

# CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

## Participan en esta crónica:

*Coordinación:* Esther Arroyo i Amayuelas. *Colaboran:* Miriam Anderson, Francisco Andrés Santos, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, Guillem Cano Palomares, Martín Ebers, Mirko Faccioli, Cristina González Beilfuss, Isabel González Pacanowska, Beatriz Gregoraci Fernández, Alejandra de Lama Aymà, Sonia Martín Santisteban, Barbara Pasa, Máximo Juan Pérez García, Javier Pou de Avilés Sans, Lis Paula San Miguel Pradera, Héctor Simón Moreno, Stefano Troiano, Isabel Viola Demestre.

**SUMARIO:** Presentación.–EDITORIAL: «El instrumento opcional sobre normativa común de compraventa europea: ¿una buena solución para los consumidores y empresarios españoles?» (Lis Paula San Miguel Pradera y Máximo Juan Pérez García).–**RAPPORTS NATIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO Y COMPARADO:** Alemania (Martin Ebers), España (Esther Arroyo i Amayuelas, Isabel Viola Demestre), 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 i 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 trusts en la Unión Europea (Sonia Martín Santisteban).–**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS** (Guillem Cano Palomares).–**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS** (Lidia Arnau Raventós).–**JURISPRUDENCIA NACIONAL** (Miriam Anderson).–**LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES.**–Harkamp, Arthur - Hesselink, Martijn - Hondius, Ewoud - Mak, Chantal - Du Perron, Edgar (eds.): *Towards a European Civil Code*, Wolters Kluwer, 2011, 4<sup>th</sup> revised and expanded edition, 1184 pp. ISBN 978-90-411-3357-1 (Martin Ebers).–Westrik, R - Van der Weide, J. (eds.): *Party Autonomy in International Property Law*, Sellier, Munich, 2011, 276 pp. ISBN (print) 978-86653-173-4 ISBN (ebook) 978-3-86653-932-7 (Isabel González Pacanowska).–McCormack, Gerard: *Secured Credit and the Harmonisation of Law. The UNCITRAL Experience*, Edward Elgar Publishing, 2011, 224 pp. ISBN: 978-1849803977 (Héctor Simón Moreno).–Castro Vitores, Germán de: *La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo*, Madrid, Ed. Dykinson, 2009. 209 pp. ISBN: 978-84-9849-334-4 (Francisco Andrés Santos).–**VIDA JURÍDICA** (Beatriz Gregoraci Fernández).

## Presentación

Esta 16.<sup>a</sup> crónica se cierra el 15 de junio de 2012. 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 i Amayuelas (Universitat de Barcelona) que es quien también ha traducido (del inglés e italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

## El instrumento opcional sobre normativa común de compraventa europea: ¿una buena solución para los consumidores y empresarios españoles?

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA  
MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA \*

### I. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2011, la Comisión Europea publicó los resultados del Flash Eurobarómetro 299a sobre las actitudes de los consumidores hacia el comercio transfronterizo y la protección de los consumidores, del Eurobarómetro 320 sobre el Derecho contractual europeo en las operaciones entre empresas y del Eurobarómetro 321 sobre el Derecho contractual europeo en las operaciones con consumidores. De todos los datos que nos ofrecen los citados documentos, nos interesa resaltar algunos de ellos:

En primer lugar, el 44% de los europeos declara que no compra en el extranjero porque no está seguro de cuáles son sus derechos; en el caso de los ciudadanos españoles que rechazan comprar en otros países de la Unión Europea, este porcentaje se reduce al 41%.

En segundo lugar, el 49% de las empresas europeas (en lo concerniente a las empresas españolas, el porcentaje es del 39%) que venden o estarían interesadas en vender a otros empresarios fuera de sus mercados nacionales ponen de manifiesto la existencia de una serie de obstáculos de Derecho contractual que impiden el comercio transfronterizo.

Por último, el 55% de los empresarios europeos (porcentaje que en el caso de los empresarios españoles es del 37%) que venden o estarían interesados en vender a consumidores fuera del mercado español afirman que se lo impide un conjunto de obstáculos de Derecho contractual.

Los datos que acabamos de exponer creemos que invitan a la reflexión y a la búsqueda de soluciones eficaces para conseguir suprimir esas barreras de Derecho contractual entre los Estados miembros de la Unión Europea, que creen un verdadero mercado único de 500 millones de consumidores, y potencien, de esta manera, el comercio transfronterizo. Por lo que respecta a España,

---

\* Profesores Titulares de Derecho civil (Universidad Autónoma de Madrid) y miembros del Grupo de investigación «Modernización del Derecho patrimonial» (D-008), inscrito en el Registro de Grupos de Investigación reconocidos de la Universidad Autónoma de Madrid, que está dirigido por el Prof. Dr. Antonio Manuel Morales Moreno.

es fácil concluir que ni los consumidores ni las empresas españolas aprovechan plenamente las posibilidades que ofrece el mercado único de la Unión Europea (como tampoco lo hacen el resto de consumidores y de empresas europeas). Hoy, quizá más que nunca, es preciso fomentar la competitividad en el exterior de las empresas españolas y remover los obstáculos existentes. Ciertamente es que los obstáculos son de muy diversa naturaleza, pero, sin duda, una de las principales razones para que las compraventas transfronterizas no funcionen en España es la pluralidad de normativas sobre Derecho contractual. En este sentido, las empresas españolas se muestran partidarias de la existencia de un Derecho contractual único en las ventas transfronterizas. Concretamente, el 79% de las empresas españolas estarían dispuestas a aplicar esa normativa contractual en las transacciones transfronterizas con consumidores y el 78% de las empresas españolas manifiestan su interés en aplicar un Derecho contractual único en las operaciones transfronterizas con otras empresas.

Una posible solución al problema planteado es la que ofrece la Comisión Europea con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea [COM(2011) 635 final] que se publicó en el mes de octubre de 2011. La finalidad perseguida con este instrumento es permitir que los comerciantes cuenten con un conjunto común de normas para todas sus transacciones transfronterizas dentro de la Unión Europea referentes a los contratos que entren dentro de su ámbito de aplicación. Se trata de un instrumento opcional que las partes de un contrato pueden decidir voluntariamente que rija su relación contractual.

Esta Propuesta de Reglamento tiene un claro respaldo de la actual Comisaria de Justicia, Viviane Reding. Ya en enero de 2010, la Comisaria Reding, en la comparecencia previa a su nombramiento ante el Parlamento Europeo, afirmó que una de sus prioridades era «contribuir a que se establezcan relaciones contractuales en nuestro mercado interior, sobre todo en la relación entre las empresas y los consumidores, con una base más segura y coherente para facilitar las operaciones transfronterizas». Asimismo declaró que iba «a trabajar en los tres primeros componentes de una legislación contractual europea coherente, esto es: cláusulas y condiciones generales, derechos de los consumidores y principios contractuales comunes, a fin de preparar el terreno para llegar un día a un Código Civil Europeo (que pudiera ser un instrumento voluntario para reforzar la coherencia, un «vigésimo octavo régimen» optativo o un proyecto aún más ambicioso)».

Ahora bien, la anterior declaración programática no constituye una novedad en el panorama europeo, pues ya en el año 2001 la Comisión Europea puso de manifiesto en su Comunicación sobre el Derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001 [COM (2001) 398 final], la necesidad de intensificar las acciones de las instituciones europeas en el ámbito del Derecho contractual e inició un proceso de consulta y debate sobre los medios para resolver, a nivel europeo, los problemas derivados de las divergencias entre los diferentes Derechos contractuales nacionales de los Estados miembros. Es en esta *Comunicación* donde aparece por primera vez la vía del instrumento opcional como una solución para la armonización del Derecho contractual europeo.

