, muy particularmente el de interrogar a los agentes encargados de su traslado a Madrid y de su vigilancia durante la detención, habrían podido contribuir al esclarecimiento de los hechos y al castigo de los eventuales responsables, como exige la jurisprudencia. El TEDH, concluye, por unanimidad, que hubo violación del artículo 3 CEDH en su vertiente procesal por la ausencia de una investigación efectiva. El TEDH condena a España a pagar al demandante, a título de satisfacción equitativa (artículo 41 CEDH), 20.000 euros por el daño moral y 3.000 euros por las costas.

Por otra parte, el TEDH observa que en su demanda el demandante ha expuesto de manera detallada los malos tratos de los que dice haber sido víctima durante su detención. El TEDH es consciente de las dificultades que un detenido puede encontrar para portar pruebas de los malos tratos sufridos mientras está en detención incomunicada y particularmente, cuando se trata de actos de malos tratos que no dejan huella, como los denunciados por el demandante en su demanda. Sin embargo, debido a la ausencia de elementos probatorios suficientes, el TEDH no se considera en situación de poder afirmar con un grado de certeza acorde a sus propia jurisprudencia, que le demandante ha estado sometido a tratos que han alcanzado un mínimo de gravedad, contrarios al artículo 3 CEDH. A este respecto, el TEDH subraya que esta imposibilidad emana, en gran parte, de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades nacionales en respuesta a la denuncia de malos tratos presentada por el demandante. En consecuencia, el TEDH declara, por unanimidad, que no puede concluir que se produjera una violación del artículo 3 CEDH en su vertiente sustantiva.

Asunto Otegi Mondragón c. España (demanda 2034/07), sentencia de 15 de marzo de 2011. Artículo 10 del CEDH (derecho a la libertad de expresión).

El demandante, nacido en 1956, residía en Elgoibar (Guipúzcoa) en el momento de los hechos. Era el portavoz del grupo *Sozialista Aberrtzaleak* en el Parlamento de la Comunidad autónoma del País Vasco.

En febrero de 2003, los locales del diario *Euskaldunon Egunkaria* fueron registrados y posteriormente cerrados por orden de la Audiencia Nacional, debido al presunto vínculo del diario con la organización terrorista E.T.A. Diez personas fueron detenidas, entre ellas los principales responsables del periódico. Tras pasar cinco días en régimen de detención incomunicada, denunciaron haber sido víctimas de malos tratos durante su detención.

El 26 de febrero de 2006, durante el transcurso de una rueda de prensa, el demandante, actuando como portavoz de su grupo parlamentario, expuso la evaluación política hecha por su grupo de la situación del diario *Egunkaria*. En respuesta a una cuestión planteada por un periodista, afirmó, refiriéndose a la presencia del Rey Juan Carlos I ese mismo día en la inauguración de una central eléctrica en Vizcaya que era una «verdadera vergüenza política». También dijo que el Rey, «jefe supremo de la Guardia civil y de las Fuerzas armadas españolas», era el jefe de aquellos que habían torturado a las personas detenidas en el marco de la operación policial contra el diario *Egunkaria*, «el responsable de los torturadores y el que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo por medio de la tortura y la violencia».

En abril de 2003, el Ministerio Fiscal interpuso una querrela criminal contra el demandante por injurias graves al Rey. Por sentencia de 18 de marzo de 2005, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declaró al demandante inocente de los hechos que le se imputaban. Pese a considerar que las manifestaciones del demandante eran claramente ofensivas e ignominiosas, el tribunal concluyó que fueron realizadas en un contexto público, político e institucional ajeno al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda ingerencia de terceros.

Contra esta sentencia, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación, haciendo valer la protección reforzada dada por el legislador a la dignidad del Rey, así como la inviolabilidad del soberano proclamada por la Constitución. Además, alegaba que los términos empleados podían ser calificados de «dis-

curso del odio» en el sentido de la jurisprudencia del TEDH, habida cuenta de la situación existente en relación con los atentados terroristas. Por sentencia de 31 de octubre de 2005, el Tribunal Supremo declaró al demandante culpable de un delito de injurias graves al Rey, condenándole a una pena de un año de prisión, a la suspensión del derecho de sufragio pasivo durante la duración de la pena, así como al pago de las costas. El Tribunal Supremo consideró que los términos empleados por el demandante eran juicios de valor y no afirmaciones de hecho, que afectaban al núcleo último de la dignidad del Rey, con independencia del contexto en el que habían sido formulados. Además, el Tribunal Supremo observó que las denuncias por malos tratos a los detenidos en la operación contra el diario *Egunkaria* a las que hizo referencia el demandante fueron archivadas por falta de pruebas. Uno de los magistrados emitió un voto particular disidente, ya que consideraba que las palabras del demandante se referían al Rey únicamente en su papel institucional de jefe de las Fuerzas armadas.

El 3 de julio de 2006, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso de amparo presentado por el demandante por carecer manifiestamente de contenido constitucional. El Tribunal Constitucional consideró que era difícil negar el carácter ignominioso, vejatorio e infamante de las manifestaciones controvertidas, incluso estando dirigidas a una persona pública. Esta conclusión se ve reforzada al tratarse de la persona del Rey, que «no está sujeta a responsabilidad» según lo dispuesto en la Constitución y es «símbolo de la unidad y la permanencia del Estado». Habida cuenta de su papel de «árbitro y de moderador del funcionamiento regular de las instituciones», el Rey ocupa una posición de neutralidad en el debate político, lo que implica que se le deba un respeto institucional «cualitativamente» diferente del debido a las otras Instituciones del Estado. Por ello, el Tribunal constitucional concluyó que los términos empleados por el demandante expresaron un desprecio evidente hacia el Rey y la institución que representa, por lo que afectaron al núcleo íntimo de su dignidad y no podían quedar amparados por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

El demandante presentó su demanda ante el TEDH el 5 de enero de 2007. Alegaba que la decisión del Tribunal Supremo que le declaró culpable de injurias graves al Rey constituía un ataque injustificado a su derecho a la libertad de expresión con arreglo al artículo 10 CEDH.

En su sentencia de 15 de marzo de 2011, el TEDH tiene en cuenta, en primer lugar, que el demandante se expresaba en su calidad de cargo electo y portavoz de un grupo parlamentario. Sus manifestaciones hacían referencia a una cuestión de interés público en el País Vasco, a saber el trato dispensado al Rey durante su visita oficial en el contexto del reciente cierre del diario *Egunkaria*. Por lo tanto, el TEDH apunta que el margen de apreciación del que disponían las autoridades para juzgar la «necesidad» de la sanción pronunciada contra el demandante era especialmente limitado.

El TEDH admite que las expresiones utilizadas por el demandante pudieron ser provocadoras. Sin embargo, recuerda que un contexto de debate público de interés general está permitido recurrir a una cierta dosis de exageración. En el presente caso, el TEDH considera que si bien algunos de los términos empleados describen un cuadro muy negativo e incluso hostil del Rey como institución, no incitan a la violencia ni se trata de un discurso de odio, lo que a los ojos del TEDH es el elemento esencial que debe tenerse en cuenta.

El TEDH estima que los principios que se deducen de su propia jurisprudencia sobre la especial protección dada a los Jefes de Estado son, en teoría, también válidos respecto a un régimen monárquico como el de España. El TEDH considera que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o -como en el caso- como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico. A este respecto, el TEDH estima que en este caso las manifestaciones controvertidas no cuestionaban la vida privada del Rey ni su honor personal. Tampoco cuestionaban la manera en que el Rey había ejercido sus funciones oficiales en un ámbito particular ni le asignaban ninguna responsabilidad individual en la comisión de una infracción penal. Las manifestaciones del demandante contemplaban solamente la responsabilidad institucional del Rey como jefe y símbolo del aparato oficial y de las fuerzas que, según el demandante, habían torturado a los responsables del diario *Egunkaria*.

El TEDH tiene en cuenta, además, la severidad de la sanción impuesta al demandante. Pese a que la fijación de las penas es en principio competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, el TEDH recuerda que una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales, como la incitación a la violencia o la difusión de un discurso de odio. El TEDH estima que nada en las circunstancias del presente caso podía justificar la imposición de una pena de prisión. Pese a que posteriormente se suspendiera la ejecución de la pena de prisión, esta medida no borra condena del demandante ni las repercusiones duraderas de toda inscripción en el registro de antecedentes penales. El TEDH concluye, por unanimidad, que se produjo una violación del derecho a la libertad de expresión del demandante.

Asunto Saleck Bardi c. España (demanda 66167/09), sentencia de 24 de mayo de 2011. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

La demandante, apátrida, reside en un campamento de refugiados de Tindouf (Argelia). En 2002, su hija Saltana, que entonces contaba con 9 años de edad, viajó a España para pasar las vacaciones de verano con una familia de acogida, bajo el patrocinio de la Federación de Amigos del Pueblo Saharaui. Debido a los problemas de salud detectados en la niña, la federación solicitó la prolongación oficial de su estancia ante el Servicio de protección de menores de la Dirección general de la familia del Gobierno de la Región de Murcia. Ante la falta de respuesta de la administración, la menor se quedó con la familia de acogida.

En marzo de 2004 las autoridades españolas fueron informadas del hecho de que la demandante reclamaba el retorno de su hija.

En mayo de 2004, el Servicio de protección de menores declaró a la menor en situación de abandono, asumió su tutela y decidió enviarla a un centro de acogida para menores en vista de ser trasladada junto a su madre al campamento de Tindouf. La familia de acogida impugnó esta decisión. Por una sentencia dictada el 19 de septiembre de 2005, el Juez de familia n.º 9 de Murcia decidió otorgar la custodia provisional de la menor a la familia de

acogida durante el tiempo necesario para identificar a su familia biológica con el fin de entregársela y determinar si la niña había sufrido malos tratos en su lugar de origen. La sentencia fue dictada sin que la demandante hubiese sido informada del procedimiento que estaba en curso, por lo que no pudo intervenir en el mismo.

El 5 de junio de 2006 la demandante viajó a España y compareció ante el mismo Juez de familia para solicitar la restitución de su hija. Mediante una decisión dictada el 7 de diciembre de 2006, el Juez le reconoció el derecho a intervenir como parte en el procedimiento.

El 30 de abril de 2007, el Juez de familia n.º 9 de Murcia decidió otorgar la tutela de la niña a la familia de acogida, ya que la menor, que en ese momento tenía 15 años, había manifestado su deseo de quedarse con dicha familia y había declarado que fue sometida a la esclavitud en el campamento de refugiados.

La demandante interpuso un recurso de apelación contra esta decisión. Por un auto de 7 de marzo de 2008, la Audiencia Provincial de Murcia admitió parcialmente el recurso y aceptó que se practicaran algunas de las pruebas propuestas. Finalmente, por un auto de 30 de abril de 2008, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de la demandante, confirmando el otorgamiento de la tutela de la menor a la familia de acogida. La Audiencia Provincial tuvo en cuenta la declaración de la menor, que no deseaba regresar con su madre, ya que afirmaba haber sido abandonada por ésta a la edad de seis años. Además, el informe pericial elaborado por un psicólogo demostraba que la menor había desarrollado lazos afectivos con su familia de acogida y no quería volver con su madre.

La demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por una providencia de 1 de junio de 2009, notificada el 15 de junio de 2009, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso por carecer las quejas de la demandante de especial trascendencia constitucional.

El 11 de diciembre de 2009 la demandante presentó su demanda ante el TEDH. Invocando los artículos 6 y 8 CEDH, se quejaba de haber sido privada de la tutela de su hija en el marco de un procedimiento que ella estima que no fue justo. Aunque la demandante era consciente de que el retorno de su hija a Argelia no era conveniente para su estabilidad emocional, solicitaba al TEDH que reconociera que en el procedimiento interno se produjeron irregularidades, con el fin de evitar que una situación como la suya se pudiera reproducir en el futuro con otras madres saharauis.

El TEDH considera que la relación entre la demandante y su hija entra dentro del ámbito de la vida familiar en el sentido del artículo 8 CEDH, aunque se encuentren separadas *de facto* desde al menos el momento en que la menor llegó a España.

El TEDH recuerda su jurisprudencia según la cual el derecho de un padre a estar junto a su hijo crea la obligación positiva para el Estado de adoptar las medidas necesarias para alcanzar este objetivo.

En un caso como el presente, en el que los intereses en juego son difícilmente conciliables, el TEDH señala que el interés del menor debe de ser objeto de una consideración primordial. A este respecto, el TEDH observa que las decisiones judiciales de 2007 y 2008 que otorgaron la tutela de la hija de la demandante a la familia de acogida española, además de estar suficientemente motivadas, tuvieron en cuenta el interés de la menor.

El TEDH, a quien no le corresponde sustituir con su valoración la realizada por las autoridades tribunales en cuanto a las medidas que debe-

rían haber sido adoptadas, considera, no obstante, que en este caso hubo una falta de diligencia por parte de las autoridades españolas. Considera, en efecto, que la responsabilidad por la duración de la estancia del menor en España les corresponde, debido a la inercia de la administración y la falta de coordinación entre los distintos servicios competentes. Además, el TEDH apunta que el transcurso del tiempo provocó que el vínculo entre la demandante y su hija se debilitara y contribuyó de manera decisiva a la integración de la menor en la familia de acogida y su vida cotidiana en Murcia.

El TEDH concluye que las autoridades españolas no desplegaron los medios adecuados y suficientes para respetar el derecho de la demandante a que su hija regresara con ella y faltaron a la obligación de celeridad especialmente exigida en este tipo de casos. Por consiguiente, el TEDH falla, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 8 CEDH y condena al Estado español a pagar una indemnización de 30.000 euros por daño moral a la demandante a título de satisfacción equitativa (artículo 41 CEDH).

Otras sentencias relevantes desde el punto de vista del Derecho Civil:

Asunto Serghides c. Polonia (demanda 31515/04), sentencia de 2 de noviembre de 2010. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Revocación de la decisión favorable al demandante que ordenaba la devolución de su hija, sacada del país de forma ilegal por la madre, debido al comportamiento inadecuado de ambos progenitores.

Asunto Losonci Rose y Rose c. Suiza (demanda 664/06), sentencia de 9 de noviembre de 2010. Artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación) y Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Discriminación en la elección del apellido de los matrimonios formados por personas de nacionalidades distintas.

Asunto Chavdarov c. Bulgaria (demanda 3465/03), sentencia de 21 de diciembre de 2010. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Imposibilidad para un padre biológico de establecer legalmente su paternidad respecto de los tres hijos nacidos de su relación con una mujer que estaba casada durante el período en el que convivieron juntos.

Asunto Ferreira y Melo Ferreira c. Portugal (demanda 41696/07), sentencia de 21 de diciembre de 2010. Artículo 1 del Protocolo n.º 1 (derecho al respeto de los bienes): Prohibición legal a los propietarios de una vivienda de rescindir un contrato de alquiler de larga duración.

Asunto Herrmann c. Alemania (demanda 9300/07), sentencia de 20 de enero de 2011. Artículo 1 del Protocolo n.º 1 (derecho al respeto de los bienes): Obligación impuesta al propietario de un terreno, contrario a la caza por motivos éticos, de tolerar la caza en su propiedad y adherirse a una asociación de caza.

Asunto Kiyutin c. Rusia (demanda 2700/10), sentencia de 10 de marzo de 2011. Artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación) y Art. 8

del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Trato diferenciado dado a un extranjero seropositivo en relación con su solicitud de un permiso de residencia.

Asunto M. c. Suiza (demanda 41199/06), sentencia de 26 de abril de 2011. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Negativa de renovar el pasaporte durante más de seis años a un expatriado, con el fin de obligarle a volver al país para ser juzgado por un delito que se le imputaba.

Asunto Négrépontis-Giannisis c. Grecia (demanda 56759/08), sentencia de 3 de mayo de 2011. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), Art. 14 del CEDH (prohibición de discriminación), Artículo 6 del CEDH (derecho a un juicio justo), Artículo 1 del Protocolo n.º 1 (derecho al respeto de los bienes): Negativa injustificada de reconocer la adopción, constituida en el extranjero, de un adulto por parte de su tío monje.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LIDIA ARNAU RAVENTÓS*

STJUE 9 de noviembre de 2010. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG v. Österreich-Zeitungsverlag GmbH.—Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación de los artículos 3, apartado 1 y 5, de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Se pregunta si es conforme con el derecho de la UE una disposición nacional por la que se prohíban las ventas con prima. El TJUE, tras argumentar que las ventas con prima constituyen prácticas comerciales y que las controvertidas se sujetan a la Directiva toda vez que, aunque no exclusivamente, persiguen la protección del consumidor, analiza la compatibilidad de su prohibición con el derecho de la UE. El TJUE parte de la armonización plena llevada a cabo por la Directiva 2005/29 y de los criterios que permiten determinar la deslealtad de una práctica. Dado que la venta con prima no es una de las prácticas consideradas desleales en todo caso (Anexo I Directiva), deberán aplicarse aquellos criterios a fin de valorar si, en el caso particular, concurre la situación de deslealtad. Por todo ello, el TJUE concluye que no es conforme con el derecho de la UE una disposición nacional que prohíba en todo caso la venta con prima.

STJUE 7 de diciembre de 2010. Peter Pammer y Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG v. Hotel Alpenhof GesmbH y Oliver Heller.—Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación del artículo 15, apartado 1, letra c, y 3 del Reglamento 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. Se pregunta, en primer lugar, si un viaje en carguero está comprendido entre los contratos de transporte contemplados en el artículo 15, apartado 3, del Reglamento, que configura como tales aquellos que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento. Dado que el viaje de que se trata el litigio principal reunía estos requisitos, el TJUE concluye que le es de aplicación el artículo 15, apartado 3. En segundo lugar, se pregunta por los criterios para considerar que la actividad de un vendedor, presentada en su página web o en la de un intermediario, está dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor. Y, ello, a efectos de aplicar la regla de competencia prevista en el artículo 15, apartado 1, letra c, del Reglamento, que es excepción tanto de la regla general de atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio del demandado, como de la especial en materia de contratos en cuya virtud la competencia se atribuye a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que hubiere sido o debería haber sido cumplida la obligación. En este particular, el Reglamento

* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2009 SGR 221, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

no incluye ninguna definición del concepto de actividad „dirigida« al Estado miembro del domicilio del consumidor, debiéndose interpretar de forma autónoma y en atención a la finalidad del Reglamento. Esta última sería la de proteger a la parte más débil y jurídicamente menos experta. El TJUE entiende que la cuestión reside en determinar si se exige que el vendedor tenga voluntad de dirigirse a otro u otros Estados miembros y, si éste es el caso, de qué forma debe manifestarse esa voluntad. Por lo pronto, concluye que está implícita en determinados tipos de publicidad (así, en la realizada por cualquier medio en el Estado del domicilio del consumidor), mientras que no resulta inherente a la que se difunde por internet. Por actividades „dirigidas« a un Estado miembro no cabe entender la mera accesibilidad, desde ese Estado, de la página web del vendedor. Por el contrario, se precisa que el vendedor haya manifestado su voluntad de establecer relaciones comerciales con los consumidores de otro u otros Estados miembros, entre los cuáles se encuentra el del domicilio del consumidor. Y a estos fines cabe atender, por el juez nacional, a una serie de indicios: el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde Estados miembros distintos al del vendedor, la utilización de una lengua o divisa distinta a las del Estado miembro del vendedor, la mención de números de teléfono con prefijo internacional.

STJUE 22 de diciembre de 2010. DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH v. Bundesrepublik Deutschland.—Petición de cuestión prejudicial. Kammergericht (Alemania). La cuestión se plantea a propósito de la interpretación del principio de efectividad con el fin de determinar si, en su aplicación, debe reconocerse el principio de justicia gratuita a las personas jurídicas. Según el TJUE, el principio de tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no excluye que pueda ser invocado por personas jurídicas y que la asistencia concedida en su aplicación incluya la dispensa del pago anticipado de la asistencia letrada y de las costas del procedimiento. Siendo ello así, corresponde a los tribunales nacionales valorar si las condiciones a las que se sujeta la asistencia jurídica gratuita constituyen o no una limitación del derecho de acceso a los tribunales que pueda afectar, perjudicándola, a la propia esencia del derecho. A efectos de aquella valoración, el juez nacional debe tener en cuenta el objeto del litigio, la posibilidad razonable de que el demandante gane el pleito, la importancia que tiene para éste el proceso, la complejidad jurídica del asunto y del procedimiento. Debe considerarse también el importe de las costas del procedimiento que deba anticiparse y si éstas pueden representar o no un obstáculo insuperable al acceso a la justicia. Si se trata de una persona jurídica, otros parámetros serían el que tenga o no ánimo de lucro, sus recursos económicos o la posibilidad de obtenerlos.

STJUE 17 de febrero de 2011. Artur Werynski v. Mediatel 4B spółkaz o. o.—Petición de decisión prejudicial. Sad Rejonowy dla Warszawy Śródmieszcza (Polonia). Interpretación del Reglamento n.º 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. Se pregunta si el órgano jurisdiccional requerido puede exigir al requirente un adelanto de la indemnización a satisfacer a un testigo o su reembolso o si, por el contrario, debe cubrir esta indemnización con sus propios recursos. El Reglamento, en su artículo 14, contempla parte de la cuestión a propósito de la prueba pericial. En concreto, la falta de provi-

sión de fondos por el órgano requirente se incluye en la relación de posibles motivos de denegación de la solicitud de cooperación. Entiende el TJUE que el precepto no permite una interpretación extensiva, ni a los efectos de equiparar en este particular la prueba de peritos con la de testigos, ni a los de reconocer al órgano requerido otros motivos de denegación más allá de los previstos en el artículo 14. A propósito de la posibilidad de solicitar al requirente el abono de la indemnización ya satisfecha, el TJUE parte de su calificación como «gastos» a los efectos de valorar la aplicación al caso del artículo 18 que, al tiempo que incorpora a la regla general de no reembolso de tasas y gastos, contempla algunas excepciones. Entre ellas, no se encuentran las indemnizaciones abonadas a testigos.

STJUE 15 de marzo de 2011. Heiko Koelzsch v. État du Grand-Duché de Luxembourg.—Petición de decisión prejudicial. Cour d'appel de Luxembourg. Interpretación del artículo 6, apartado 2, letra *a*) del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o, también llamado, Convenio de Roma. A su amparo, el contrato de trabajo se rige por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo o, para el caso de no trabajar habitualmente en el mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador. Se pregunta, para el caso de que el trabajador lleve a cabo su prestación laboral en varios países, regresando siempre sistemáticamente a uno, si ha de considerarse que es en este último país donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo. El TJUE anticipa que la interpretación del precepto debe hacerse considerando los objetivos del Convenio; en especial, tratándose de criterios de vinculación específicos, se busca proteger a la parte que debe considerarse social y económicamente más débil. Desde esta perspectiva, entiende el TJUE que el segundo de los criterios sólo debe regir en aquellos supuestos en que órgano jurisdiccional no pueda determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo. Esto último se refiere al lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional y, a falta de centro de actividad, al lugar en el que éste realice la mayor parte de su trabajo. Tratándose de un trabajo que se desarrolla en el sector del transporte internacional, a fin de identificar aquel lugar el órgano jurisdiccional deberá considerar el Estado en que se encuentre el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus rutas de transporte, recibe instrucciones, organiza su trabajo y se encuentran sus herramientas. También cabe atender a los lugares entre los que se efectúa normalmente el transporte.

STJUE 17 de marzo de 2011. Manuel Carvalho Ferreira Santos v. Companhia Europeia de Seguros, S.A.—Petición de decisión prejudicial. Tribunal da Relação do Porto (Portugal). La cuestión se suscita a partir de las Directivas que, sucesivamente, han tratado de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles; así del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166, del Consejo, de 24 de abril de 1972 (Primera Directiva); artículo 2, apartado 1 de la Directiva 84/5, del Consejo, de 30 de diciembre de 1983 (Segunda Directiva) y del artículo 1 de la Directiva 90/232, del Consejo, de 14 de mayo de 1990. Se plantea si, a la luz de aquellos preceptos, se opone a ellos una normativa nacional que, en los supuestos en los que una colisión entre dos vehículos cause daños sin que pueda imputarse la culpa a los conductores, distribuya entre ellos la responsabilidad según hayan influi-

do en su producción y, para el caso de no poder determinarse el grado de contribución, la distribuya por igual entre ambos. El Tribunal recuerda que el artículo 3.1 de la Primera Directiva (después precisado y completado por la Segunda y Tercera Directiva) obliga a los Estados miembros a garantizar que la responsabilidad civil relativa a la circulación de los vehículos con estacionamiento habitual en su territorio esté cubierta por un seguro. Además, precisa los tipos de daños y los terceros perjudicados que deben quedar cubiertos por el seguro. Esta responsabilidad, sin embargo, es distinta de la responsabilidad civil del asegurado, acerca de la que no versan las Directivas y que se rige por el derecho nacional. De ahí que sea la responsabilidad civil aplicable según el derecho nacional (así, por culpa o por riesgo) la que debe quedar cubierta por un seguro conforme a las tres Directivas. Desde esta perspectiva, la norma nacional de la que trae causa la cuestión prejudicial se estima acorde con el derecho comunitario en la medida en que, al pretender repartir la responsabilidad cuando no pueda imputarse la culpa a los conductores, no excepciona ni contradice la necesaria cobertura de dicha responsabilidad por un seguro obligatorio.

STJUE 26 de mayo de 2011. Gebhard Stark v. D.A.S. Österreichische Allgemeine Rechtsschutzversicherung AG.—Petición de decisión prejudicial. Landesgericht Innsbruck (Austria). Interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica. En virtud de dicho precepto todo contrato de defensa jurídica deberá reconocer al asegurado libertad de elección cuando deba recurrirse a un abogado o a cualquier otra persona que posea las cualificaciones requeridas por la legislación nacional para defender, representar o servir sus intereses, en cualquier procedimiento judicial o administrativo. A su amparo se plantea si es conforme con el derecho comunitario una cláusula, amparada en la legislación nacional, por la que se limite aquella libertad de elección a los profesionales cuyo despacho esté situado en el lugar en el que tenga su sede el órgano jurisdiccional o administrativo competente para tramitar el procedimiento de primera instancia. El TJUE ratifica el alcance general y valor obligatorio de la libertad de elección prevista en el artículo 4, al tiempo que reconoce también que la Directiva 87/344 no pretende armonizar completamente al régimen aplicable a dichos contratos. A propósito de esto último, el TJUE constata que la Directiva no regula expresamente la cuestión relativa al alcance de la cobertura de los gastos relativos a la intervención de un representante. De ahí que, concluye, la libertad de elección del artículo 4 no implica que los Estados miembros estén obligados a imponer en cualquier circunstancia al asegurador la cobertura íntegra de los gastos en que se haya incurrido en la defensa del asegurado. Con todo, en virtud de este margen de actuación reconocido a los Estados, aquella libertad no puede quedar vacía de contenido. Esto último se daría en aquellos supuestos en que las limitaciones impuestas por la normativa nacional impidieran de hecho la libre elección por el asegurado de su representante. Corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales verificar si aquellas limitaciones vulneran o no el derecho de la UE.

Jurisprudencia Nacional
(octubre 2010 - mayo 2011)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

STS (Sala Civil) de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7450). Ponente: Encarnación Roca Trias. Solidaridad: responsabilidad de vendedor y fabricante. Una empresa compró unos aparatos acondicionadores que nunca funcionaron adecuadamente. La empresa compradora reclamó oportunamente a la vendedora y, con posterioridad, firmó un contrato de transacción con la fabricante de los aparatos, concretando la garantía. Visto que los acondicionadores siguieron sin funcionar, la compradora interpuso demanda solicitando que se declarasen resueltos los contratos de compraventa y de transacción y que se condenase solidariamente a la vendedora y a la fabricante a indemnizarla por los daños y perjuicios sufridos, como así ocurrió en apelación. En el FJ 3.º, el TS analiza la posible vulneración del art. 1137 CC alegada por la vendedora, que no fue parte en el referido contrato de transacción: «[E]l problema principal que se plantea reside en la responsabilidad del vendedor intermediario ante los defectos de la cosa vendida, porque el contrato de compraventa se ha concluido con el suministrador, ACENSA, quien responde frente al comprador de los defectos que tenga la cosa vendida por efecto del contrato, sin perjuicio de las acciones de reembolso que pudiera ostentar frente al fabricante de los productos defectuosos. El principio de no presunción de solidaridad ha sido reinterpretado por esta Sala en el sentido de admitirla cuando, no siendo expresa, «existe comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones» e «interna conexión entre ellas» [STS de 2 marzo 1981 (RJ 1981, 879)]; completando lo anterior, la sentencia de 15 marzo 1982 (RJ 1982, 1379) dice que existe solidaridad cuando se produce «unidad de fin de las prestaciones», cosa que ocurre siempre que estén destinadas en común a satisfacer la necesidad del acreedor. Esta doctrina ha sido aplicada por las sentencias más recientes de 27 julio 2000 (RJ 2000, 9179), 19 abril 2001 (RJ 2001, 6884) y 31 octubre 2005 (RJ 2005, 7351), entre otras. Además, el art. III.-4:103 DCFR (*Draft Common Frame of Reference*, 2009) dice que si los términos de la obligación no establecen la forma en que los deudores se obligan, la responsabilidad de dos o más en el cumplimiento de la misma obligación es solidaria (trad. propia). En aplicación de la doctrina expuesta, debe confirmarse la sentencia recurrida que estima la demanda en el sentido de condenar solidariamente al vendedor y al fabricante de los aparatos acondicionadores, porque existe una íntima conexión entre sus obligaciones y porque aunque la fuente no es exactamente la misma, la finalidad de la responsabilidad frente al adquirente sí lo es,

* Profesora agregada de Derecho civil, Universitat de Barcelona.

proporcionándose así una mayor garantía al acreedor-comprador quien, además, les ha demandado conjuntamente.»