Por otra parte, en febrero de 2003, la Comisión Europea publicó una Comunicación titulada «Derecho contractual europeo más coherente, Plan de Acción» [COM (2003) 68 final]. En esta Comunicación también se volvió a presentar la idea del instrumento opcional; esta vez con más detalle y se solicitaron comentarios al respecto. En 2004, la propia Comisión reconoció que

la gran mayoría de los consultados se había decantado por la posibilidad de elaborar un instrumento opcional en Derecho contractual europeo que las partes de un contrato pudiesen elegir (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro» [COM (2004) 651]). En la Comunicación de 2003 se diseñaba una hoja de ruta o plan de acción en el que se proponía, entre otras medidas, la creación de un Marco Común de Referencia (CFR), que permitiría presentar las mejores soluciones posibles a nivel de terminología y de reglas comunes de Derecho contractual europeo. El segundo objetivo que se perseguía con el CFR era constituir una base para una futura reflexión sobre un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo. El trabajo de diversos grupos de expertos (*Study Group* y *Acquis Group*) dio sus frutos y en 2009 se publicó el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). El resultado, en cuanto al contenido y objetivos, sobrepasa los planes iniciales de la Comisión. Aunque sus autores no perseguían este objetivo, el DCFR ha sido calificado como decisivo en el camino para la elaboración de un instrumento opcional de Derecho contractual europeo. Esta idea fue expuesta por el Parlamento Europeo en su Resolución de 25 de noviembre de 2009, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos-Programa de Estocolmo» (2010/C 285 E/02). En dicha Resolución se defendió que el instrumento opcional fuera directamente aplicable y que el DCFR de 2009 constituyese la base del mismo.

En los últimos años las instituciones europeas han intensificado su labor para alcanzar el objetivo perseguido: suprimir las barreras y obstáculos en el mercado interior para las operaciones transfronterizas, como consecuencia de la existencia de legislaciones nacionales divergentes. En este sentido cabe citar, entre otros documentos, los siguientes:

a) La mencionada Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2009, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos-Programa de Estocolmo» (2010/C 285 E/02) en la que se defiende la aprobación de un instrumento optativo -directamente aplicable- que permita a las partes contratantes, empresas y consumidores, entre otras, optar libremente por el Derecho contractual europeo como normativa que regule sus transacciones.

b) La Comunicación de la Comisión Europea denominada «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM (2010) 2020] que contempla que la Comisión proponga medidas para solventar los problemas detectados en el mercado único, entre las que cabe citar las destinadas a «facilitar y abaratar que las empresas y consumidores concluyan contratos con terceros de otros países de la UE, especialmente mediante la oferta de soluciones armonizadas en los contratos de consumo, modelos de cláusulas contractuales aplicables en toda la UE y avanzando hacia una legislación europea sobre contratos que sería opcional».

c) La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones que lleva por título «Una Agenda Digital para Europa» [COM (2010) 245 final/2] que establece, entre otras acciones, que la Comisión proponga «a más tardar en 2012 un instrumento opcional de Derecho contractual que complementará la Directiva sobre derechos de los consumidores para atenuar la fragmentación del Derecho contractual, en particular en lo que se refiere al entorno en línea».

d) El Libro verde de la Comisión Europea sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas publicado el 1 de julio de 2010 [COM (2010) 348 final], cuyo objetivo era «definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior avanzando en materia de Derecho contractual europeo y lanzar una consulta pública sobre las mismas». En el Libro verde se exponían siete posibles modelos respecto de la naturaleza jurídica, el ámbito de aplicación y el ámbito material del futuro instrumento de Derecho contractual europeo que, en todo caso, debería responder a los problemas derivados de la divergencia de legislaciones sin introducir cargas o complicaciones adicionales para los consumidores o las empresas. Además, debería garantizar un alto nivel de protección al consumidor y reducir al máximo las referencias a las legislaciones nacionales o a instrumentos internacionales. Una de esas siete opciones era la creación, por medio de un reglamento, de un instrumento opcional de Derecho contractual europeo que pudiera ser elegido, libremente, por los consumidores y empresas como alternativa a las legislaciones nacionales.

El análisis de la sucesión de acontecimientos que se van produciendo en esta materia en el ámbito de la Unión Europea, permite afirmar que las preferencias de la Comisión Europea se decantan por la solución del instrumento opcional (Lehmann, «Derecho privado europeo ¿Un Derecho opcional?», *Noticias de la Unión Europea*, 2011, 320, p. 6). Buena prueba de ello es que en mayo de 2010, la Comisión Europea nombra a un Grupo de Expertos para realizar un estudio sobre la viabilidad de un proyecto de Derecho contractual europeo opcional. Al Grupo de Expertos se le indicó que para la realización del citado Estudio se tomara como base el DCFR, pero también se tuvieron en cuenta otros textos como los PECL, la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 (CISG) y las reglas sobre compraventa de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. El *Estudio* contiene un conjunto de reglas en materia de Derecho contractual con vocación de regular toda la vida de un contrato (de compraventa y afines), que toma en consideración las necesidades de los contratos transfronterizos y garantizando, al mismo tiempo, una adecuada protección de los consumidores conforme a la normativa europea sobre la materia. Este Estudio optó por centrar su ámbito de regulación en la compraventa y contratos relacionados, abarcando toda la vida del contrato, desde la celebración hasta su cumplimiento. Dicho Estudio publicó el 3 de mayo de 2011 con el título de Estudio de viabilidad de un futuro instrumento de Derecho contractual europeo («Feasibility study for a future instrument in European Contract Law»; puede consultarse en: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility\\_study\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf)). (Vid. más detalles en Gómez/Gili, «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenidos y efectos, *InDret*, 1/2012, p. 9).

## II. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (CESL): UNA PRESENTACIÓN EN SOCIEDAD DEL INSTRUMENTO OPCIONAL

A la vista de lo que acaba de exponerse, puede afirmarse que, entre las diferentes vías planteadas para armonizar el Derecho contractual europeo, la Comisión Europea ve con buenos ojos la técnica del instrumento opcional.

Ello supone un cambio en la forma de armonizar. Hasta ahora, la aprobación de numerosas Directivas en el ámbito del Derecho de consumo ha sido uno de los principales instrumentos que las instituciones de la Unión Europea han utilizado para lograr dicho objetivo. Sin embargo, en la práctica, la transposición de esas Directivas a los Ordenamientos internos de cada uno de los Estados miembros, lejos de armonizar y aproximar los Derechos nacionales, ha logrado el efecto contrario: la diversificación del régimen jurídico de los contratos que se pretendían armonizar. Uno de los posibles remedios para evitar estos efectos no deseados es la aprobación de lo que se ha denominado Directivas de armonización plena. A este modelo responde la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores (que modifica las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE y deroga las Directivas 85/577/CEE y 97/7/CE). (Vid. sobre esta materia: Marín, «La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados miembros», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 2012, 1, p. 9).

En todo caso, la solución del instrumento opcional parece que es más adecuada para alcanzar los objetivos perseguidos en materia de armonización del Derecho contractual que la vía tradicional mediante Directivas, sobre todo, cuando se trata de Directivas de armonización mínima (vid. Gómez/Ganuzá, «Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo», *InDret*, 2011, 2, pp. 18 y ss.). La aprobación de un instrumento opcional en materia de Derecho contractual implica poner a disposición de los contratantes un régimen jurídico alternativo que sustituye completamente al Derecho nacional aplicable. Aunque es la primera vez que, en el ámbito del Derecho contractual europeo, aparece materializada esta vía de armonización, a través de la Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea, la técnica del instrumento opcional ya se ha empleado, en otras ocasiones, con buenos resultados, en otros ámbitos del Derecho patrimonial europeo, como, por ejemplo, en el Derecho de sociedades y en el Derecho de propiedad intelectual (Vid. más detalles Lehmann, 2011, pp. 3-4).

La utilización de un instrumento opcional en la materia que nos ocupa, el Derecho contractual, presenta ventajas tanto desde un punto de vista político como económico.

Desde la perspectiva política, el instrumento opcional se presenta como la forma más adecuada de reducir las divergencias entre ordenamientos jurídicos sin interferir en los Derechos nacionales, puesto que estos permanecen intactos, con lo que es previsible una menor resistencia de los Estados miembros en comparación con la armonización que se produce por vía de Directivas (Lehmann, 2011, p. 5).