Interpretación conforme y *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)

STS (Sala Civil) de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7448). Ponente: Francisco Marín Castán. Contrato de agencia: compensación por clientela. Se plantea la posible nulidad de una cláusula contractual en la que se fija la indemnización correspondiente al agente en caso de extinción de la relación. Por parte del agente, se sostiene que la cláusula es nula por contravenir el carácter imperativo de las disposiciones sobre el contrato de agencia (en concreto, el art. 28 de la Ley 12/1992), establecido en el art. 3.1 de su ley reguladora, si éste se interpreta de conformidad con la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, cuyo art. 19 dispone que: «Las partes no podrán pactar, antes del vencimiento del contrato, condiciones distintas de las establecidas en los artículos 17 y 18 en perjuicio del agente comercial.» Estos últimos artículos regulan la indemnización por clientela y por perjuicio. En el caso enjuiciado, el agente había ya recibido compensación en aplicación de la cláusula contractual, pero reclama que los tribunales fijen el importe correspondiente a la indemnización por clientela aplicando en sus propios términos el art. 28 de la Ley 12/1992. En primera instancia, se desestimó totalmente la demanda, por entender que la Directiva sólo tiene efecto directo entre particulares «a través de la norma estatal de transposición» y que la cláusula litigiosa no contraviene los arts. 3.1 y 28 de la Ley. El recurso de apelación fue desestimado, por entender también que las Directivas comunitarias no son invocables frente a un particular ni crean por sí solas obligaciones a cargo de los particulares; tampoco se estimó vulnerado el art. 19 de la Directiva y no se consideró de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo recaída en casos en que el agente había renunciado anticipadamente a toda indemnización por clientela. En su FJ 5.º, el Alto Tribunal explica los argumentos por los cuales considera nula la cláusula litigiosa: «1.ª La finalidad de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, es, como resulta de su propio título, la “coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes”, con especial atención, entre otras cuestiones, al “nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes”, según declara su segundo Considerando. 2.ª Entre los derechos reconocidos por dicha Directiva al agente destacan los contemplados en su art. 17 para cuando el contrato termine (apdo. 1), siendo uno de ellos el de ser indemnizado con las condiciones y en los términos establecidos en su apdo. 2, regulador de la denominada indemnización o compensación por clientela. 3.ª La especial relevancia de este derecho a compensación por clientela como manifestación de ese “nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes” se confirma en el art. 19 de la Directiva mediante una norma cuya fórmula es inequívocamente prohibitiva: “Las partes no podrán pactar, antes del vencimiento del contrato, condiciones distintas de las establecidas en los artículos 17 y 18 en perjuicio del agente comercial”. 4.ª Aunque ningún artículo de la LCA española contenga esa misma fórmula prohibitiva o una similar, lo cierto es que su art. 3.1 sí establece el carácter imperativo de sus preceptos “a no ser que en ellos se

disponga otra cosa”. 5.^a Con base precisamente en tal carácter imperativo la jurisprudencia de esta Sala ha considerado nulos los pactos contractuales de renuncia previa a la indemnización o compensación por clientela (SSTS 27-1-03 y 7-4-03). 6.^a Cabe sostener, por tanto, que aun cuando la LCA española no contenga una transposición más o menos literal del art. 19 de la Directiva, sin embargo su contenido esencial de norma prohibitiva sí se ha transpuesto, mediante una fórmula imperativa, en su art. 3.1, de modo que la aplicación del “principio de interpretación conforme” [por todas STJUE 5-10-2004 en asuntos acumulados C-397/2001 a C-403/2001 y SSTS 2-6-00 (RJ 2000, 5092) y 27-3-09 (RJ 2009, 3288)] que impone resolver las dudas interpretativas de una norma nacional del modo más acorde con el Derecho de la Unión, permite superar la polémica sobre el efecto de las Directivas entre particulares, suscitada en las instancias del presente litigio y mantenida ante esta Sala por la parte demandada-recurrida en su escrito de oposición al recurso, y concluir que en el art. 3.1 LCA se encuentra implícita la prohibición de pactos anticipados contenida en el art. 19 de la Directiva. 7.^a A esta conclusión, que parece difícilmente rebatible representándose casos en los que se hubiera convenido por adelantado una cantidad tan alejada del máximo previsto en el art. 28 LCA que bien pudiera considerarse ridícula, podría objetarse que, representándose otros casos, como por ejemplo aquel en que se reconociera al agente un 95% de ese máximo, el requisito de la prohibición consistente en que las condiciones pactadas vayan “en perjuicio del agente” podría no cumplirse e incluso quedaría totalmente descartado al reconocerse al agente una cantidad prácticamente equivalente a la máxima legal, dispensándole además de tener que alegar y probar en pleito los requisitos de la compensación por clientela. Sin embargo esta objeción se supera, de un lado, por la realidad normativa, ya señalada, de que el art. 19 de la Directiva afecta “al nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes”; y de otro, por la experiencia de que normalmente son los empresarios quienes determinan el contenido contractual de las relaciones con sus agentes y éstos suelen aceptarlas, en casos como el aquí enjuiciado, para continuar su relación con la empresa mediante sucesivos contratos de duración determinada, experiencia que a su vez puede considerarse como justificación de la norma prohibitiva contenida en el art. 19 de la Directiva y del carácter imperativo establecido en el art. 3.1 LCA. 8.^a Interpretado así este art. 3.1, el carácter imperativo del máximo previsto en el apdo. 3 del art. 28 de la propia LCA, expresado mediante la fórmula prohibitiva “La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, ...”, sólo regirá para el Juez en caso de conflicto entre agente y empresario tras extinguirse el contrato de agencia, pero no para las partes, ni después de la extinción del contrato ni antes, porque el art. 19 de la Directiva, y por tanto también el art. 3.1. LCA, sí permite los pactos anticipados que no sean en perjuicio del agente comercial, y no será perjudicial ningún pacto que reconozca al agente un derecho a ser indemnizado por clientela en una cantidad superior a dicho máximo. 9.^a La prohibición alcanza, por tanto, a cualquier pacto anticipado que limite el derecho del agente a obtener, una vez terminado el contrato y en caso de conflicto con su empresario, una indemnización que alcance la cuantía prevista en el art. 28 LCA o, dicho de otra forma, que excluya por adelantado el juicio de procedencia equitativa previsto en dicho artículo. 10.^a Esta interpretación se refuerza si se considera que el artículo IV.D-3 :312(4) de los trabajos conocidos como *Draft Common Frame of Reference*, orientados a un Derecho común europeo en materia de contratos, tras reproducir la Directiva

86/653/CEE propone el siguiente texto para regular la indemnización por clientela: “En cualquier caso, la indemnización no puede exceder de la remuneración de un año, calculada de acuerdo con el porcentaje anual del agente comercial en los cinco años precedentes, o bien, si la relación ha durado menos de cinco años, de acuerdo con el porcentaje del periodo en cuestión... Las partes no pueden, en perjuicio del agente comercial, excluir la aplicación de esta norma o derogarla o variar sus efectos”. 11.^a Así las cosas, la cláusula litigiosa debe considerarse nula, en aplicación del art. 6.3 CC [...]». A continuación, en el FJ 7.º, el Tribunal Supremo concede al agente la compensación solicitada, que asciende al máximo previsto en el art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia, con deducción de lo ya percibido.

Principios de Derecho europeo de los contratos (PECL)

STS (Sala Civil) de 5 de octubre de 2010 (RJ 2010\8008). Ponente: Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Cláusula penal: posibilidad de moderación por los tribunales. Aunque en el caso enjuiciado se estima que no procede hacer uso de esta facultad, el Tribunal considera que actualmente existe la tendencia a permitir que se modere la pena pactada incluso cuando se haya estipulado lo contrario (FJ 4.º): «6) Es cierto que, a diferencia de lo previsto en el primer párrafo de la Ley 518 del Fuero Nuevo de Navarra, que dispone que “La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial”, la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero del 2009, apunta a la posibilidad de moderación de las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con carácter “inmoderado”: “El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”, y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando: “Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias” [...]».

STS (Sala Civil) de 10 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1304). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Interpretación de los contratos. A la hora de decidir sobre el sentido que debe darse a las cláusulas incluidas en un contrato de compraventa de inmuebles que condicionan el pago del arbitrio de plusvalía por parte del vendedor a que los solares se destinen a la construcción de viviendas de protección oficial (comprometiéndose la compradora a pagar la diferencia, caso de que se construyesen viviendas en régimen libre), el TS entiende que (FJ 1.º): «A diferencia de aquellos sistemas como el portugués, en los que la interpretación del contrato tiene por finalidad descubrir el significado que un destinatario razonable atribuiría a la declaración negocial, en el nuestro, en el que el concepto de contrato se construye sobre la base de lo consentido por las partes, de forma idéntica a la prevista en el artículo 1156 del Código de Napoleón y en el 1362 del Código Civil italiano, como tenemos

declarado en la sentencia 371/2010, de 4 de junio de 2010 (RJ 2010\2669): tiene por finalidad investigar la verdadera intención de las partes, finalidad esta que coincide con la que le atribuye el número 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho europeo de los contratos, y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en enero de 2009.» La referencia a los PECL y a los trabajos de la Comisión de Codificación reiteran las que ya hiciera el mismo ponente en sentencias de 4 y 9 de junio de 2010, recogidas en la *Crónica* anterior a ésta. En sentido prácticamente idéntico, puede verse el FJ 2.º de la STS (Sala Civil) de 17 de marzo de 2011 (JUR 2011\175047), de la que también fue ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)

STS (Sala Civil) de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1310). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Accidente de tráfico: indemnización por gastos médicos futuros. La Audiencia había desestimado la pretensión indemnizatoria en concepto de gastos médicos futuros, apoyándose en la imposibilidad de resarcir íntegramente ciertos daños salvo en caso de culpa relevante del conductor, doctrina ésta que el TS modificó en Pleno por medio de la S. de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010\1987), seguida por la STS de 20 de marzo de 2010 (RJ 2010\2536). Pero la Sala sigue afirmando (FJ 7.ª) que: «[S]in necesidad de acudir a la doctrina sobre el lucro, existen razones que también apoyan la estimación de la pretensión de resarcimiento de los gastos reclamados, al margen del momento en que el perjudicado deba satisfacerlos, y por tanto, aun cuando se trate de gastos que hayan de abonarse después de alcanzarse la sanidad, una vez que no se ha puesto en duda lo esencial: su nexo causal con el siniestro. Así, resulta determinante a la hora de estimar este motivo que según el criterio o regla sexta del apartado Primero del Anexo, en redacción vigente a fecha en que sucedieron los hechos (la fecha del siniestro determina el régimen legal aplicable), los gastos de asistencia médica y hospitalaria se han de satisfacer en todo caso, además, esto es, con independencia, de la indemnización que con arreglo a las tablas proceda conceder por el resto de conceptos indemnizatorios (muerte, lesiones permanentes, determinantes o no de invalidez e incapacidades temporales, regla 5.ª del mismo apartado Primero), siendo también relevante que la regla 7.ª señale que la indemnización de los daños psicofísicos ha de entenderse “en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud”. Por su parte, los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil consideran daño patrimonial resarcible toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso y, al referirse a la indemnización del dicho daño corporal, establecen (art. 10:202) que dicho daño patrimonial incluye «la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica». *Este marco normativo* ampara la posibilidad de indemnizar como perjuicio patrimonial los gastos sanitarios que traigan causa del accidente, entendidos en sentido amplio, ya se trate de gastos derivados de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación, etc.; bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud

o al menos, dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de salud que conlleva el menoscabo psicofísico sufrido.» (La cursiva es nuestra.)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

En el número anterior de esta *Crónica*, dábamos noticia de numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales que, al recoger las argumentaciones del TS sobre determinadas materias, incluían también en sus fundamentos de derecho referencias a textos como los PECL, los PETL o el DCFR. Además de los múltiples casos en que se sigue citando la doctrina del TS sobre lo que deba entenderse como incumplimiento esencial a los efectos de la resolución contractual, en esta ocasión destacamos dos sentencias relativas a supuestos distintos. Por un lado, la SAP Pontevedra (Sección 6.^a) de 21 de diciembre de 2010 (AC 2011\28), ponente: Miguel Melero Tejerina, mantiene la responsabilidad solidaria de mayorista y minorista frente al adquirente de un viaje combinado al amparo de la Ley 21/1995 y lo hace recogiendo lo establecido por el TS en S. de 20 de enero de 2010 (RJ 2010\158), en la cual se acudía como un argumento más a favor de la solidaridad al art. III-4:103 (2) DCFR, que se inclina por este régimen de responsabilidad, especialmente cuando dos o más deudores sean responsables por el mismo daño. Por otro lado, la SAP de Pontevedra (Sección 1.^a) de 19 de enero de 2011 (JUR 2011\104218), ponente: Jacinto José Pérez Benítez, cita lo establecido en la aquí reseñada STS (Sala Civil) de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7448), en cuanto a la indemnización por clientela correspondiente al agente. Aunque sea por vía de referencia, los textos europeos están llegando a las Audiencias.

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones

AJANI, Gianmaria - ANDERSON, Miriam - ARROYO AMAYUELAS, Esther - PASA, Barbara: *Sistemas Jurídicos Comparados. Lecciones y materiales*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2010. 446 pp. ISBN: 978-84-475-3475-3.

En este texto, el autor de la obra original y los autores que han participado en la versión española describen los sistemas jurídicos presentados según un enfoque comparativo. El carácter de la obra se encuentra condicionado por sus destinatarios: un público que, sin poseer nociones jurídico-comparativas, puede comprender la terminología jurídica y el razonamiento jurídico. En otras palabras: esta obra es un manual para los estudiantes de las facultades de derecho que quieren prepararse para el examen de derecho comparado. Los autores han presentado los ordenamientos y los han comparado.

Para hacer esto, han elegido una de entre las muchas estrategias posibles. Podían haberse centrado en las normas: Francia es una república, Suecia es un reino; en Irán la poligamia es legal, en Rusia, está prohibida. Podían haberse basado en los caracteres generales y relevantes de los ordenamientos; y, en este caso, haberse preguntado cuáles eran los caracteres más relevantes. Hoy en día muchos juristas dan centralidad, en los ordenamientos, a la Constitución, que recoge los grandes derechos de los ciudadanos y distribuye los poderes entre los órganos estratégicos del Estado; sin embargo, puede pasar que un país copie la Constitución de otro, caracterizado por una tradición jurídica diferente e incluso opuesta (las ex colonias africanas han copiado las constituciones de los países europeos que los habían dominado) y la nueva Constitución no hace idénticos los dos ordenamientos.

Llegados a este punto, veamos cuál ha sido la opción tomada en esta obra. Hace medio siglo, René David enseñó a los comparatistas (y a los juristas en general) que existen caracteres propios de cada ordenamiento, no elegidos por los legisladores por medio de un acto voluntario, arbitrario e instantáneo, sino que han sido creados poco a poco, a través de la historia y los comportamientos de hecho de los operadores del derecho.

Intentemos aclararnos. En algunos países el parlamento considera parte de su función reducir a ley escrita todo el derecho vigente; en otros (por ejemplo, Inglaterra) esto no se produce y no se considera necesario. Sólo en unos países, y no en otros, existen reglas precisas (no adoptadas por el parlamento ni por otra autoridad) relativas al valor de los precedentes. Y, aún más importante, puede variar la relación entre la enseñanza universitaria y la práctica del juez; en unos países (por ejemplo, Alemania) el juez adecua sus decisiones a la enseñanza de la doctrina; en otros (Inglaterra, Francia) la doctrina construye sus propias enseñanzas sobre la base de las prácticas judiciales. El análisis de los datos que caracterizan los distintos sistemas ha empezado a construir una nueva rama de la comparación que ha sido definida con el neologismo «sistemología».

Hoy en día, el jurista pone la sistemología en la base de la comparación de los sistemas jurídicos; y es así como se hace esta obra. Para tratar el tema en clave sistemológica se requiere preparación y competencia y hay que reconocerle a los autores un alto grado de ambas. La obra en examen es una obra de última generación, donde la riqueza y la precisión del análisis alcanzan el nivel más elevado.

Como hemos dicho, la obra presenta los sistemas a través de sus caracteres esenciales. Sin embargo, hay dos maneras de expresar científicamente un conjunto de datos. El autor puede recoger (después de haberlos examinado críticamente) todos los resultados que ha encontrado en la sabiduría de los demás o ha descubierto personalmente, y describir los datos científicos que el lector busca en la obra. Por el contrario, puede conducir a su lector por el fascinante mundo de los investigadores que se han sucedido en el tiempo, mostrándole los avances de cada uno de ellos y mencionándole las grandes obras científicas, que integran la ya abundante biblioteca del sistemólogo.

La obra en examen no es una obra de historia del pensamiento, ni describe los grandes problemas que hoy en día son objeto de discusión entre los comparatistas. Las obras de P. Legrand intentan demostrar que la comparación es imposible y sus resultados son meras ilusiones; Markesinis pide al comparatista que se limite a recoger, en la jurisprudencia extranjera, los argumentos que podrían ser empleados, y merecerían ser usados, por el juez del área de pertenencia del comparatista. Materiales de este tipo quedan descartados en el presente volumen; y es correcto que sea así, porque el volumen se califica como una obra de sistemología, en la que quedan excluidos los tratados de metodología, que el estudioso, si está interesado, se encargará de buscar en las obras de introducción al derecho comparado.

La obra en examen tampoco trata de la historia de la sistemología. Aporta reseñas doctrinales en función de problemas concretos (por ejemplo, la división de los ordenamientos en familias), y entonces menciona, además de a R. David, Zweigert y Kotz, a L.J. Constantinesco y a U. Mattei. Sin embargo, no dibuja un cuadro en que se mencionen los nombres, o algo más que los nombres, de los sistemólogos americanos (R. Schlesinger y los otros), ingleses (Markesinis y los otros), alemanes (empezando por Zweigert y Kotz), franceses (entre los cuales David y Legeais), holandeses (por ejemplo Hesselink), y los numerosos italianos (Sacco y Gambaro, P. Gallo, Losano, Guarneri, Varano y Barsotti, Pizzorusso, De Vergottini, Alpa, Lupoi, Negri, Annunziata, Diurni, etc.). La obra, en otras palabras, se centra en los datos sistemológicos y no quiere extenderse con noticias sobre la bibliografía y sus acontecimientos.

Decir que la obra atiende a los datos no debe llevar a malentendidos. En este caso los datos no son tratados como un mero elenco de los caracteres sistemológicos de los ordenamientos considerados, y ya está.

Aclaremoslo. Los que titulen su propia obra «Sistemas jurídicos comparados» pueden llevar a cabo dos operaciones. En primer lugar, pueden exponer uno a uno, o por grupos, los caracteres de cada sistema, de modo autorreferencial, como si cada ordenamiento fuese único en el mundo, del mismo modo como solemos enseñar una lengua viva o muerta, y como ilustramos, en nuestras facultades, el derecho de nuestro país. Sin embargo, el autor puede tener mayores ambiciones, y examinar los diversos sistemas confrontándolos el uno con el otro, y también subrayar, a través de la medición comparativa, la intensidad mayor o menor con que se presenta un determinado

carácter común a todos los ordenamientos, pero que es más marcado en algunos de ellos.

Naturalmente, la comparación implicará alguna noticia histórica, alguna referencia diacrónica. Si se habla del derecho de los Estados Unidos, no se puede ignorar su relación histórica con el derecho inglés. Y –lo que es más notable– la comparación comportará que se preste atención a la circulación de los modelos y a las convergencias de las soluciones, que es tan frecuente en las enseñanzas de los últimos tiempos.

La obra tiene la finalidad de transmitir la sabiduría relativa a los sistemas jurídicos. ¿Cómo son formulados, cómo son explicados los datos en cuestión? Justamente en este punto, el tratado nos muestra los elementos esenciales de su fisonomía.

La obra no pretende demostrar determinados aspectos recurriendo a razonamientos complejos y difíciles. No quiere extenderse describiendo docemente acontecimientos históricos sucedidos y concluidos hace siglos (excepto los acontecimientos que son todavía visibles y parte integrante del presente). No quiere ostentar la interdisciplinariedad que caracteriza la sabiduría de los autores. Incluso en el título de la obra se mencionan los materiales. Y se dirige al lector a través de estos materiales.

Estos materiales son: textos de leyes, constitucionales u ordinarias, writs, convenios internacionales; índices de las materias de los códigos (francés, español, austríaco, alemán, suizo); documentos judiciales de parte y, sobre todo, opiniones de los jueces y sentencias de los tribunales; cuadros sinópticos de gran ayuda para la memoria; textos relevantes de autores (elegidos por su claridad y eficacia), que en su conjunto sugieren una antología; en varios puntos, una ley seguida por las máximas formuladas por las sentencias que la han interpretado.

A través de este escaparate se destacan algunos gloriosos juristas del pasado, como Muratori, Savigny o Gorla; y se recupera la historia a partir de los writs hasta el Bill of Rights y las opiniones de los protagonistas de la Revolución francesa, además de reseñas de grandes pensadores e intérpretes del derecho especialmente agudos.

Sistemas comparados. ¿Qué sistemas? La elección de los autores ha sido claramente selectiva limitándose al mundo occidental y especialmente a Inglaterra, América, Francia y los Países Germánicos con alguna referencia a Italia y España. No es difícil reconstruir el criterio que ha guiado la elección; los tres grandes modelos que llevan más de dos siglos dominando la escena son el francés, el inglés (después angloamericano) y el alemán. Y el lector de la obra, el estudiante, está esencialmente interesado en estos modelos dominantes. Si los autores distribuyeran su tiempo entre un número más amplio de sistemas, el estudio sería necesariamente más sumario y, por lo tanto, superficial.

Limitarse a los sistemas predominantes ha sido claramente, para los autores, un acto de humildad: un acto costoso. Las especialidades de los autores son o han sido, además de la tradición jurídica occidental, los Países socialistas, el Extremo Oriente, el Este europeo postsocialista. Claramente, la perspectiva de analizar todos los sistemas del mundo no podía dejar de seducir. Pero se ha ajustado al objetivo que se habían prefijado; proporcionar un texto claro, limpio y no demasiado largo dirigido al estudiante que por primera vez se proponga salir de su propio sistema y conocer esos sistemas que no pueden ser ignorados. Los autores han ofrecido al lector un escaparate cons-

truido con sabiduría. ¿Y qué gafas han proporcionado al lector para ver bien este escaparate?

Aquí nos enfrentamos a otro carácter, sumamente positivo, del volumen que reseñamos.

Ya hemos dicho que la obra no se limita a yuxtaponer los sistemas, sino que los compara. Además proporciona al lector instrumentos comparativos nuevos y sofisticados: el análisis de los formantes, la relevación de los criptótipos. Evita, como siempre, el discurso complicado. Con palabras sencillas, la obra expone los hechos, y después aplica, a la vista del lector, el método descrito. Pone el texto de ley al lado del ensayo del autor, subraya las incertidumbres del juez, los argumentos para él más relevantes y los que, por el contrario, merecen ser refutados.

La identidad del libro se puede definir en pocas palabras. Esta obra de alto valor científico ha sido escrita y presentada de forma brillante y sencilla y es capaz de acompañar a un estudiante inexperto en el conocimiento comparado de los datos esenciales de los sistemas jurídicos más notables del mundo actual.

Rodolfo SACCO
Università degli Studi di Torino

AKKERMANS, Bram: *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Ius Commune Europaeum Series, N.º 75, Intersentia, Antwerp – Portland, 2008, 657 pp. ISBN: 978-90-5095-824-0

La obra supone una novedad relevante en la armonización del Derecho privado europeo. En este ámbito, la política de la Comisión Europea se ha centrado desde el año 2003 en lograr un Derecho contractual europeo que presentase un alto grado de coherencia (2003/C 63/01). Desde este prisma, el Derecho contractual se configuraba como la base de un futuro Código Civil Europeo. El resultado final de esta política vio la luz en 2008 bajo el nombre de *Common Frame of Reference*, que excluye expresamente de su aplicación a la propiedad y a los derechos reales sobre bienes inmuebles (*Book I*, art. I: 101), si bien recoge instituciones del derecho de propiedad como el *trust* y los derechos reales de garantía sobre bienes muebles. Estas instituciones han quedado excluidas por el grupo de expertos nombrado por la Comisión Europea que ha seleccionado aquellas materias de este marco que eran relevantes para una posible armonización (*vid.* <http://ec.europa.eu>). Desde otra perspectiva, la doctrina ha centrado su estudio principalmente en el derecho contractual.

En este contexto político y doctrinal puede apreciarse el valor de la presente obra, que centra su estudio en el derecho de propiedad y, en particular, en el principio de *numerus clausus* de los derechos reales, esencial para el entendimiento del derecho de propiedad en cualquier ordenamiento jurídico. Para llevar a cabo esta tarea, el autor deja clara desde un inicio la metodología de su trabajo: el método histórico-comparativista. En otras palabras, no es posible plantearse una futura armonización del derecho de propiedad sin conocer el pasado de esta institución en los diversos Estados miembros. Debido a que un análisis omnicompreensivo conllevaría el estudio de todos los ordenamientos de la Unión Europea, el autor centra su estudio en los más representativos: el francés, el alemán y el holandés como representantes de los sistemas de derecho civil (*civil law*); y el inglés como máximo represen-

tante del sistema anglo-americano (*common law*). Sin embargo, el autor siempre tiene presente el derecho sudafricano, calificado como un sistema mixto a caballo entre ambas tradiciones jurídicas.

La obra se estructura en un total de ocho capítulos, dividida en tres partes claramente diferenciadas:

a) En la primera parte podemos incluir el Capítulo 1.º, que introduce al lector en las cuestiones básicas del derecho de propiedad, como la distinción entre los derechos reales y personales, presente en mayor o menor medida tanto en los ordenamientos del *civil law* como del *common law*, el principio *numerus clausus* y las cuestiones metodológicas y terminológicas de la obra.

b) La segunda parte transcurre de los Capítulos 2.º a 7.º, que constituyen el apartado más histórico de la obra. En el Capítulo 2.º se analiza la evolución del derecho de propiedad desde el Derecho romano, pasando por el *ius commune* y finalizando en la Revolución Francesa. El autor aborda la existencia o no del principio *numerus clausus* en cada una de estas etapas. Los Capítulos 3.º a 6.º analizan el derecho propio de cada ordenamiento citado desde la misma perspectiva: una pequeña introducción histórica, un análisis del derecho de propiedad así como de los derechos que lo limitan o recaen sobre éste, y finalmente la determinación de la vigencia del principio *numerus clausus* en cada uno de ellos con especial énfasis en sus propias peculiaridades (por ejemplo, el rol de la equidad en Derecho inglés o el controvertido carácter real de algunos derechos en algunos casos, como por ejemplo el derecho de retención en el Derecho francés).

c) La tercera y última parte la conforman los Capítulos 7.º y 8.º, que suponen la parte comparativista del trabajo en la que se toma como base la parte histórica anterior. El primero define el alcance del principio *numerus clausus*, su formulación en los ordenamientos objeto de estudio y las teorías formuladas al respecto. El último capítulo propone un modelo de *numerus clausus* a modo de conclusión.

Por lo tanto, la obra destaca fundamentalmente en dos aspectos esenciales:

En primer lugar, no rehúye tratar en ningún momento las cuestiones fundamentales que afectan a una posible armonización del derecho de propiedad en el Derecho privado europeo, siempre bajo una óptica histórica y comparativista. El autor teoriza con buen acierto la separación entre el derecho de propiedad y el derecho de obligaciones, cuestión indispensable para el funcionamiento de un sistema de *numerus clausus*. Sobre estas bases, configura el derecho de propiedad como un *primary* o *mother right* y el resto de derechos reales como *lesser* o *daughter rights*. Consciente de los problemas terminológicos entre el *civil law* y el *common law*, el autor acoge una concepción neutra del derecho primario como aquel que otorga a su titular el mayor haz de facultades sobre una cosa. De esta forma, los posibles *lesser rights* se estructuran en base a él. Por último, establece las condiciones para la creación de un derecho real tomando como base el modelo sudafricano. El autor utiliza el denominado *Access Test*, es decir, un derecho tendrá un carácter real si cumple un triple criterio: uno objetivo (por ejemplo, si la cosa es susceptible de ser objeto de un *lesser right*); uno subjetivo (por ejemplo, si las partes tienen la intención de crear un derecho real y vincular a terceras personas); y, por último, si el derecho en cuestión puede encuadrarse en alguna de las tres categorías de *property rights* preestablecidas (*lesser rights to use, for security* o *anticipatory rights*) o, por el contrario, si es conveniente la creación de

una nueva cuarta categoría. De esta manera, el autor no se posiciona a favor de una versión cerrada del principio *numerus clausus* con un listado inmutable de derechos reales disponibles *ab initio*, sino de un modelo flexible y abierto mediante un control *ex post* de la creación de nuevos derechos reales por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, siempre y cuando se den los condicionantes exigidos en el *Access Test*.

En segundo lugar, la estructura formal de la obra en capítulos y epígrafes es lógica y bien definida, lo que unido a la claridad del redactado permiten la lectura de la obra con total fluidez y sin temor a que lector pierda el hilo de la cuestión objeto de estudio. Al final de la obra se adjunta la extensa bibliografía utilizada sobre esta materia, lo que demuestra que las conclusiones finales del autor vienen precedidas de un profundo análisis previo.