Desde un punto de vista económico, el instrumento opcional crea un sistema de normas jurídicas armonizadas en Derecho contractual que permite reducir los costes de transacción en la actividad transfronteriza (los operadores económicos deciden, con plena libertad, si las emplean o no). Por un lado, las empresas pueden adecuar toda su actividad transfronteriza a un único sistema legal con lo que ahorran en costes y obtienen ventajas económicas puesto que se refuerza la competitividad y pueden disfrutar de las ventajas del mercado común (además no debe olvidarse que los operadores jurídicos pueden elegir el instrumento opcional para que rija sus relaciones contractuales sólo cuando éste sea beneficioso para sus intereses; de esta forma no tienen que soportar costes adicionales). Por otro lado, para el consumidor, aumenta la competencia en su Estado y, como consecuencia de ello, los bie-

nes y servicios se ofrecen a mejor precio y calidad o se ofrecen más productos y servicios que puede contratar. Aunque en realidad para el consumidor lo verdaderamente importante es que con el instrumento opcional de compraventa europea se le ofrezca un alto nivel de protección. Por último, pero no menos importante, como destaca la Comisaria de Justicia, Viviane Reding, con un instrumento opcional se reducen «los costes de las empresas y los de administración de justicia» porque el uso de una única regulación ahorra tener que tratar con Ordenamientos extranjeros diferentes para resolver las controversias (Reding, «Por qué necesita Europa un derecho europeo opcional», *InDret*, 2011, 2, pp. 5 y 6).

En todo caso, no todo son ventajas, pues, como se ha puesto de manifiesto, la mayor desventaja de este sistema de armonización es que, por su naturaleza voluntaria, siempre quedarán algunos contratos que seguirán regulados por un Derecho nacional. En resumen, este sistema añade un nuevo nivel de Derecho disponible y, por tanto, puede aumentar la complejidad (Lehmann, 2011, p. 6).

### 1. Forma de articulación del instrumento opcional

En 2010 la Comisaria Reding parecía abogar por la elaboración de un instrumento opcional que fuera un ordenamiento más, el «vigésimoctavo», junto a los Ordenamientos de los 27 Estados miembros, de tal manera que el instrumento opcional sería una alternativa al Derecho doméstico, que las partes podrían escoger para regir su contrato. Sin embargo, finalmente, la Comisión Europea ha optado porque la normativa común de compraventa europea se convierta en un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Así, la principal seña de identidad del instrumento opcional que contiene la Propuesta de Reglamento es que está destinado a crear, en los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, un segundo régimen de Derecho contractual para los contratos que estén dentro de su ámbito de aplicación, sin que se produzca ninguna modificación en las legislaciones nacionales sobre Derecho contractual. Este régimen opcional es idéntico en toda la Unión Europea y coexiste con las normas de Derecho contractual nacional vigentes en cada Estado. Se trata de un Derecho contractual opcional que resuelve todas las cuestiones importantes que se presentan en la vida de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, sin tener que acudir a ningún Derecho contractual nacional.

Según el diseño del instrumento opcional en materia de compraventa europea que contiene la Propuesta de Reglamento, dicha normativa se aplica cuando las partes hayan acordado su utilización. En caso de acuerdo expreso en este sentido, las normas del instrumento opcional serán las únicas aplicables al contrato.

Lo cierto es que la solución por la que se ha optado en la Propuesta de Reglamento consigue mejor el objetivo que se persigue, pues ofrece a las partes un régimen unitario para su contrato que sustituye completamente al previsto en su Derecho nacional, incluidas sus disposiciones imperativas (Lehmann, 2011, p. 8).

### 2. Justificación y contenido

El instrumento opcional propuesto por la Comisión europea ha adoptado la forma de un Reglamento y su objetivo es eliminar los obstáculos resultan-



tes de las diferencias existentes entre las normativas nacionales, los costes de transacción y la complejidad jurídica que soportan las partes que realizan operaciones transfronterizas y, de esta manera, incidir en la mejora del funcionamiento del mercado interior y en el aumento de la competencia. De todas las posibles disposiciones que se han barajado para servir como base al instrumento opcional [art. 114, art. 115 y art. 352 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)], la Comisión Europea ha optado por basar la Propuesta de Reglamento en el artículo 114 TFUE, que es el precepto más adecuado (Lehmann, 2011, pp. 7-8). Mediante la creación de un conjunto propio de disposiciones imperativas, la Propuesta de Reglamento (o mejor dicho, el instrumento opcional que contiene) garantiza un elevado nivel de protección de los consumidores. En este sentido, la Propuesta de Reglamento parece respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Por lo que respecta al principio de subsidiariedad, el objetivo de la Propuesta de Reglamento tiene una dimensión claramente transfronteriza y no puede ser alcanzada por los Estados miembros en el marco de sus sistemas jurídicos nacionales. «La Unión está mejor situada para abordar el problema de la fragmentación jurídica mediante una acción en el ámbito del Derecho contractual que aproxime las normas aplicables a las transacciones transfronterizas» (Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento, p. 9).

En lo concerniente al principio de proporcionalidad, puesto que la normativa común de compraventa europea tiene carácter facultativo y voluntario y resulta aplicable, en principio, sólo en casos transfronterizos, preserva las tradiciones y culturas jurídicas de los Estados miembros.

La Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea se estructura en tres piezas. La primera es el Reglamento que determina, entre otras cuestiones, su finalidad y objeto, así como su carácter facultativo y los ámbitos territorial, material y personal del mismo. Se compone de 16 artículos.

La segunda parte está formada por el Anexo I que contiene la normativa común de compraventa europea (en adelante, conforme a sus siglas en inglés, CESL) que pretende cubrir todas las cuestiones de Derecho contractual que se plantean durante el ciclo de vida de los contratos que entran dentro de su ámbito de aplicación (Cdo 26). Se organiza en ocho partes y dos apéndices. Comienza con unas «disposiciones preliminares» (arts. 1 a 12), en las se establecen los principios generales del Derecho contractual por los que se deben regir las relaciones de las partes. La Parte segunda está dedicada al «carácter vinculante de un contrato» (arts. 13 a 57); en esta parte se ocupa de la regulación de la información precontractual, de la formación del acuerdo contractual, del régimen jurídico del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y de la anulación del contrato por error, dolo, amenaza o explotación injusta. A continuación, la Parte tercera se ocupa de la «evaluación del contenido del contrato» (arts. 58 a 86) y contiene normas sobre interpretación, contenido y efectos del contrato y sobre cláusulas abusivas. El instrumento opcional se completa con un bloque dedicado a las «obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa o en un contrato de suministro de contenidos digitales» (arts. 87 a 146) y otro a las «obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados» (arts. 147 a 158). Finalmente, otras tres partes del instrumento opcional propiamente dicho (Anexo I) se ocupan, respectivamente, de la «indemnización por daños y perjuicios e

intereses» (arts. 159 a 171), la «restitución» en caso de anulación o resolución (arts. 172 a 177) y la «prescripción» (arts. 178 a 186).

A pesar de su ambicioso planteamiento, quedan fuera de la regulación del instrumento opcional cuestiones tan importantes como la personalidad jurídica, la invalidez de un contrato por falta de capacidad, la ilegalidad o inmoralidad del contrato, la determinación de la lengua del contrato, la lucha contra la discriminación, la representación, la pluralidad de deudores y acreedores, la sustitución de las partes, la compensación, la transmisión de la propiedad y la propiedad intelectual (*vid.* Ebers, «El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», *InDret*, 2012, 1, p. 13).

La segunda pieza de la normativa común sobre compraventa europea incluye en su parte final dos apéndices que contienen, respectivamente, el modelo de instrucciones sobre desistimiento que el comerciante debe facilitar al consumidor y el modelo de formulario de desistimiento.

Por último, la Propuesta de Reglamento esta formada por un Anexo II que recoge una ficha informativa estándar, sobre la normativa común de compraventa, que el comerciante debe facilitar al consumidor antes de la celebración del contrato.

### 3. **Ámbito de aplicación**

Los artículos 3 a 8 de la Propuesta de Reglamento se ocupan de concretar cuál es el ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea. Veamos a continuación en qué casos y en qué circunstancias el instrumento opcional resulta de aplicación.