En definitiva, nos encontramos ante una obra de referencia en el ámbito del derecho de propiedad en la Unión Europea y que puede ser un punto de partida interesante para una armonización futura de esta materia.

Héctor SIMÓN MORENO
Universitat Rovira i Virgili

ANGERMANN, Juliane: *Die Verletzung vertragsschlussbezogener Informationspflichten des Europäischen Privatrechts. Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionierung fehlerhafter Informationserteilung nach nationalem Recht*, Nomos, Baden-Baden 2010, 303 pp. ISBN 978-3-8329-5570-0

BÖRGER, Andreas: *Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten. Eine Untersuchung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben und deren Umsetzung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*, Sellier European Law Publishers, München 2010, 230 pp. ISBN 978-3-86653-899-3

1. A lo largo de los últimos veinticinco años, la Unión Europea ha ido imponiendo una multitud de deberes de información al empresario antes de concluir un contrato frente al consumidor o cliente. Sin embargo, las consecuencias de la infracción de tales deberes han sido reguladas, generalmente, de forma escasa y muy parcial. Son muchas las directivas que únicamente establecen la necesidad de que las sanciones sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias». Dentro de esos límites parece que se trata, pues, de un tema que en todo caso corresponde regular a los Estados miembros. Con todo, a pesar de la indefinición del derecho comunitario, no hay que olvidar que, a partir del recurso a la doctrina del «efecto útil», el Tribunal de Justicia ha establecido qué remedios concretos son adecuados en determinados ámbitos.

2. Merecen especial atención, en este contexto, las dos tesis doctorales que ahora se recensionan. Ambos autores se plantean cuál es el papel del Derecho de la Unión Europea en esta materia, esto es, en la configuración de los remedios y consecuencias jurídicas de la infracción de los deberes de información. Ello exige una sistematización de tales deberes en el *acquis communautaire*. Börger se concentra esencialmente en 5 directivas (Dir. 85/577/CEE, sobre negocios fuera de establecimientos comerciales; Dir. 97/7/CE, sobre ventas a distancia; Dir. 2002/65/CE, sobre servicios financieros a distancia; Dir. 90/314/CEE, sobre viajes combinados; y la

(antigua) Dir. 94/47/CE, sobre *Timeshare*). Por el contrario, Angermann también toma en consideración la nueva Directiva sobre *Timeshare* (Dir. 2008/122/CE) y se refiere a muchas otras y, especialmente, la Dir. 2000/31/CE, sobre comercio electrónico; la Dir. 2008/48/CE, sobre crédito al consumo, así como la Dir. 2007/64/CE, sobre servicios de pago. Tanto Angermann como Börger se plantean a continuación cuáles son las exigencias que, en el Derecho primario y en el secundario, permiten configurar un sistema de remedios. Una vez determinado eso, ambos autores proceden a analizar de qué manera se sancionan los deberes de información precontractual en los Estados miembros. Angermann sólo se ocupa del Derecho alemán, mientras que Börger también toma en consideración la comparación con el Derecho francés e inglés. Tanto los Principles of the Existing EC Contract Law (ACQP) como el Draft Common Frame of Reference (DCFR) contemplan concretas sanciones para el caso de infracción de los deberes de información precontractuales (Art. 2:208 ACQP; Art. II.3:109 DCFR), pero ello no recibe mucha atención en ninguno de los dos libros. Lo mismo debe decirse en relación con la proyectada propuesta sobre derechos de los consumidores (COM 2008, 614).

3. Las diferencias entre ambos trabajos se aprecian, sobre todo, en la forma de efectuar la clasificación de los deberes de información precontractuales. Börger toma en consideración un enfoque funcional, esto es, teniendo en cuenta si tales deberes de información responden a un tipo de protección individual (*individualschützende Funktion*) o si más bien de lo que se trata es de procurar la transparencia del mercado interior (*marktordnungsrechtliche Funktion*). Tal distinción es importante porque es la que va a permitir distinguir entre distintas clases de sanciones. En el primer caso, las que corresponden son de carácter civil (e.g. remedios sobre falta conformidad, desistimiento, resolución e indemnización por daños). En el segundo, son más importantes los remedios colectivos (e.g. acciones de cesación), de derecho administrativo y, probablemente, también de derecho penal. Börger establece una clasificación cuatridimensional de los deberes de información: (i) Sobre la identidad del oferente, (ii) sobre la prestación (características del bien o servicio, el precio), (iii) sobre el sistema de reclamaciones y (iv) sobre el derecho de desistimiento. Cada grupo tiene una función distinta: Así, según Börger, la información sobre la identidad del oferente y el sistema de reclamaciones se dirige a la ordenación del mercado, mientras que la información sobre la prestación y el derecho a desistir tienen en consideración principalmente la protección individual del consumidor (cf. los cuadros referidos en pp. 99 y ss). Según esa clasificación, Börger trata separadamente todos esos remedios en el Derecho alemán, inglés y francés.

4. Angermann, por el contrario, parte de otras consideraciones. No concede tanta importancia a la diferencia entre la función de protección individual y colectiva (p. 125) y, por consiguiente, de ello no extrae ulteriores consecuencias. La autora considera, globalmente, que todos los deberes de información tratan de proteger los derechos individuales del consumidor, de forma que las sanciones eficaces en caso de infracción, a parte de las acciones colectivas, exigen en todo caso remedios individuales (p. 170). La autora no particulariza los distintos tipos de información precontractual, sino que analiza las consecuencias de la infracción del deber de proporcionarla y luego se plantea si las mismas aparecen reguladas en el Derecho de la Unión y en el Derecho alemán. Tal manera de proceder tiene una desventaja evidente: porque si, tal y como constatan ambos autores, se parte de la base de que las

directivas comunitarias no establecen, en general, ninguna sanción concreta y, además, es evidente que lo único que exigen es que tales sanciones en los Estados miembros sean efectivas, la conclusión es que la efectividad del sistema de remedios y sanciones nunca podría dar lugar a consecuencias homogéneas o uniformes. Por tanto, es mejor partir de una individualización de cada uno de los deberes de información y luego analizar cuáles son, en concreto, los remedios o sanciones que prevén los ordenamientos jurídicos nacionales, tal y como de forma ejemplar hace Börger, porque dado que éstos pueden ser de distinta naturaleza (individuales, colectivos, o de derecho público), sólo su análisis conjunto permite averiguar si la infracción del deber de información recibe una respuesta adecuada, según las previsiones establecidas en las directivas.

5. Ambos autores concluyen que del Derecho de la Unión europea no pueden deducirse más que algunas sanciones concretas. En el Derecho secundario, por ejemplo, la prórroga del derecho de desistimiento, si se omite determinada información contractual; o los remedios sobre falta de conformidad, si la que se proporciona es falsa. También la Directiva sobre acciones de cesación permite a las asociaciones de consumidores entablar una demanda en cualquiera de esos dos casos. Pero no van más allá. En particular, tanto Angermann como Börger rechazan la posibilidad de reclamar indemnización por infracción del derecho primario y omiten cualquier referencia a la jurisprudencia del TJCE, que no sólo la ha reconocido en litigios en los que se ventilaban cuestiones de derecho público (asunto C-6/90 & C-9/90 – *Franco-vich*, responsabilidad del Estado), sino también cuando el litigio versaba sobre cuestiones de Derecho privado (asunto C-453/99 – *Courage*, infracción del Derecho europeo de la competencia). Sobre la base de esta jurisprudencia, la doctrina ha llegado a plantearse si no podría deducirse directamente del Derecho de la Unión europea un «European Breach of Statutory Duty» (Gerrit Betlem, «Torts, A European *ius commune* and the Private Enforcement of Community Law», *Cambridge Law Journal*, 2005, 64, 126-148) o una «responsabilidad horizontal» (Norbert Reich, «Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights», *CMLRev.*, 2007, 705-742).

6. A partir del análisis del sistema nacional de sanciones, Angermann llega a la conclusión de que las previstas en el Derecho alemán cumplen con los requisitos mínimos establecidos en el Derecho de la Unión europea y, por tanto, que son «efectivas, proporcionales y disuasorias». Eso mismo concluye Börger, a pesar de constatar que son distintos los remedios previstos en los tres ordenamientos analizados: en Alemania, junto a las sanciones civiles, existen las acciones colectivas de las asociaciones de consumidores y competidores en el mercado; en Francia, por el contrario, además de las acciones colectivas, se recurre con frecuencia a la nulidad del contrato y, adicionalmente, se prevén sanciones penales y administrativas. En Gran Bretaña, son generalmente los funcionarios públicos los que se encargan de vigilar el cumplimiento de las disposiciones, esto es, las sanciones son administrativas.

7. Ningún autor analiza con mucho detalle si es deseable, posible y admisible desde el punto de vista competencial, una armonización europea en esta materia. Angermann opina que una regulación completa, por parte de la Unión europea, de los remedios aplicables, constituiría una invasión de la competencia de los Estados miembros y además entiende que un sistema unitario de sanciones no contribuiría mucho a la consecución del mercado interior. Tampoco Börger ve necesidad alguna de armonización y más bien se

muestra escéptico ante la propuesta de acción colectiva en las reclamaciones de consumo (cf. COM 2008, 794). Hubiera sido deseable profundizar en el debate de todas esas cuestiones. Ello no obstante, ambos libros ofrecen un buen estado de la cuestión sobre el sistema de remedios en los casos ya vistos y constituyen herramientas de trabajo imprescindible para el lector que quiera profundizar en estos temas.

Martin EBERS
Humboldt Universität zu Berlin

GHIDINI, Gustavo: «Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law», Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2010, 279 pp. ISBN 978 1 84720 970 2

No estamos ante una clásica monografía que trate sobre uno o varios aspectos relacionados con los derechos de Propiedad Intelectual, sino ante un análisis global de la relación de patentes, marcas y derechos de autor, por un lado, con las normativas sobre competencia y derechos de los consumidores por el otro. El Prof. Ghidini no se limita a analizar la relación entre las citadas figuras jurídicas sino, sobre todo, a plasmar sugestivas ideas de cómo deben relacionarse todas ellas a fin de promover una innovación intelectual que beneficie al mercado y también a los consumidores. En ese sentido, en el libro, partiendo de los principios básicos del derecho de propiedad intelectual, se analiza la efectiva capacidad del sistema de propiedad intelectual de evolucionar juntamente con el contexto contemporáneo económico y tecnológico, para asegurar un balance satisfactorio por los diversos intereses y valores involucrados. Estos intereses y valores hacen referencia a un dinámico y pro-competitivo aumento de la innovación, diseminación y libertad de la ciencia, cultura e información, así como también la libertad de elección de los consumidores.

El libro está dividido en cuatro grandes apartados: patentes, derechos de autor, marcas; y Propiedad Intelectual y regulación de la competencia; todo ello precedido de una más que interesante introducción (de recomendable lectura) en que se analizan las características básicas y la estructura constitucional de la Propiedad Intelectual.

En su estudio introductorio el Prof. Ghidini, en primer lugar, destaca la idea de la empresa («*the firm*») como el centro de referencia en el derecho de propiedad intelectual, afirmando que el común denominador en la estructura de los derechos de propiedad intelectual es su orientación en el papel y los intereses de las empresas por encima de los particulares (autores e inventores) bajo el manto del principio constitucional de libertad de empresa. Destaca el autor varios ejemplos de ello: el principio de no patentabilidad de invenciones que no pueden aplicarse en aplicaciones industriales directas; el otorgar a las empresas los derechos de explotación económica de las invenciones de sus empleados y, las imposiciones de licencias no voluntarias o la revocación de derechos de patentes. Por otro lado, la explotación de los derechos de propiedad intelectual abarca también otros sectores diferentes a las empresas, impactando en los intereses de competidores, consumidores, investigadores y proveedores y usuarios de información. Destaca el Prof. Ghidini que al tener también el derecho de estas otras personas rango constitucional, el sistema legal debe armonizar los intereses de la empresa con el de

estos colectivos, recordando que la historia moderna del derecho de propiedad intelectual se caracteriza por intentar armonizar estos diferentes intereses. Uno de los ejemplos lo tenemos en el binomio propiedad intelectual y derecho de la competencia.

En lo que se refiere al campo del derecho de patentes, destaca el autor que las reformas deberían ir encaminadas hacia la consecución de un satisfactorio balance dinámico entre la necesidad de proteger las innovaciones existentes y la necesidad de estimular las subsecuentes innovaciones. Según el Prof. Ghidini, este equilibrio se ve amenazado por la adopción de diferentes medidas sobre proteccionistas, como las que otorgan a las reclamaciones sobre propiedad prioridad sobre las investigaciones básicas. También según el autor, a largo plazo, estas medidas sobre proteccionistas lo que producirán es un freno en la innovación, sobre todo teniendo en cuenta los escenarios oligopolistas en que se mueve la innovación industrial contemporánea.

El autor está de acuerdo en restringir el exclusivo poder asociado a la patente cuando el uso de ese poder puede ser un cuello de botella para la dinámica de la innovación y de la competitividad. En este sentido el Prof. Ghidini se muestra partidario de: la obligatoriedad de dar licencias forzosas sujetas a una compensación a favor del titular de la patente; de la abolición de la patentabilidad de los modelos de utilidad y de reducir el ámbito de exclusividad de la patente.

Por último, en lo que concierne al derecho de patentes, el autor realiza una sugerente reflexión bajo el título: *Should winner take all?* En el mismo se analiza el sistema actual en virtud del cual el que primero que inscribe una patente es quien se lleva todos los beneficios, lo que puede ser desincentivador. Según su punto de vista debería haber lo que él califica como «*medalla de plata*» en los casos siguientes: 1) si la ha descubierto dentro de un periodo razonable, por ejemplo menos de un año, desde que el otro la ha inscrito, 2) o antes que la otra parte pueda demostrar que su invención era anterior y 3) demuestre que ha realizado inversiones cuantiosas. La recompensa para este segundo o tercer premio, podría ser, por ejemplo, tener más limitados los derechos exclusivos.

En el bloque dedicado a los derechos de autor, en primer lugar se efectúa una comparativa entre derechos de autor y patentes, poniendo de relieve que el derecho de autor tiene un ámbito de protección más extenso que las patentes, en concreto: una duración mucho más larga y unos derechos morales mucho más profundos, todo esto asegura que la inversión en investigación en los derechos de autor tenga un retorno más amplio que en patentes. En ese sentido se resalta en el libro el hecho que los derechos de autor tradicionalmente han expresado una sensibilidad competitiva mucho más baja que el derecho de patentes, que se convierte descaradamente proteccionista cuando los derechos de autor se utilizan para proteger aspectos como el «software».

Sin perjuicio de lo anterior, esta crítica no la vierte el Prof. Ghidini respecto a los derechos de autor que representen auténticas creaciones estéticas o intelectuales destacando el hecho que al estar abiertos a variaciones ilimitadas, el coste social de este monopolio es igual a cero, por lo que los auténticas creaciones estéticas o intelectuales no afectan negativamente a la competencia entre los titulares de los derechos de autor, por lo que no es necesario asegurar una regulación justa de la competencia en su distribución y producción.

Por último se realiza una fuerte crítica a la expansión de los derechos de autor para proteger las investigaciones en innovación, ya que supone un fuer-

te privilegio de protección en una escala internacional de los intereses de los actuales líderes en tecnología, a fin de crear y mantener por el mayor tiempo posible situaciones que imposibilitan o dificultan la potencial o actual competencia.

En el apartado dedicado a las marcas, se efectúa una crítica de la reforma introducida en su día por la Directiva del Consejo 89/104/ de 21 de diciembre de 1988, de armonización de las leyes de los Estados Miembros en materia de marcas, (actualmente en versión codificada como Directiva 2008/95 EC) y la norma del Consejo n.º 40/94, de la marca Comunitaria. (Actualmente en versión codificada como norma 207/2009).

En ese sentido, se considera que la reforma de referencia se ha centrado, casi exclusivamente, en la protección de la función publicitaria de lo signos, más que en su función distintiva, beneficiando económicamente a los propietarios y licenciarios. Asimismo, como resultado de la reforma, el mero valor comercial, usualmente incrementado y creado por los anuncios, tiene la misma protección que las expresiones de la creación humana.

El autor resalta, tomando las palabras del Prof. Adriano Vanzetti (*Funzione e natura giuridica del marchio*, en Riv. Dir. Comm., 1961, I, 16) que, antes de la reforma, la relación entre la firma y la marca fortalecía la continuidad de la empresa identificada con el signo. En la actualidad, la función original se ha reducido a un acto de certificación que el producto se origina de una empresa que según ley es propietaria del signo. Todo lo anterior determina que la reforma tiene aspectos proteccionistas que neutralizan los aspectos pro-competitivos que introduce. Hace necesario además el acudir a otras herramientas legales para asegurarse que la aplicación del derecho de marcas toma en cuenta otros intereses diferentes a los de los propietarios de las marcas, en concreto, aquellos que están en el ámbito de protección de los consumidores y de la competencia.

Para finalizar, el Prof. Ghidini dedica el último apartado de su monografía, como modo de conclusión, a la relación entre la regulación de la propiedad intelectual y de la competencia, destacando la única posibilidad de crear una doctrina que esté al servicio del mercado libre ha de pasar, necesariamente, por conjugar los valores pro-competitivos contenidos en el principio constitucional de libertad de empresa, con otros valores u objetivos sociales con rango constitucional.

Como antes se ha señalado, no estamos ante una clásica monografía, sino ante un tratado riguroso que contiene, con carácter general, una serie de reflexiones y sugerencias sobre las relaciones entre patentes, marcas y derechos de autor, con los principios de libre competencia y derechos de los consumidores.

Javier POU DE AVILÉS SANS
Universitat Autònoma de Barcelona

NERGELIUS, Joakim: *The Constitutional Dilemma of the European Union*, The Hogendorp Papers 8, Europa Law Publishers, Groningen, 2009, 125 pp. ISBN 9789089520623

La excelente monografía de J. Nergelius analiza los trabajos de algunos de los principales teóricos sobre el Derecho de la Unión – Habermas, Weiler, Scharpf y Majone – para esclarecer cómo abordan o si aportan respuestas a

los principales y más urgentes retos del constitucionalismo de la UE. El autor argumenta que, a menudo, las aproximaciones a la Unión son tremendamente críticas sin buscar soluciones a los problemas o las deficiencias que se identifican en el proceso. Frente a ello, este trabajo plantea una aproximación a la UE que parte de su especificidad, procurando aplicar categorías que le sean propias. Esta delimitación del objeto y método resulta, sin duda, sugerente y convierte esta obra en una lectura de particular interés, aunque el autor no sea en todo momento constante en este novedoso enfoque.

El estudio no pretende establecer cuál es o cómo debe ser la Constitución europea. Lo que preocupa al autor es que los avances en la integración política se acompañen de un creciente desapego de los europeos respecto a la UE. En este contexto, se produce lo que Nergelius denomina el dilema constitucional de la UE: para reforzar su legitimidad democrática y permitir nuevas ampliaciones, la UE precisa de una reforma en profundidad de sus instituciones, pero esto es precisamente lo que no parecen querer la mayoría de ciudadanos europeos ni tampoco los líderes políticos de los Estados miembros.

En este contexto, frente a los críticos con el proceso de integración europea, el autor cuestiona el axioma de que la pérdida de soberanía en un nivel de gobierno conlleva forzosamente su asunción por otro. De forma gráfica, se pregunta si la soberanía es como la propiedad que puede traspasarse, o como la virginidad, cuya pérdida no conlleva transferencia a otro, sugiriendo que el objetivo puede ser precisamente la dispersión del poder en los Estados, la UE e incluso otros actores. En este sentido, el principio de subsidiariedad y el concepto de la *multilevel governance* se presentan como estructurales del constitucionalismo de la Unión. Ambos son más acordes con su naturaleza que categorías propias del constitucionalismo estatal, como el imperio de la ley o la democracia que, sólo de manera específica, se encuentran también en la UE.

Antes de identificar las características que deberían ser propias del constitucionalismo de la UE, el autor analiza el Tratado de Lisboa destacando las modificaciones que se introducen en relación con el reparto de competencias, el papel de los Parlamentos nacionales, la reforma institucional o la mayoría cualificada. A la vez, se lamenta de la confusión entre las funciones del Presidente y del Alto Representante de la Política Exterior de la UE y de la expansión de la cooperación reforzada que abunda en la división, si bien minimiza su importancia por la poca trascendencia que esta vía ha tenido en la práctica hasta la fecha. También generan dudas los cambios del Tratado de Lisboa en relación con el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, sobre la codificación del principio de primacía o la exclusión de los artículos que forman la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Los últimos capítulos de la monografía se centran en delimitar esquemas de análisis que sean propios de la UE. El capítulo 4 se centra en analizar y rebatir a aquellos autores del constitucionalismo europeo más o menos críticos con la UE porque, según destaca el autor, intentan analizarla desde presupuestos que se corresponden con el análisis del Estado y no de una estructura de naturaleza diferente. La Unión está a caballo entre una Organización internacional supranacional y una entidad federal constitucionalmente indefinida. El autor está a favor de progresar en el proceso de integración europea, pero para ello buscando y recuperando su propia esencia. A ello dedica el autor el último capítulo en el que propone un referéndum paneuropeo para reformar el Tratado. El objetivo no debe ser, según nos recuerda Nergelius, el de crear un nuevo supraestado europeo. Hay que recuperar los valores tradicionales

del proceso de integración, como el supranacionalismo que ha permitido ir evolucionando en el respeto de la diversidad.

En conclusión, lo importante no es preocuparse por el mayor o menor apoyo que tenga la UE entre la población. Ese es un debate en gran medida estéril. El profesor J. Nergelius apuesta por seguir avanzando en el respeto de sus esquemas clásicos que, ya en el pasado, atrajeron el interés y apoyo de los pueblos de Europa. La preocupación debe ser garantizar el buen funcionamiento de las instituciones. Convenimos con el autor en que si éstas son eficaces y legítimas es probable que ello derive en un mayor consenso y soporte popular.

Laura HUICI SANCHO
Universitat de Barcelona

SAMUEL, Geoffrey: *Law of Obligations, Cheltenham (UK) - Northampton (MA, USA), Edward Elgar Publishing, 2010, 358 pp. ISBN 978-1-84844-764-6**

Este libro que presenta Geoffrey Samuel¹ aborda, desde un punto de vista comparado, las cuestiones centrales tradicionalmente contenidas en el Derecho de obligaciones continental (contratos, responsabilidad extracontractual y cuasicontratos/enriquecimiento injusto). El libro es de muy fácil lectura y de suave progresión. Sin embargo, y conviene advertirlo desde el principio, la conclusión que finalmente alcanza el autor es la de que el Derecho de obligaciones –entendido esta vez no sólo como conjunto de problemas, sino también como conjunto de soluciones con un enfoque metodológico propio– no es de mucha utilidad para el sistema británico.

El índice del libro muestra una estructura útil y clara. Tras un capítulo con reflexiones generales, siguen tres capítulos dedicados a presentar una pequeña introducción sobre el Derecho de obligaciones continental y una introducción del *common law* británico en esta materia. Tras esos primeros capítulos introductorios, hay otros cuatro dedicados al contrato (caps. 5 a 8), otros siete dedicados a la responsabilidad extracontractual (caps. 9 a 15), uno dedicado al enriquecimiento injusto (cap. 16, *restitution*) y un colofón dedicado a la unificación o armonización internacional de esta materia (cap. 17).

1. Los capítulos dedicados a introducir al lector en el Derecho de obligaciones continental, con amplio manejo de principios de Derecho romano, resumen de forma eficaz una cantidad considerable de información y ofrecen un claro ejemplo de que el conocimiento del Derecho comparado ayuda a

* Algunos de los comentarios y sugerencias que se realizan en esta recensión tienen su origen en una estancia en la Universidad de Cambridge que fue posible gracias a la REDPEC (Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado) y a la financiación del proyecto FFI2008-00647 «Los PETL: más allá del llamado Marco Común de Referencia. Hacia una nueva etapa en el proceso de aproximación del Derecho de la responsabilidad civil en Europa», del que el profesor M. Martín Casals es Investigador Principal.

¹ Geoffrey Samuel es profesor en la Universidad de Kent (Reino Unido), especializado en Derecho comparado y mantiene una línea de investigación abierta en cuestiones de metodología. Además de multitud de artículos doctrinales, es autor de conocidos manuales de Derecho de los contratos (*Contract Law: Cases and Materials*, Londres: Sweet and Maxwell, 2008), y de la responsabilidad civil (*Tort: Cases and Materials*, 2.ª ed. Londres: Sweet and Maxwell, 2008) y, junto a P. Legrand, de una introducción al *common law* (G. SAMUEL y P. LEGRAND, *Introduction au common law*, 2008).

mejorar la forma de explicar el propio Derecho. Sin embargo, hay que reconocer que, en ocasiones, el lector continental puede encontrar algo extraña la imagen que se da del *civil law*. Esta sensación, que recuerda a la de oír la propia voz grabada en un reproductor, quizá se deba a que el libro pone demasiado énfasis en el Derecho francés más tradicional.

El capítulo que el libro dedica a introducir el *common law* es también muy resumido e interesante. Sin recoger aquí las cuestiones polémicas planteadas por Samuel en las fronteras de las clasificaciones jurídicas que resume, sí merece la pena destacar su advertencia sobre dos cuestiones generales que suponen algunos problemas para entender y compararse con el *common law*: en primer lugar, el distinto criterio usado para clasificar las acciones en *reales* y *personales* y, en segundo lugar, la distinta manera de subdividir las acciones personales. Para todo ello, el libro arranca de la idea de que el Derecho inglés es un Derecho de acciones (*debt, detinue, trespass, account*, etc.) y que cada una de ellas trataba históricamente de resolver problemas concretos que se planteaban en la sociedad en aquellos momentos. Esas acciones iban luego deformándose y cambiando por su aplicación práctica ante los tribunales y por el uso de la analogía, hasta llegar a la actualidad y tras las profundas reformas procesales que tuvieron lugar a partir del S. XIX (abolición de las *forms of action*, unificación de los tribunales de *common law* y *equity*, etc.). Esas acciones se clasificaban en acciones *reales* (para reclamar tierras, inmuebles y patrimonios hereditarios) y acciones *personales* (básicamente para reclamar bienes muebles, deudas e indemnizaciones), empleando para ello un criterio que, como se ve, es distinto al que basa nuestro distinción entre derechos reales y personales. El libro explica que históricamente esas acciones reales del *common law* fueron cayendo en decadencia por su excesiva complejidad formal y técnica, entre otros motivos, de modo que los remedios actualmente existentes se han ido desarrollando principalmente en el campo de las llamadas acciones personales. Estas acciones personales, que se vertían en los *writs*, se clasificaban fundamentalmente en *trespass* y *debt*. La primera de estas figuras daba lugar a la indemnización (*damages*) de los daños causados, mientras que la segunda consistía en la reclamación de una cantidad de dinero basada en un derecho. A lo largo del S. XIX y por influencia continental (Grotius, Puffendorf, Domat y Pothier son aquí también los nombres fundamentales), la clasificación romana de contrato y de responsabilidad extracontractual se superpone sobre estas categorías anglosajonas sin que haya una correspondencia total entre ellas, como también se ve claramente.

2. La parte que el libro dedica al contrato (caps. 5 a 8) se inicia con una serie de cuestiones generales que luego son desarrolladas en los sucesivos capítulos. Samuel destaca la existencia de una diferencia en el punto de partida que, pese a que ser pequeña, da lugar a diferencias notables en el enfoque del mundo de los contratos. El autor contrapone así la visión del *common law*, que hace más hincapié en la idea del contrato como una promesa o conjunto de promesas que el Derecho hará cumplir², y la visión del Derecho civil, que más bien lo define como voluntad común creadora de obligaciones, haciendo hincapié en la idea de que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes. Esta observación hace decir a Samuel que en el primero el contrato no es más que la suma de sus componentes (promesas), mientras que en el segundo se ve el

² Samuel recoge la clásica definición del contrato que ofrece Pollock, «a promise or set of promises that the law will enforce».

contrato como vínculo jurídico (*vinculum iuris*), es decir, como algo más que la suma de sus partes. Esto tiene reflejo en la manera de abordar el Derecho de los contratos, más concreto y conflictivo en el *common law* y más abstracto, general y sistemático en el Derecho continental.