#### A) *Ámbito territorial*

Según establece el artículo 4.1 de la Propuesta de Reglamento, el CESL podrá resultar aplicable cuando se esté en presencia de un contrato transfronterizo. En el caso de contratos entre empresarios, existe contrato transfronterizo cuando las partes tienen su residencia habitual en países diferentes y al menos uno de ellos es de un Estado miembro. Es el artículo 4.4 de la Propuesta de Reglamento el precepto que detalla los criterios para determinar cuál es la residencia habitual de la empresa. Conforme a dicho precepto, en primer lugar, se entenderá que la residencia habitual es el lugar en el que se encuentra la administración central. Ahora bien, tratándose de sucursales, agencias u otros establecimientos, se entenderá por residencia habitual el lugar dónde esté situada la sucursal o establecimiento. Si el empresario es una persona física, la residencia habitual será el lugar en el que ejerce su actividad principal.

De acuerdo con los criterios fijados para determinar cuál es la residencia habitual del empresario, hay autores que han destacado como positivo que el CESL resulta aplicable a contratos transfronterizos entre empresas no europeas (Gómez/Gili, 2012, p. 10).

Tratándose de contratos entre un empresario y un consumidor, existe contrato transfronterizo cuando la dirección facilitada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación están localizadas en un país distinto de aquel en el que el comerciante tiene su residencia habitual y al menos uno de dichos países es un Estado miembro.

Esta limitación del ámbito de aplicación que establece la Propuesta de Reglamento a los contratos transfronterizos responde al objetivo de respetar

los citados principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que son enunciados en el artículo 5 TUE.

Se ha puesto de manifiesto que esta restricción conduce a que las empresas que tengan intención de realizar operación nacionales y transfronterizas, estén obligadas a utilizar, al menos, dos tipos de contrato, uno para cada tipo de operación (Ebers, 2012, p. 11). Precisamente esto mismo es visto como positivo por otros autores, pues consideran que aporta flexibilidad y es la opción más deseable frente a las otras posibles (Gómez/Gili, 2012, p. 10). En todo caso, la propia Propuesta de Reglamento permite que los Estados miembros decidan poner a disposición de las partes contratantes la normativa común de compraventa europea para las transacciones puramente nacionales (art. 13), con lo que podrían elaborar un único contrato uniforme para todas sus operaciones.

#### B) *Ámbito material*

La Comisión, siguiendo el trabajo del Grupo de Expertos (*Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*), ha renunciado a adoptar un instrumento opcional que abarque todos los tipos contractuales. Por el contrario, ha considerado preferible ofrecer un instrumento para unos contratos específicos, concretamente para los siguientes: contratos de compraventa de bienes muebles, contratos de suministro de contenidos digitales y contratos de servicios relacionados (instalación, mantenimiento o reparación) que son prestados por el vendedor. Según el apartado k) del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento, el contrato de compraventa es el contrato en virtud del cual el empresario transfiere o se compromete a transferir a otra persona la propiedad de los bienes y el comprador paga o se compromete a pagar su precio (se incluyen los contratos de suministro de bienes que deban fabricarse o producirse y quedan fuera las compraventas judiciales). Para determinar qué es un contrato de contenidos digitales, el apartado j) del artículo 2 aclara que los contenidos digitales abarcan todos los datos producidos y suministrados en formato digital. Y por servicios relacionados se entiende cualquier servicio que afecte a bienes o contenidos digitales como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales, de conformidad con lo dispuesto en el apartado m) del artículo 2.

Quedan fuera del ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento los contratos mixtos que incluyan cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados, según establece el artículo 6.1. Asimismo no se podrá acudir a la normativa común de compraventa europea para regular los contratos vinculados a un crédito al consumo, bien sea en forma de pago aplazado, préstamo o financiación similar. En cambio, se podrá optar por la aplicación de la normativa común de compraventa europea a los contratos en el que el precio se paga de forma fraccionada cuando el suministro de los bienes o servicios se hace de forma continuada (art. 6.2).

La opción de la Propuesta de Reglamento de limitar su ámbito de aplicación únicamente a tres tipos contractuales tiene, sin duda, aspectos positivos. El más destacado es que permite la especialización, logrando una adecuada protección de la parte contractual más débil mediante el establecimiento de normas imperativas ajustadas a este tipo de contratos. En todo caso, hay que llamar la atención sobre el hecho de que la especialización del instrumento opcional deja al margen del proceso de armonización contratos transfronteri-

zos tan importantes como el contrato de servicios, el contrato de seguro y el *leasing*. Por tanto, el futuro de la armonización del Derecho europeo, de seguir esta vía, pasa por la creación de varios instrumentos opcionales con la regulación de cada uno de los contratos que se pretenda armonizar. En todo caso, una proliferación excesiva de instrumentos opcionales no parece conveniente y es necesario delimitar con precisión el ámbito de aplicación de cada uno de ellos (Lehmann, 2011, p. 10).

### C) *Ámbito personal*

Una de las cuestiones más relevantes para cumplir los objetivos perseguidos por la Propuesta de Reglamento es determinar el ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea. Desde un punto de vista teórico, como veremos a continuación, las opciones son tres.

Un denominador común a todas ellas es incluir los contratos celebrados entre empresas y consumidores (*Business to Consumer*; en adelante, B2C). A partir de ahí, la primera opción sería limitarlo a este tipo de relaciones contractuales; la segunda opción sería abarcar también los contratos celebrados entre empresarios (*Business to Business*, en adelante, B2B); y la tercera opción consistiría en abarcar los contratos B2B cuando al menos una de las dos partes sea una pequeña o mediana empresa (PYME). Justificándose en el principio de proporcionalidad, la Propuesta de Reglamento cree que lo más conveniente es la tercera opción expuesta (art. 7.1). A efectos de la Propuesta de Reglamento, el artículo 7.2 nos ofrece una definición de PYME, indicando que es un comerciante que emplea a menos de doscientas cincuenta personas y tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones euros o un balance anual no superior a 43 millones euros.

En todo caso, es importante destacar que la Propuesta de Reglamento permite que los Estados miembros opten por ampliar el ámbito de aplicación del instrumento opcional a todos los contratos entre empresarios, con independencia de que sean o no PYMES [art. 13 b)]. Aunque hay voces que afirman que las ventajas del instrumento opcional no dependen de la naturaleza del comprador y ven bien que se aplique a todos los contratos entre empresarios, con independencia de que uno de ellos sea o no una PYME (Gómez/Gili, 2012, pp. 12 y 13), hay autores que se mostraron favorables a que el ámbito subjetivo del instrumento opcional quedara limitado a las relaciones B2C, con fundamento en que las empresas ya cuentan con una gran libertad para seleccionar el Derecho aplicable; suelen actuar frecuentemente en relaciones transfronterizas y conocen bien sus opciones para elegir un Derecho nacional adecuado. A todo ello añaden la existencia de diferentes textos internacionales especializados que cubren las relaciones B2B (por ejemplo, CISG, PECL y Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales) que podrían generar solapamientos y contradicciones con la normativa que establece el instrumento opcional (Lehmann, 2011, p. 9).

En definitiva, la Propuesta de Reglamento ha optado por una solución aparentemente intermedia puesto que no abarcar sólo las relaciones B2C, pero tampoco incluye en su ámbito de aplicación todos los casos de B2B, pues es necesario que al menos uno de ellos sea PYME (si bien el 90% de las empresas europeas son PYMES).

### D) *Carácter facultativo*

Desde un punto de vista teórico existen dos opciones para articular la aplicación del instrumento opcional: la primera es que el instrumento opcio-

nal sólo resulte aplicable cuando las partes así lo pactan («*opt in*») y la segunda es que el instrumento resulte automáticamente aplicable, salvo que las partes manifiesten su voluntad de no aplicarlo («*opt out*»). La Propuesta de Reglamento ha optado por la primera de las soluciones y además ha regulado el acuerdo de las partes sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea, lo cual ha sido valorado positivamente (Lehmann, 2011, p. 9).