Aunque es difícil resumir la apretada síntesis que realiza Samuel, algunas de las cuestiones principales en que se refleja ese distinto punto de partida son:

a) Como el contrato es ley entre las partes, el punto de vista del intérprete de un contrato continental se parece al del operador que está interpretando un texto legal. Uno y otro tienen ante sí la tarea de tratar de averiguar la voluntad real del autor, sea éste el legislador o sean las partes de un contrato [esta visión, que está clara en nuestro art. 1281.II CC, está también en el art. 5.101 (1) PECL]. Se podría objetar que esta observación refleja una visión del Derecho continental que probablemente está superada en la doctrina actual³; sin embargo, igualmente señala un distinto enfoque que marca diferencias entre los sistemas en examen⁴. La cita del Lord Bridge que propone Samuel para ilustrar este diferente enfoque es jugosa⁵: «Al interpretar esas cláusulas (del contrato), el ideal al que los tribunales deben tender, es a producir un resultado tal que en cualquier situación dada las partes que vayan a pedir asesoramiento jurídico sobre sus derechos y obligaciones puedan esperar la misma clara y segura respuesta de sus respectivos asesores, de manera que ninguna de esas partes se vea tentada a embarcarse en un costoso y largo litigio movidas por la creencia de que su victoria depende de ganar la compasión del tribunal». Ante esto, averiguar la voluntad real de las partes queda en un plano secundario.

b) Explica también el autor que la visión del contrato propia del *common law* es tendencialmente más objetiva que la del Derecho continental, en la medida en que la promesa es más formal que el consentimiento. Esto tiene su reflejo en la visión sobre los obstáculos precontractuales a la formación correcta del contrato. En nuestros sistemas, estas cuestiones se abordan tradicionalmente desde el punto de vista de los vicios del consentimiento, mientras que en el *common law* el énfasis no se pone en la existencia de una voluntad defectuosamente formada, sino en la conducta del que realiza una declaración de voluntad errónea o fraudulenta a la hora de realizar el contrato. Esto queda claro cuando Samuel explica, citando a Lord Goff, que en el Derecho inglés no existe un principio general de que el fraude (*fraud*) vicia el consentimiento, sino que su efecto es dar a la parte inocente el derecho a disolver el contrato. De nuevo, se aprecia aquí el enfoque muy concreto típico del *common law*, mucho menos abstracto que el de nuestro Derecho civil.

c) Samuel señala que la pérdida de protagonismo de la promesa en el vínculo obligatorio que une a las partes en la visión continental del contrato dificulta apreciar la distinción entre obligación y responsabilidad. Esta idea, que ha sido recientemente retomada con fruto en nuestra doctrina, lleva también a la idea de ver el contrato como remedio, es decir, como cuestión cuyas

³ Al menos en la doctrina española (L. Díez-Picazo, por ej.) está clara la crítica al llamado dogma de la voluntad.

⁴ En J. CARTWRIGHT, *Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the Civil Lawyer*, Oxford 2007, se pueden encontrar unas observaciones muy interesantes sobre la manera de colocarse el operador británico ante la interpretación de la ley.

⁵ En *The Chikuma* [1981] 1 WLR 314.

principales rasgos se dejan ver en el momento en que se desata un conflicto entre las partes o, como dice Samuel, un punto de vista litigioso.

d) Es muy frecuente observar entre los comparatistas el muy limitado papel que juega la idea de la buena fe en el Derecho anglosajón, frente al más amplio papel que juega en los sistemas de *civil law* (art. 7 CC, art 4.110 PECL).

En el ordenamiento inglés no hay una obligación de mirar por los intereses de la otra parte, sino que, al contrario, el *common law* adopta el punto de vista mucho más realista de que cada cual mira y ha de mirar por su propio interés. Esta idea de que cada parte de un contrato tiene el derecho de aprovecharse de la otra es destacada una y otra vez en el libro de Samuel, por ejemplo cuando habla de la responsabilidad por ruptura de tratos preliminares. También se deja ver con claridad cuando dice que su sistema es completamente ajeno a la idea francesa de un supuesto *solidarisme contractuel* que obligaría a las partes a mirar por el interés ajeno⁶.

Excepcionalmente, pueden derivarse de la figura anglosajona del *Estoppel* algunos resultados similares a los que se obtienen en el continente a través de la idea de la buena fe⁷.

Señala Samuel que últimamente la idea de buena fe ha entrado en el sistema británico a través de la implementación de Directivas europeas, en concreto, a través de la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*.

e) Es muy conocida la presencia de la llamada *consideration* entre los requisitos del contrato en el *common law*. Como explica Samuel, este requisito se puede resumir en la idea de que, para que un contrato sea vinculante, cada parte debe de obtener a través de él una ganancia (*benefit*) y experimentar una correspondiente pérdida (*detriment*). Es muy conocida la idea de que el requisito de la *consideration*, que para muchos es un requisito que presenta algunas similitudes con nuestra idea de causa del contrato⁸, hace más rígido el Derecho inglés de los contratos y lleva en ocasiones a que se tenga que recurrir a otras ramas del ordenamiento (por ejemplo, a la responsabilidad extracontractual).

La exigencia de que cada acuerdo esté soportado por un intercambio, da lugar a una gran rigidez en la manera de encauzar las renegociaciones del contrato. Esto se debe a que el cumplimiento de una obligación preexistente no se considera que pueda ser el coste que justifique la ganancia que obtiene una de las partes en esa renegociación⁹. En realidad, como pone bien de manifiesto Samuel, también se percibe aquí lo distinto que es el contrato visto como una relación obligatoria del contrato como conjunto de promesas: mientras que la relación obligatoria puede ser *reformada* por un acuerdo posterior, la renegociación de las promesas supone que no son modificadas sino *sustituidas* por una promesa posterior que, a su vez, ha de ser soportada por una *consideration*¹⁰. En este terreno, sin embargo, en el libro brilla por su ausencia el enfoque del *common law* estadounidense, que tiene soluciones más flexibles sobre esta cuestión, obtenidas, precisamente, a través de superar el enfoque basado en el requisito de la *consideration*.

⁶ En p. 87, con cita de TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE (2002).

⁷ Por ej. p. 113.

⁸ G. ALPA, *Causa e consideration*, Milán 1984, es un ejemplo clásico.

⁹ He estudiado esta cuestión de la llamada *regla del deber preexistente* en P. DEL OLMO, *La amenaza de incumplir un contrato como vicio de la voluntad*, Madrid, 2003.

¹⁰ Samuel repite en la p. 150 el mismo análisis, pero estudiando los casos que en español llamaríamos de mutuo disenso como forma de extinción de la obligación.

La inexistencia de los llamados *contratos en beneficio de tercero* era otra de las características más conocidas del Derecho inglés. Esta característica también tiene su base en el requisito de la *consideration*. El profesor Samuel lo explica diciendo que el problema ahora es que no coincide la víctima del incumplimiento contractual con la parte que sufrió la pérdida correspondiente a la ganancia que se trata de reclamar. Se ve así muy clara la relación entre esta idea de la *consideration* y la idea de la relatividad de los contratos (*privity*). En la actualidad, esta materia se ha visto afectada por la *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, que permite a un tercero que no es parte en el contrato exigir el cumplimiento del contrato en dos situaciones: primero, cuando el contrato lo prevé expresamente y, segundo, cuando alguna de las cláusulas del contrato se propone conferirle alguna ganancia.

Aunque es una observación probablemente de tono menor, la idea de *consideration* también supone la inexistencia en Inglaterra de contratos gratuitos. En el contrato bilateral inglés cada promesa sirve de apoyo a la de la otra parte. En el contrato unilateral inglés, la promesa del obligado se sustenta en la actuación de la otra parte. Como se puede apreciar, esto también tiene interés desde el punto de vista de lo que en nuestro sistema se plantea como la cuestión de la promesa unilateral como fuente de las obligaciones.

3. Los capítulos 9 a 15 se dedican a las obligaciones derivadas de un daño extracontractual. El espacio que se dedica a esta materia, casi inversa a la distribución del espacio en nuestros Códigos y manuales, pone de manifiesto su importancia relativa en el *common law*, explicable por razones históricas¹¹.

Como era de esperar, el capítulo 9 se inicia con una distinción esquemática entre los ordenamientos continentales, con la subdistinción pertinente entre el sistema de cláusula general de lista abierta típicamente francesa y el sistema alemán de derechos protegidos, y el *common law*, caracterizado por la exigencia de que el demandante establezca una *cause of action* específica (*negligence, nuisance, defamation, etc.*) para tener éxito. Después, a la vez que se aprovecha para ir presentando algunas nociones básicas, se intenta una definición de la idea de *Tort* con una (a) aproximación histórica, que se caracteriza por una visión realista y por el reconocimiento del carácter poco sistemático de estas figuras; (b) una visión axiológica, que presenta este Derecho como conjunto de principios y reglas éticos que realizan una regla de responsabilidad personal; (c) sigue una visión funcional que acentúa un papel regulatorio de la responsabilidad civil en el que predomina el designio de dirigir las conductas; (d) se repasan luego algunas características del remedio indemnizatorio que puede proporcionar básicamente esta rama del Derecho (la acción negatoria –*injunctio*– es un remedio que pertenece a la *equity* y que se afirma de manera mucho más limitada en el sistema británico); y (e) se señala el carácter filosófico de las últimas aportaciones sobre este Derecho de daños que últimamente tienen su origen en los EE. UU. La conclusión de este recorrido es que el *common law* no se ha ceñido a un solo fundamento teórico para el Derecho de la responsabilidad extracontractual, sino que sólo esa visión fragmentaria puede describirlo de forma realista. Esto se puede formular, de manera apologética y quizá algo humorística en la frase de P. Weir según la cual, el Derecho de la responsabilidad extracontractual es lo

¹¹ Sobre esto, lo mejor es D.J. IBBETSON, *An Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, 2006.

que se encuentra en los libros de *torts* y que lo único que mantiene unidos a esos *torts* es la encuadernación del libro.

El capítulo 10, tras presentar los elementos de la acción de responsabilidad extracontractual francesa (culpa, daño, nexo causal), se dedica al estudio de los llamados *intentional torts* y de algunas otras figuras que pueden ser relevantes en caso de daño intencional: abuso de procedimiento civil o penal (*Abuse of civil and criminal process*), desviación de poder (*Abuse of public office*), infracción de deber legal (*Breach of statutory duty*), conspiración (*conspiracy*), etc. El lector español de este capítulo sacará inevitablemente una impresión algo caótica de esta exposición y probablemente recordará nuestra idea tradicional de que los daños dolosos son, en nuestro sistema, constitutivos de delito.

El capítulo 11 está dedicado a los daños no intencionales y, ahora sí, el civilista se vuelve a encontrar en terreno conocido. Se hace buena la afirmación del autor de que, de la misma manera en que no hay un principio general que rija la responsabilidad por daños intencionados, las cosas son distintas cuando se habla de responsabilidad por daños causados por una conducta imprudente. La afirmación de esa responsabilidad por daños no intencionales a partir de 1932 ha supuesto un cambio muy intenso en el *tort law* británico, por el cambio de perspectiva.¹² Desde el punto de vista español, es destacable la idea de que esa generalización del *tort of negligence* ha dado lugar en Inglaterra a la creación de instrumentos técnicos específicos para controlar la amenaza de afirmar una responsabilidad potencialmente ilimitada. Ésa es la amenaza que siempre está latente en un sistema de cláusula general como el español y, por ello, el Derecho anglosajón de daños puede ser tan útil para nuestro propio sistema de responsabilidad extracontractual. Desde el punto de vista de la capacidad expansiva del *tort of negligence*, el libro repasa algunos de los temas que pueden dar lugar a ese problema con más intensidad: los daños puramente patrimoniales (*pure economic loss*), los daños emocionales (*nervous shock*), la responsabilidad por omisiones y, curiosamente, la responsabilidad de las administraciones públicas por defectos en la supervisión o control de la conducta de otros. Desde este punto de vista, es destacable la visión diametralmente opuesta entre la visión que el autor atribuye a los juristas franceses, y que nosotros podríamos extender a nuestros propios administrativistas, y la visión del *common law* respecto a lo que resulta ser el interés de la comunidad. Mientras que los primeros mantienen la conocida idea de que los particulares no tienen por qué soportar los daños causados por el Estado cuando actúa en beneficio de la comunidad, los segundos más bien tienden a pensar en que la imposición de responsabilidad sobre el Estado puede llegar a comprometer la prestación de servicios por parte de éste.¹³

El capítulo 12 se dedica a responsabilidad por las cosas y el capítulo 13 se dedica a la responsabilidad por la conducta de otros. Como se ve, el libro

¹² La sentencia que siempre se cita como origen del papel moderno del *tort of negligence* es el célebre caso *Donoghue v. Stevenson* (1932) AC 562.

¹³ Lo que se ha llamado daños quasi-expropiatorios son probablemente una buena manera de ver esta cuestión en su conjunto. Sobre esto, F. Pantaleón, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)», en J. A. MORENO MARTÍNEZ (ed.) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, 2000, donde también se encuentra una visión más atenta a los intereses de la Administración. Sobre esto, también F. PANTALEÓN, «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *DA*, n.º 237-238, enero-junio 1994, 237 y ss.

sigue aquí el esquema normativo del Código Civil francés que también está presente en nuestro propio Código (arts. 1904 a 1910 CC). El capítulo 12, además, trata de seguir el sistema francés también en lo relativo a la ampliación de la interpretación del artículo 1834 del *Code Napoléon* que dio lugar a la conocida objetivación de la responsabilidad *por hechos de las cosas*¹⁴. El resultado resulta algo extraño porque la solución francesa probablemente está empezando a cambiar, con lo que quizá pueda haber movimientos en el punto de referencia comparativo que se ha elegido¹⁵.

Al traer a colación ese artículo 1834 del *Code*, la intención del autor es doble: por un lado, lo aprovecha para afirmar, por contraste, la inexistencia en el *common law* de un principio general de responsabilidad objetiva similar al que se localiza en ese precepto francés a lo largo del S. XX y, por otro lado, lo aprovecha para reparar los casos en que esa responsabilidad objetiva sí está prevista. Se estudia así, en relación con la responsabilidad por los bienes muebles, la responsabilidad por productos defectuosos, la responsabilidad por bienes (muebles) de equipo (*Defective Equipment Act*, 1969), la responsabilidad por animales, la responsabilidad por daños causados por la navegación aérea (*Civil Aviation Act* 1982) y se aprovecha para recordar que en el Reino Unido no se impone responsabilidad objetiva por los daños causados por accidentes de tráfico de vehículos a motor. Para el comparatista, es llamativa la aparición de legislación especial en algunos de estos terrenos, que contrasta con la visión general francesa de afirmación jurisprudencial de responsabilidad por las cosas y que recuerda la opinión expresada en España por el profesor Díez-Picazo de que los jueces deben dejar en manos del legislador la decisión de en qué áreas se debe introducir una responsabilidad objetiva.

Desde el punto de vista de la responsabilidad por bienes inmuebles, Samuel destaca la complejidad del enfoque del sistema británico, a causa de la combinación entre las normas del *common law* (entre las que destaca la contenida en *Rylands v. Fletcher*¹⁶) y las normas que derivan de la intervención del legislador a lo largo del tiempo (*Occupier's Liability Act* 1957 y su versión posterior, de 1984, y la *Defective Premises Act* 1972). El resultado puede que no sea muy satisfactorio desde el punto de vista sistemático o que dé una apariencia de extrañeza, pero la clasificación de casos y deberes resulta interesante para la comparación; por ejemplo, para distinguir entre los deberes que protegen a los que entran en la propiedad sin invitación de los que lo hacen invitados, autorizados (como un vendedor ambulante) o en el uso de derechos contractuales (cliente); o para distinguir entre los daños causados dentro o fuera de los inmuebles, a través de cosas peligrosas en sí o no, etc. Se da cuenta así de una multiplicidad de casos y regulaciones concurrentes que dificultan mucho la imagen que se puede tener de esa área del Derecho, pero que quizá refleja realmente la complejidad del asunto. Esa complejidad ofrece quizá problemas al estudiante de Derecho, pero la sencillez de las normas de nuestro Código oculta la realidad al operador, lo que quizá sea más peligroso.

¹⁴ Como se sabe, esa visión francesa ha sido muy influyente en nuestro país. Se podía apreciar su influencia, por ejemplo, en R. de ÁNGEL YAGÜEZ, «Comentario al art. 1905», en C. PAZ ARES *et al.*, *Comentario del Código Civil*, Madrid 1991.

¹⁵ Las cosas también están cambiando en Francia, como se puede apreciar en los trabajos de J.S. Borguetti, «La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps», *RTDC* 2010.

¹⁶ (1986) LR 1 Ex 265 (Ex).

El capítulo 13 se dedica a la responsabilidad por otros. La conclusión, de nuevo, es que hay algunas cosas en común entre el modelo continental y el *common law*, pero que en éste no se puede afirmar con generalidad una responsabilidad que derive del control de unas personas sobre otras, como ocurre en Francia y en parte de nuestra propia doctrina. En este capítulo se estudian los tres ejemplos que sí dan lugar a una responsabilidad por otros en el *common law* británico: (a) la *vicarious liability*, término que ha dado lugar a problemas en el uso del Derecho comparado y que es la responsabilidad del empleador por los *torts* cometidos por su empleado¹⁷; (b) la responsabilidad directa por los *torts* cometidos por personas que puede que no sean empleados, como el contratista independiente, con la advertencia de que esta responsabilidad no se extiende sin más a los daños causados por los hijos menores; y (c) responsabilidad del dueño de un vehículo que causa daños al ser conducido por otro en servicio del primero.

El capítulo 14 se dedica a la responsabilidad por información incorrecta. Esta manera de agrupar los casos es relativamente reciente en nuestro país y, por ello, también resulta particularmente interesante para el civilista¹⁸. El autor la justifica diciendo que así se sigue la línea de las clasificaciones anteriormente utilizadas de responsabilidad por las cosas y responsabilidad por las personas, con la idea de una responsabilidad por cosas abstractas, aclaración que probablemente resulta igualmente enigmática para el lector continental. También dice que esta responsabilidad muchas veces juega en un terreno difuso entre el contrato y la responsabilidad extracontractual, lo que es particularmente cierto en un sistema como el *common law* británico en el que se exige todavía con fuerza el requisito de la *consideration* y en el que, como hemos dicho más arriba, no ha habido hasta hace poco posibilidad de afirmar que existen terceros que pueden estar protegidos por ese contrato. Por último, explica Samuel que en muchos de estos casos, estamos ante supuestos de responsabilidad de los profesionales. Resulta interesante el terreno que el autor considera problemático: el que está situado entre afirmaciones –promesas– que dan lugar a responsabilidad contractual porque están soportadas por una *consideration* y afirmaciones que son amenazantes, insultantes o dirigidas a engañar. Entre esos dos extremos, está la difícil cuestión de encontrar un equilibrio entre la producción y transmisión de la información y el uso que puede darle quien confíe en su veracidad.

El capítulo 15 se dedica al estudio de las causas de exclusión de la responsabilidad. Esto permite, como dice el autor, cambiar el foco desde las víctimas y ponerlo en los demandados. Es cierto que esto siempre tiene la utilidad de poner de manifiesto que en todas las decisiones que se adoptan en la responsabilidad extracontractual se está afectando, además de obviamente a la integridad patrimonial o personal de los demandantes, a la libertad de

¹⁷ Incluso en nuestra doctrina se ha empezado a hablar de responsabilidad vicaria, pero ya los redactores de los PETL advirtieron que *vicarious liability* en inglés implica entender que la responsabilidad del principal (por los hechos dañosos de sus dependientes) es objetiva, independiente de su elección o vigilancia, y que esa terminología impedía reconocer que la responsabilidad por otros en ocasiones funciona con una presunción de culpa, como ocurre por ejemplo en nuestro propio art. 1903 CC. Vid. los comentarios introductorios al Cap. 6 de los PETL, p. 157 en la versión española que propuse en su momento para la traducción realizada por la REDPEC, a cargo de M. MARTÍN-CASALS (*Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Cizur Menor, 2008).

¹⁸ Estudié estas cuestiones en P. DEL OLMO, «Responsabilidad por daño puramente económico causado por informaciones falsas», *ADC*, 2001-I, p. 257-368.

comportamiento de los demandados¹⁹. Sin embargo, es más chocante para el lector continental la idea que el libro presenta según la cual todas las excepciones o defensas que puede utilizar el demandado son encuadrables bajo una idea amplia de causalidad. Ya es chocante la idea, que es sin embargo claramente entendible en un sistema de *torts* típicos, de que hay requisitos de causalidad que forman parte del tipo (por ej. la exigencia en *trespass* de una acción *directa* sobre la víctima). Es más chocante aún que el caso *Gorris v Scott* aparezca citado como un caso problemático desde el punto de vista de la causalidad fáctica, cuando es uno de los ejemplos que se utilizan por muchos autores como paradigma del criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma violada²⁰. La cosa quizá se pueda explicar si se destaca que el pleito no se estaba basando en el *tort of negligence*, sino en el de *breach of statutory duty*, que probablemente incorpora la idea de la causalidad jurídica de forma distinta, pero el lector continental se encuentra algo desatendido en estos momentos.

Este capítulo 15 repasa, además, algunas cuestiones típicas de la causalidad material, como la pérdida de la oportunidad, con un recorrido por los distintos casos que se han ido discutiendo ante los tribunales británicos con atención especial a la litigación derivada del amianto, o el problema de las causas múltiples o los daños múltiples. Sigue luego un repaso de los test utilizados para determinar la causalidad jurídica (*remoteness of damage*), empezando por la exigencia de una relación directa entre la conducta del demandado y el daño, para luego pasar a un test de la previsibilidad en alguna forma similar al criterio de imputación objetiva de la causalidad adecuada. El capítulo termina mirando la causalidad como un problema en la determinación de la indemnización, es decir, la cuestión de la culpa de la víctima (la llamada *contributory negligence*, que desde 1945 reduce la indemnización en lugar de excluirla totalmente), la mitigación de los daños o el problema de determinar los daños indemnizables, especialmente en casos de daños personales.

Una conclusión que cabe sacar de este recorrido es que la visión del Derecho de daños que presenta es suficientemente compleja para ser realista. Se destaca el papel que tiene la negligencia en el sistema de responsabilidad, pero no se le da un protagonismo tal que oscurezca el resto de soluciones que también están dentro de esta rama del Derecho. Sin embargo, el recorrido de Samuel por este terreno parece en ocasiones oscurecido por su manera de enfocar algunas cuestiones. Por ejemplo, a lo largo de esta parte el libro se apoya mucho en los PETL, pero a veces da la impresión de que se trata ese texto como si reflejase una visión puramente continental, sin apreciar las fuertes influencias que, en mi opinión, ha tenido sobre él la visión anglosajona de esta materia.

4. El capítulo 16 se dedica al enriquecimiento injusto. Después de explicar que el Derecho de daños se basa fundamentalmente en la idea de

¹⁹ Esta idea, que es muy común entre los autores del *common law*, es aludida por L. Díez-Picazo con la denominación de *función de demarcación* del Derecho de daños (L. Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid 1993).

²⁰ Esa sentencia de *Gorris v Scott*, (1984) LR 9 (Ex) 125, es la que decidió el caso de unas ovejas transportadas por un barco en la cubierta que son arrastradas por un golpe de mar. El demandante trata de argumentar que la estiba de las ovejas había sido contraria a un deber legal de utilizar pequeñas cajas individuales para el transporte del ganado ovino. El argumento no bastó para convencer al tribunal, que destacó que la norma violada no trataba de dar más seguridad al transporte de ovejas, sino que trataba de evitar el contagio de la glosopeda.

justicia correctiva y que el enriquecimiento injusto, en cambio, se basa en la idea de la justicia conmutativa, el autor contrapone un modelo civil continental de regulación con la realidad muy variada que se puede encontrar en el sistema británico de *common law* y *equity*.

La presentación de los requisitos generales de una acción de enriquecimiento que hace Samuel no se basa en el DCFR, probablemente por un problema de fechas, sino en un informe de la *Scottish Law Commission*, a falta de un texto europeo sobre el que basar la comparación²¹. El resultado de esa presentación resulta familiar para el lector: se requiere un enriquecimiento por el demandado, que se haya logrado por un empobrecimiento correlativo de otro y que ese enriquecimiento no esté justificado. Los problemas que se estudian en cada uno de estos requisitos son los que comúnmente se pueden encontrar en nuestros libros.

La descripción de la situación en el sistema británico es mucho más compleja. Se trata de una materia que objetivamente es compleja porque, como destaca el autor, no parte de ninguna teoría general, sino que se aborda con el tradicional enfoque británico orientado hacia los remedios. Además, como advierte el propio autor, se manejan remedios y derechos que cruzan la distinción entre el mundo de los contratos y el de la responsabilidad extracontractual, que cruzan también la distinción entre derechos de crédito y derechos reales y que también cruzan la especialmente inextricable distinción entre *common law* y *equity*. Se distingue así entre los tres tradicionales remedios de reclamación de cantidades y algunos remedios ofrecidos por el sistema de *equity*. Los tres primeros son:

a) *Action of money had and received*, que se corresponde *grosso modo* con la tradición romana de las *condictiones* y que permite al demandante reclamar la suma de dinero que directa o indirectamente ha hecho llegar al demandado sin razón que la justifique.

b) *Action for money paid*, que permite al demandante reclamar al demandado el beneficio que éste ha obtenido a través del pago de dinero hecho por un tercero. Es una acción que tiene alguna similitud con nuestros casos de pago de tercero realizados en una gestión de negocios, por mucho que el enfoque británico sea distinto y que exija alguna relación preexistente entre las partes en lugar del genérico actuar en interés de otro y situación de *absentia domini*.

c) *Quantum meruit*, (y *quantum valebat*), que permite reclamar al demandante una cantidad equivalente al precio de una cosa o servicio que ha sido prestado al demandado, al que no puede suponerse, de todas formas, una voluntad de aceptar esa cosa o servicio.

Los remedios que puede proporcionar la *equity* en este terreno son, entre otros:

a) Una acción de *account*, que permite reclamar algunos enriquecimientos y pagos en dinero no justificados, especialmente cuando hay una relación fiduciaria entre las partes.

b) *Subrogation*, que es una figura similar a nuestra subrogación personal y que se utiliza en favor de las compañías de seguros para reclamar lo pagado al asegurado.

²¹ Se trata de *Scottish Law Commission DP No 99*. Más información en www.scot-lawcom.gov.uk/.

c) La misma idea de evitar enriquecimientos injustos la encuentra también Samuel en la situación de pago total por parte de uno de los deudores solidarios de la indemnización por un daño extracontractual causado por varios. Ha sido necesaria la intervención del legislador para reconocer lo que nosotros llamaríamos derecho de regreso en estas situaciones²².

d) *Tracing*, que es un remedio de carácter predominantemente real y que permite reclamar por esta vía un dinero en patrimonio ajeno afirmando la propiedad del demandante sobre ese dinero. Aunque, como se ve, predomina el carácter real de la acción (¡sobre dinero!), Samuel explica que, en ocasiones, puede ser vista también como un remedio de carácter personal.

El lector, a estas alturas, ya no se sorprende con la conclusión que el libro alcanza después de este recorrido: el de que el principio que veda el enriquecimiento injusto tiene expresión en algunas figuras existentes en el sistema británico, pero que no se puede decir que sea una fuente directa de obligaciones. En cualquier caso, la idea que destaca el autor, y que es interesante para el comparatista, es la de que el enriquecimiento injusto puede proporcionar la base común para las deudas (*debts*) no contractuales, así como el «*tort*» proporciona la base para las acciones indemnizatorias (*damages*) no contractuales. En esta misma línea, es interesante también la observación de que, así como la idea de *tort* no es fuente general de obligaciones sino que es la agrupación de una serie de acciones (*trespass, negligence, nuisance*, etc.), algo parecido ocurre con la idea de enriquecimiento injusto: no es fuente de obligaciones, pero sí permite agrupar un conjunto de remedios concretos y específicos.

5. Finalmente, en el capítulo 17, el autor explica algunos de los problemas con que se encuentran los autores que discuten acerca de la armonización del Derecho de obligaciones europeo. Presenta visiones más optimistas, como la de Zimmermann o, en otro plano, Bell y otras más pesimistas como las de Legrand o Weir. Las cuestiones que trata son de marcado carácter metodológico y aquí el autor brilla y presenta un resumen manejable y útil. Quizá las ideas más sencillas y sugestivas serían:

a) La importancia del conocimiento histórico (incluido el relativo al Derecho romano) para cualquier intento de avanzar en el terreno de la armonización. La idea que recoge de Zimmermann y que está presente en otros autores parte de la existente tradición del *ius commune* medieval y de la posibilidad de utilizar el Derecho romano como puente entre el *common law* y el derecho codificado continental.

b) La idea de que quizá haya una relación entre las fases que se pueden describir en el desarrollo de una ciencia desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia y la situación en que se encuentra el *common law* (en la fase que Blanché denomina fase descriptiva e inductiva) frente al Derecho civil continental (que estaría en la llamada fase deductiva y axiológica).

c) La distinción entre *scientia iuris* y *ars judicandi* y la idea de que la tarea de los jueces, que es lo que define el Derecho (en una visión muy anglosajona y realista) no es muy distinta en los sistemas continentales y en el sistema británico. Esa distinción quizá pueda ser útil para explicar el divorcio entre doctrina y jurisprudencia que, en opinión de algunos, empobrece y caracteriza el sistema español. El libro ofrece la explicación de que la mayor responsabilidad en esta situación la tendría la doctrina, tratando de ganar res-

²² *Civil Liability (Contribution) Act 1978*

petabilidad a través de una visión predominantemente lógica y conceptual que no tiene mucho papel que jugar en las decisiones judiciales concretas. Este fenómeno, del que probablemente se tiene memoria más reciente en Inglaterra a causa de la relativamente reciente aparición de las primeras facultades de Derecho, se tiene que poner en relación con la tradición racionalista de Derecho natural continental.

La conclusión que alcanza Samuel tras el recorrido por más de trescientas páginas es la de que la visión del Derecho de obligaciones como estructura que explica el Derecho privado subdividiéndolo en contratos, responsabilidad por daños y enriquecimiento injusto, no es muy útil en el Derecho británico y que ha de manejarse con cautela. Tras recordar que en este último sistema ni siquiera es clara la distinción entre derechos reales y derechos de crédito, afirma que la visión más exacta sobre el *common law* probablemente se base, no en un Derecho de obligaciones, sino en la distinción entre deudas de dinero (*debts*) e indemnizaciones (*damages*), acciones en las que las ideas de estado personal, propiedad, deber, culpa, daño, causación, interés, etc. tienden a combinarse en argumentos con muy distintas facetas. Ir más allá, concluye Samuel, «es astrología jurídica».

Pedro DEL OLMO
Universidad Carlos III de Madrid