Si se cumplen los requisitos establecidos sobre el ámbito personal, material y territorial previstos en los artículos 4 a 7, las partes pueden acordar que su relación contractual se rija por el instrumento opcional (art. 3). Además en los contratos celebrados entre empresarios y consumidores se exige que dicho acuerdo sea expreso e independiente del que se refiere al contrato en cuestión y que el empresario facilite al consumidor una confirmación de dicho acuerdo (art. 8.2). Si bien parece razonable que se exija dicho acuerdo expreso y separado del empresario y consumidor, se ha criticado que además se le exija al empresario que realice una advertencia especial al consumidor sobre su intención de utilizar la normativa común de compraventa europea (art. 9) porque parece deducirse que el instrumento opcional prevé un régimen más arriesgado que los regímenes nacionales y puede disuadir de alguna manera su utilización. Tampoco puede merecer un juicio muy positivo que se contemple una información estandarizada para el consumidor (prevista en el anexo II). Y ello por dos motivos: en unos casos resulta excesiva y en otros casos puede resultar defectuosa al no ofrecer una comparación con el régimen que resultaría aplicable si no se optara por el instrumento opcional (Gómez/Gili, 2012, p. 13).

### III. LA ARMONIZACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE COMPRAVENTA POR MEDIO DE UN INSTRUMENTO OPCIONAL: ¿UNA SOLUCIÓN SATISFACTORIA PARA ESPAÑA?

Llegados a este punto, nos tenemos que preguntar si la Propuesta de Reglamento es una solución satisfactoria para los intereses de los consumidores y empresarios españoles. Aunque son muchos los interrogantes que se plantean al hilo de su lectura y no todos ellos son de fácil respuesta, aquí nos vamos a centrar en las consecuencias que para el Ordenamiento jurídico español se derivarían de su incorporación como segundo régimen de Derecho contractual aplicable y si tiene sentido ampliar su ámbito de aplicación a los contratos de ámbito nacional.

En primer lugar, hay que resaltar que en el Ordenamiento jurídico español nos encontramos con un sistema normativo complejo en materia de contrato de compraventa, con una pluralidad de regímenes jurídicos aplicables (Fenoy, *CCJC*, 2005, 68, p. 538). Así, si el contrato de compraventa lo celebran dos particulares, resulta aplicable el régimen jurídico establecido en el Código civil (arts. 1445 a 1537 CC). Si la compraventa es entre empresarios y de carácter interno, hay que acudir al Código de Comercio para determinar su régimen jurídico (arts. 325 a 345 CCom). En cambio, si la compraventa es entre empresarios y tiene carácter internacional, será la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, ratificada por España (CISG), la que determine el régimen jurídico aplicable. Y, por último, las denominadas compraventas de consumo, esto es, las celebradas entre un empresario y un con-

sumidor, se rigen por lo establecido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (arts. 114 y ss.); debe advertirse que esta última normativa está pendiente de reforma por parte del Legislador español para su adaptación a lo previsto en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores.

Pues bien, la aprobación de la Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea implicaría la aparición en escena de un nuevo régimen jurídico aplicable a las compraventas transfronterizas celebradas entre dos empresarios, cuando al menos uno de ellos sea una PYME, o entre un empresario y un consumidor, cuando voluntariamente y de forma expresa, acuerden que su contrato se rija por el instrumento opcional. Esto significa que en caso de acuerdo de las partes, quedarían desplazados los regímenes previstos en el Código de comercio (tratándose de compraventas transfronterizas B2B) y en el TRLGDCU (tratándose de contratos transfronterizos B2C). También cabe la posibilidad de que el Legislador español decida ampliar su ámbito de aplicación a los contratos internos, como prevé el artículo 13, en cuyo caso la aplicación de las normas del Código de comercio y del TRLGDCU podrían quedar desplazadas con independencia del carácter transfronterizo o no del contrato. Esta decisión, sin duda, presenta claras ventajas. Así, por ejemplo, desaparecerían los problemas de determinación de cuándo una situación es doméstica o transfronteriza (cuestión que en ocasiones es difícil de determinar en la práctica). Además, las empresas podrían emplear el mismo modelo de contrato en todas las transacciones que realicen, con lo que se ahorrarían costes de transacción (Lehmann, 2011, p. 9).

En principio, la existencia de un sistema complejo de regulación de la compraventa no es negativo en si mismo, siempre que existan causas que lo justifique. Algo que a simple vista no parece ocurrir en el caso español, pues el motivo de la existencia de un sistema tan complejo tiene una justificación poco plausible que se basa principalmente en las diferentes etapas cronológicas en las que fueron aprobados los distintos textos legales que contienen la normativa española sobre compraventa. Así, tanto la normativa del Código civil como la del Código de comercio responden a una concepción de las obligaciones y remedios de las partes de un contrato de compraventa propia del legislador del siglo XIX, que, en la actualidad, no protege adecuadamente a las partes del contrato (*vid.* Fenoy, 2005, pp. 534, 535, 538 y 540). Por el contrario, la CISG y el TRLGDCU responden a una moderna concepción del contrato de compraventa que da una respuesta más satisfactoria a los intereses y necesidades del tráfico jurídico actual (piénsese, por ejemplo, en la solución que cada uno de estos textos ofrece al problema del carácter defectuoso de los bienes).

Con estos mimbres, surge inmediatamente un interrogante: ¿Tiene sentido la aparición de un segundo régimen normativo opcional en materia de compraventa? La respuesta, en principio, debe ser afirmativa, pero antes de añadir mayor complejidad a nuestro sistema, deberíamos dotarlo de coherencia. Esta tarea pasa por replantearse el régimen jurídico y los principios inspiradores de la compraventa en el Código civil y en el Código de Comercio y aproximar su sistema al de los otros textos legales sobre compraventa.

## IV. CONCLUSIONES

Tras estas páginas de presentación del instrumento opcional sobre una normativa común de compraventa europea, es fácil concluir que dicho instrumento nos parece adecuado y oportuno para lograr avanzar en la armonización del Derecho contractual europeo. Sin embargo, no nos pronunciamos sobre el contenido concreto del mismo, ya que creemos que se debe discutir con la debida calma, pues haciendo nuestras las palabras de la Comisaria Reding, estamos convencidos de que «la calidad debe primar siempre sobre la prisa» (2011, p. 7) y el contenido del instrumento opcional debe ser objeto de reflexión profunda y crítica constructiva por parte los distintos operadores económicos y jurídicos que desarrollan su actividad en el mercado interior de la Unión Europea. En realidad, su éxito depende de su propio contenido: mediante el instrumento opcional de compraventa europea se debería garantizar un nivel alto de protección del consumidor, que no quedara, en ningún caso, por debajo del nivel actual (Reding, 2011, p. 5). Sólo de esta manera el CESL conseguiría la confianza de los consumidores. A este respecto es evidente que los consumidores y empresarios españoles (y europeos) que celebren un contrato sólo escogerán el instrumento opcional si consideran que éste responde mejor a sus exigencias económicas y jurídicas, aportando mayor seguridad jurídica a las relaciones contractuales, que otro Derecho opcional o que el Derecho que resulte aplicable según las reglas de Derecho internacional privado. Si las partes contratantes optasen, mayoritariamente, por la normativa común sobre compraventa europea como conjunto normativo que debe regular su relación contractual, se podría afirmar, sin temor a equivocarse, que el instrumento opcional ofrece un sistema jurídico eficiente y seguro (y que por la vía de los hechos se estaría logrando la armonización real del Derecho contractual europeo).

Ahora bien, en el caso español, sería muy recomendable que antes de que se aprobara la Propuesta de Reglamento que contiene la normativa común sobre compraventa europea (el denominado instrumento opcional o CESL) y que se incorpore a nuestro Derecho un régimen jurídico paralelo al interno, se procediera a dotar de coherencia a nuestro propio sistema jurídico cuya complejidad, en materia de compraventa, no se justifica actualmente y genera disfunciones. Parece a todas luces recomendable que las normas españolas sobre compraventa sean acordes a los nuevos principios del moderno Derecho de obligaciones que derivan del Derecho comparado, del Derecho europeo y del Derecho uniforme. Sin duda, estamos ante una tarea urgente e inevitable (si queremos ser verdaderamente competitivos). En relación con esta cuestión, como es conocido por todos, los pasos iniciales ya se han dado en la dirección correcta (*vid.* Comisión General de Codificación, *Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Ministerio de Justicia, 2009). Ahora sólo queda que el Legislador español tome conciencia del asunto y que la tarea se culmine, sin prisa pero sin pausa, antes de que el instrumento opcional sobre compraventa europea haga su aparición en escena y los empresarios y consumidores tengan la posibilidad real de acogerse al mismo.

*Rapports* nacionales de Derecho Privado Europeo,  
Comparado y Comunitario

ALEMANIA, AUSTRIA Y SUIZA

**Bibliografía (2011-2012)**

MARTIN EBERS\*

I. NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (INSTRUMENTO OPCIONAL)

- REMIEN, Oliver – HERRLER, Sebastian – LIMMER, Peter (eds.): *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, Beck, München 2012.
- SCHMIDT-KESSEL, Martin (ed.): *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, Sellier European Law Publishers, München 2012.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans – ZOLL, Fryderyk – JANSEN, Nils – SCHULZE, Reiner (eds.): *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, Sellier European Law Publishers, München 2012.
- STAUDENMAYER, Dirk (ed.): *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein gemeinsames europäisches Kaufrecht, Textausgabe*, Beck, München 2012.
- WENDEHORST, Christiane – ZÖCHLING JUD, Brigitta: *Am Vorabend eines gemeinsamen europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011*, Manz, Wien 2012.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

- BEHRENS, Peter – EGERLAND, Thomas – SCHÄFER, Hans-Bernd (eds.): *Ökonomische Analyse des Europarechts. Beiträge zum XII. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (24. bis 26. März 2010)*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- BREUER, Marten: *Staatshaftung für judikatives Unrecht. Eine Untersuchung zum deutschen Recht, zum Europa- und Völkerrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- BRON, Christian: *Rechtsangleichung des Privatrechts auf Ebene der Europäischen Union. Genese, Gestaltung und Vision*, Nomos, Baden-Baden 2011.

---

\* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.



- DREXLER, Alexander: *Die richtlinienkonforme Interpretation in Deutschland und Frankreich. L'interprétation conforme aux directives de l'Union européenne en Allemagne et en France*, Nomos, Baden-Baden 2012.
- ESPITALIER, Stefanie: *Die innerstaatliche Haftung für Unionsrechtsverstöße in Spanien. Eine Untersuchung der Verantwortungs- und Haftungsbeziehungen zwischen dem spanischen Zentralstaat und den Autonomen Gemeinschaften im Falle finanzwirksamer Entscheidungen der Europäischen Union*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2012.
- FRENZ, Walter: *Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten*, 2. Auflage, Springer, Berlin/Heidelberg 2012.
- GROSCHE, Nils: *Rechtsfortbildung im Unionsrecht. Eine Untersuchung zum Phänomen richterlicher Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- GRUNDMANN, Stefan: *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung)*, 2. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2012.
- SCHÜTTER, Friedrich: *Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung wegen judikativen Unrechts in Deutschland und im Vereinigten Königreich*, Nomos, Baden-Baden 2012.
- STREINZ, Rudolf (ed.): *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. EUV/AEUV, Kommentar*, 2. Auflage, Beck, München 2012.
- SUHR, Jan: *Richtlinienkonforme Auslegung im Privatrecht und nationale Auslegungsmethodik*, Nomos, Baden-Baden 2011.
- ZWALVE, Willem J. – SIRKS, Adriaan Johan Boudewijn: *Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte. Einführung und Sachenrecht*, Böhlau, Wien/Köln/Weimar 2012.

### III. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- BANGHA-SZABO, Attila: *Die rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit des Verbraucherwiderrufsrechts. Zugleich ein Beitrag zur Funktionsweise des Widerrufsrechts gemäß § 355 BGB, zur Sukzession in Forderungen und Vertragsverhältnisse sowie zur Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, Kovač, Hamburg 2012.
- BATTAFARANO, Laura: *Allgemeine und spezielle Regelung der Forderungsbabtretung im deutschen und italienischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 2011.
- BERTELMANN, Bernd Steffen: *Das BGB-Zahlungsdienstrecht im Kontext der Single Euro Payments Area. Leitlinien zur richtlinienkonformen Auslegung unter vergleichender Berücksichtigung des britischen und französischen Rechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2011.
- BUSER-GORA, Justyna: *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr*, Schulthess, Zürich/Basel/Genf 2012.
- EHLEN, Theresa Johanna: *Nutzungersatz im kaufvertraglichen Mängelgewährleistungs- und Widerrufsrecht*, Kovač, Hamburg 2012.
- FAENGER, Julia: *Leistungsunabhängige Nebenpflichten zum Schutz des Integritätsinteresses im deutschen und französischen Recht. Eine rechtsvergleichende Betrachtung ausgehend von den Rücksichtspflichten des § 241 Abs. 2 BGB*, Peter Lang, Frankfurt a.M. 2012.

- HORLER, Sally: *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ein Vergleich des englischen und deutschen Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin 2012.
- LOBOCKA-POGUNTKE, Inga: *The Evolution of EC Consumer Protection in the Field of Consumer Credit*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2012.
- SCHREINDORFER, Benedikt: *Verbraucherschutz und Stellvertretung. Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Einschaltung einer Hilfsperson auf Kundenseite beim Abschluss von Verbraucherverträgen*, Duncker & Humblot, Berlin 2012.
- SEDLMEIER, Kathleen: *Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- TRSTENJAK, Verica: *Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes. Referat im Rahmen der Vortragsreihe «Rechtsfragen der europäischen Integration», Bonn, den 31.01.2011*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn 2011.
- HÖK, Götz-Sebastian: *Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts*, 2. Auflage, Springer, Berlin/Heidelberg 2012.

#### IV. DERECHO DE DAÑOS – RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

- EBINGER, Christoph: *Zivilrechtliche Haftung des Luftfrachtführers im Personentransport unter besonderer Berücksichtigung der Beförderung von Personen durch ferngesteuerte Luftfahrzeuge*, Schulthess, Zürich/Basel/Genf 2012.
- HERING, Manfred: *Der Verkehrsunfall in Europa*, 2. Auflage, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2012.
- HÖNING, Nina: *Das Recht am eigenen Bild und der Schutz prominenter Persönlichkeiten im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Kovač, Hamburg 2012.
- KURTA, Linda: *Die deliktsrechtliche Verantwortung Minderjähriger im Vergleich zwischen deutschem, französischem und englischem Recht*, Kovač, Hamburg 2012.

#### V. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

- SCHULZE, Reiner (ed.): *Non-discrimination in European private law*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- STEINHAUSER, Lenz: *Altersdiskriminierung in Großbritannien*, Duncker & Humblot, Berlin 2012.

#### VI. DERECHO EUROPEO DE BIENES

- BILLER, Patricia: *Die neuen besitzlosen Mobiliarsicherheiten des französischen Rechts im Vergleich zum deutschen Mobiliarsicherheitsrecht*, Kölner Wissenschaftsverlag, Köln 2012.

- NEUBAUER, Egmont: *Easements und Servitudes. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Grunddienstbarkeiten im englischen und schottischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 2012.
- QUITMANN, Kristina: *Eigentums- und Besitzschutz im deutschen und englischen Recht. Rechtsvergleichende Analyse des Spannungsverhältnisses zwischen Eigentum und Besitz*, Duncker & Humblot, Berlin 2011.
- VAN ERP, SJEFF – SALOMONS, Arthur – AKKERMANS, Bram (eds.): *The Future of European Property Law*, Sellier European Law Publishers, München 2012.

## VII. DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

- AHRENS, Hans-Jürgen – MCGUIRE, Mary-Rose: *Modellgesetz für Geistiges Eigentum. Normtext und Begründung*, Sellier European Law Publishers, München 2012.
- BAIOCCHI, Enzo: *Der Schutz bekannter Marken unter besonderer Berücksichtigung der zivilrechtlichen Sanktionen. Eine Rechtsvergleichung zwischen dem deutsch-europäischen und dem brasilianisch-südamerikanischen Markenrecht*, Heymann, Köln 2012.
- LAUBER-RÖNSBERG, Anne: *Urheberrecht und Privatgebrauch. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und des britischen Rechts*, Nomos, Baden-Baden 2011.
- LEVENTER, N. Orly: *Google Book Search und vergleichendes Urheberrecht, unter Heranziehung des deutschen und des US-amerikanischen Rechts*, Nomos, Baden-Baden 2012.
- OHLY, Ansgar (ed.): *Common principles of European intellectual property law, papers which were presented at the conference on 20 and 21 November 2009*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- SANTANGELO, Chiara: *Der urheberrechtliche Schutz digitaler Werke. Eine vergleichende Untersuchung der Schutz- und Sanktionsmaßnahmen im deutschen, italienischen und englischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 2011.
- SCHNEIDER, Michael – PENTHEROUDAKIS, Chryssoula – ULLRICH, Gerhard (eds.) *Kommentierung des Europäischen Patentübereinkommens*, Heymann, Köln 2012.

## VIII. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- FERRARI, Franco: *Internationales Vertragsrecht. Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ. Kommentar*, 2. Auflage, Beck, München 2012.
- LEONHARDT, Peter – SMID, Stefan – ZEUNER, Mark (eds.): *Internationales Insolvenzrecht*, 2. Auflage, Kommentar, Kohlhammer, Stuttgart 2012.
- LÖHR, Silke: *Prozeßgrundrechte in Deutschland, Frankreich und England. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlin 2012.
- RIEDEL, Ernst: *Grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung*, 2. Aufl., RWS Verlag, Köln 2012.

- RIJAVEC, Vesna – JELINEK, Wolfgang – BREHM, Wolfgang (eds.): *Die Erleichterung der Zwangsvollstreckung in Europa*, Nomos, Baden-Baden 2012.
- RÜHL, Giesela: *Statut und Effizienz. Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- SCHNEIDER, Christof Alexander: *Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im internationalen geschäftsmännischen Verkehr*, Kovač, Hamburg 2012.

## ESPAÑA

### Bibliografía

ESTHER ARROYO AMAYUELAS\*  
ISABEL VIOLA DEMESTRE\*\*

#### 1. DERECHO EUROPEO – DIVERSOS

- BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría — GARRIGA SUAUA, Georgina (eds.): *Adaptación de la legislación interna a la Normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2012. ISBN: 9788497689496.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.<sup>a</sup> Dolores (dir.): *Derecho civil de la Unión europea*, Madrid, Colex, 2012, 5.<sup>a</sup> ed. ISBN: 9788483423349.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo – CERVELL HORTAL, María José – PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge – GARCIANDÍA GARMENDIA, Rosana: *La Unión europea y su derecho*, Madrid, Trotta, 2012. ISBN: 9788498792669.

#### 2. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- BARRÓN ARNICHES, Paloma de: *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*, Madrid, Reus ed., 2012. ISBN: 9788429016802.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve (dir.): *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Barcelona, Bosch, 2012. ISBN: 9788497909549.

#### 3. DERECHO PROCESAL

- JIMENO BULNES, Mar: *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Madrid, Civitas, 2011. ISBN 9788447036295.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la – CALDERÓN CUADRADO, Pía (eds.): *Derecho procesal civil europeo: Acceso a la justicia y auxilio judicial en la Unión Europea*, Vol. II, Pamplona, Aranzadi, 2011. ISBN: 9788499038162.

---

\* Prof. Titular de Derecho civil. Universidad de Barcelona.

\*\* Prof. Titular de Derecho civil. Universidad de Barcelona.

OLIVA SANTOS, Andrés de la – SENÉS MOTILLA, Carmen – VEGAS TORRES, Jaime (Eds.): *Derecho procesal civil europeo: Tutela judicial del crédito en la Unión Europea*, Vol. III, Aranzadi, 2011. ISBN: 9788499038087.

#### 4. DERECHOS HUMANOS

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo *et alii*: *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 2.<sup>a</sup> ed. ISBN: 9788490048566.

UTRILLA FERNÁNDEZ BERMEJO, Dolores: *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa. Derecho de la Unión europea y Convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012. ISBN: 9788447038275.

## Legislación

ISABEL VIOLA DEMESTRE

### **Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles\***

El RDL 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, RDLMACM) (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012) ha incorporado al derecho español la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DO L 136, de 24 de mayo de 2008) (*vid.* DF 7.<sup>a</sup>). Puesto que el plazo de transposición finalizaba el 21 de mayo de 2011, el Gobierno del Estado aprobó dicha regulación por el cauce del Real Decreto Ley, para su tramitación por la vía de urgencia (art. 86 CE) y, así, tratar de evitar posibles sanciones por parte de la Unión Europea (EM II, final). Aunque la norma entró en vigor al día siguiente de su publicación, y fue convalidado por el Congreso el 29 de marzo de 2012, actualmente está siendo tramitada como Proyecto de ley y tanto el Congreso como el Senado han publicado ya sus enmiendas (*vid.* DOCG núm. 6-1, de 10 de abril de 2012, Serie A, Proyectos de ley, núm. 121/000005).

La Directiva 2008/52/CE trata de asegurar un mejor acceso a la justicia (Cdo 3 y 5) con disposiciones que se refieren a la mediación en litigios transfronterizos (Cdo 8), sin perjuicio de que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional, que es, precisamente, lo que el RDLMACM ha llevado a cabo, conformando «un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España» (EM, II, penúltimo párrafo), dictado en ejercicio de competencias en materia de legislación mercantil, procesal y civil, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas (EM, III, penúltimo párrafo).

El RDLMACM define la mediación, en su artículo 1, como medio de solución de controversias, a diferencia del concepto de la Directiva, que la califica de procedimiento. Ello no obstante, también la norma española se refiere a ella como procedimiento en múltiples preceptos (arts. 6, 7, 9, 13,

\* Mientras el trabajo se encontraba en prensa, se ha publicado la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162, de 7 de julio).

rúbrica del título IV, arts. 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 25, 26). En otras ocasiones, el RDLMACM alude a la mediación como «fórmula de autocomposición», «instrumento eficaz para la resolución de controversias» y también «como institución ordenada a la paz jurídica». Por lo demás, la definición de la mediación del art. 1 RDLMACM coincide, prácticamente, con la del apartado *a*) del artículo 3 de la Directiva, si bien la norma española no se pronuncia acerca de que el mediador pueda ser un juez, siempre que no sea el responsable del procedimiento judicial vinculado a dicho litigio, como sí que prevé la Directiva.

En cuanto al ámbito de aplicación, ambas normas tienen por objeto la mediación en asuntos civiles y mercantiles, aunque la segunda abarca, además de los conflictos transfronterizos (definidos, respectivamente, en los art. 2 D. 2008/52 y art. 3 RDLMACM), también los litigios en los que, al menos, «una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español» (art. 2.1 RDLMACM), siempre que afecten a derechos y obligaciones disponibles por las partes (*a sensu contrario*, art. 1.2 D. 2008/52).

Se excluyen, expresamente, del ámbito de aplicación del RDL: la mediación penal; la mediación con las Administraciones Públicas; la mediación laboral y la mediación en materia de consumo (art. 1.2 y Cdo 11 D. 2008/52). Sin embargo, merece recordarse que el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, ya prevé la mediación como una fase en este procedimiento arbitral institucional, en los términos específicos previstos en el artículo 38 de dicha norma.

La calidad de la mediación, que los Estados miembros deberán fomentar de la manera que estimen pertinente, mediante la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten los servicios de mediación a los citados códigos, así como la formación inicial y continua de mediadores (art. 4 D. 2008/52), se contempla en los mismos términos en el artículo 12 RDLMACM. En correspondencia, y según la Disposición final quinta del mismo cuerpo legal, el Gobierno podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos a los mediadores y a las instituciones de mediación, como por ejemplo, la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación (sobre estas últimas, véase art. 5 y concordantes, como arts. 4, 11.2, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 22, 23 y 28; DF 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> RDLMACM). Las condiciones para ejercer de mediador, sus actuaciones y su responsabilidad vienen reguladas, respectivamente, en los artículos 11, 13 y 14 RDLMACM.

El artículo 5 D. 2008/52 prevé que el órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, en atención a las circunstancias, podrá proponer a las partes que recurran a mediación o, en su caso y si son posibles, a una sesión informativa. Este precepto tiene su reflejo en la modificación del artículo 414 LEC (DF 2.<sup>a</sup>, 10 RDLMACM). Esta derivación judicial a la mediación que prevé la Directiva, cuando proceda, queda limitada, pues, al trámite de la audiencia previa del juicio ordinario; no se prevé, en cambio, en este RDLMACM para otro momento procesal, ni tampoco para otros juicios (aunque la mediación en los procedimientos matrimoniales ya se contempla en los arts. 770 y 777 LEC, según redacción introducida la Ley 15/2005, de 8 de julio, por el que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento en materia de separación y divorcio, «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2005). Todo ello, sin perjuicio de que, si las partes conocen la mediación, puedan someterse a ella, tras la nueva

redacción del artículo 19 LEC (DF 2.<sup>a</sup>, 1 RDLMACM), solicitando la suspensión del proceso, de acuerdo con el nuevo inciso del artículo 415.1 LEC (redactado conforme a la DF 2.<sup>a</sup>, 11 RDLMACM).

La posibilidad de la obligatoriedad de la mediación que la Directiva reconoce (art. 5.2) no ha sido finalmente acogida por el legislador español, si bien en el Proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuya tramitación se inició durante la anterior legislatura (DOCG, de 29 de abril de 211, núm. 122-1, núm. 121/000122.), sí que lo preveía en reclamaciones de cantidad inferior a 6.000 euros (DF 4.<sup>a</sup>). Tampoco el RDLMACM ha establecido incentivos a la mediación, como por el contrario parece admitir la D. 2008/52. En cambio, sí que se prevé una suerte de «sanción», en sede de costas procesales (art. 395 LEC), en un inciso introducido por la DF 2.<sup>a</sup>, 9 RDLMACM. Y en el caso de que las partes se hubieren comprometido a someterse a mediación para resolver sus controversias o ya la hubieren iniciado, el artículo 10.2 RDLMACM establece que los tribunales no podrán conocer de dichas controversias, cuando la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. En consecuencia, en la DF 2.<sup>a</sup>, 2, 3, 4 y 5 RDLMACM, se da nueva redacción a los artículos 39, 63, 65 y 66 LEC, en relación con la citada declinatoria.

El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación constituye otro de los pilares sobre los que se asienta la D. 2008/52. Sobre la base de que la mediación «no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes (...)», «(...) los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva» (Cdo 19). El legislador estatal ha optado por la formalización en escritura pública del acuerdo alcanzado tras el procedimiento de mediación (arts. 25 y siguientes RDLMACM), específicamente individualizado y reconocido como título ejecutivo en el artículo 517.2 LEC (modificado a raíz de la DF 2.<sup>a</sup> RDLMACM, en su apartado 12 y siguientes). Esto puede ser objeto de crítica, al ubicar dicha escritura pública junto al laudo arbitral y entre los títulos tradicionalmente considerados como jurisdiccionales. Los acuerdos resultantes de la mediación podrán revestir, según el caso, cualquiera de las otras formas previstas en el artículo 517 LEC, teniendo la consideración, igualmente, de título ejecutivo, además de la escritura pública. Merece la pena destacar que el Estado español incumplió el plazo establecido en el artículo 12, en relación con el artículo 10 y el 6.3 D. 2008/52, en virtud de los cuales debería haber informado a la Comisión europea, antes del 21 de noviembre de 2010, de los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes del Estado que puedan recibir una solicitud con la finalidad de otorgar carácter ejecutivo al acuerdo escrito resultante de la mediación.

Los artículos 25.3 y 27 RDLMACM incorporan el carácter ejecutivo de los acuerdos de mediación transfronterizos (arts. 6.1 y 4 D. 2008/52).

Los principios de la mediación son la confidencialidad (art. 9 RDLMACM), voluntariedad (art. 6 RDLMACM); imparcialidad (arts. 7, 13.4 y 13.5 RDLMACM), neutralidad (art. 8 RDLMACM) y buena fe y respeto mutuo de las partes (art. 10 RDLMACM). Sin embargo, la D. 2008/52 sólo hace amplia referencia al principio de confidencialidad. En su virtud, ni el mediador ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación podrán ser obligados a declarar en un procedimiento judicial o arbitral posterior sobre la información obtenida en el procedimien-

to de mediación. Ambos textos coinciden en una excepción: el acuerdo de las partes, si bien la norma española establece requisitos más exigentes que la europea. Efectivamente, las partes, de manera expresa y por escrito, deben dispensar de esta obligación [art. 9.2 a) RDLMACM]. Difieren en las demás excepciones: en la D. 2008/52 se alude a razones de orden público de cada Estado, en particular, la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de la persona o también cuando el conocimiento del acuerdo resultante sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo. En el RDLMACM no se prevé ninguna de estas circunstancias; sí que se cita como otra excepción al deber de confidencialidad, que un juez penal inste, en resolución motivada, a declarar o a aportar documentos [art. 9. 2. b) RDLMACM].

El artículo 8 D. 2008/52 persigue que los Estados miembros establezcan medidas que traten de evitar que la mediación no impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje por haber prescrito los derechos o pretensiones. En consecuencia, el artículo 4 RDLMACM prevé la suspensión de la prescripción o caducidad de acciones a partir del momento de presentación de la solicitud por una de las partes o desde su depósito, en su caso, ante la institución de mediación. Los plazos se reinician tras terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la norma o, en su caso, con el acta final. El artículo 4.3 RDLMACM precisa que si no se firma el acta de la sesión constitutiva de la mediación en el plazo de 15 días naturales desde que se entiende que ésta ha dado comienzo, se levanta la suspensión y el plazo (de prescripción o de caducidad) se computa normalmente.

El art. 9 D. 2008/52 está dedicado a la información sobre la mediación. El precepto insta a los Estados miembros a que fomenten el acceso del público, en general, por los medios que sean (particularmente, vía internet) a la forma de ponerse en contacto con los mediadores y los organismos que prestan servicios de mediación. La DA 2.ª RDLMACM incorpora ese mandato. La norma española concede un papel relevante a las instituciones de mediación (EM III, 4 RDLMACM), con la posibilidad de ofrecer sesiones informativas abiertas para las personas interesadas en utilizar el procedimiento (art. 17.2 RDLMACM). Se contemplan actuaciones por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad inferior a 600 euros (art. 24 en relación con la DF 4.ª RDLMACM).

## ITALIA

### Bibliografía

MIRKO FACCIOLI, BARBARA PASA,  
MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO

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

AAVV, *Europa e diritto privato*, 2011, 4. El fascículo contiene diversos artículos de notorio interés para el derecho privado europeo, entre los cuales merecen

---

\* Ricercatore di diritto privato. Università di Verona.  
\*\* Ricercatore di diritto privato. Università di Verona.  
\*\*\* Professore ordinario di diritto privato. Università di Verona.



- especial mención, C. CASTRONOVO, «L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita», y S. MAZZAMUTO, «La nuova direttiva sui diritti del consumatore».
- AAVV, *Contratto e impresa/Europa*, 2012, 1. El fascículo viene íntegramente dedicado a las contribuciones de relevantes autores italianos e europeos sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, sobre un derecho común europeo de la compraventa [COM (2011) 635 def.]. Véase, además, sobre este tema, la contribución de M. MELI, «Proposta di regolamento - Diritto comune europeo della vendita», en: *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, pp. 183 ss.
- DE CRISTOFARO, G.: «La disciplina dei contratti aventi ad oggetto «pacchetti turistici» nel «codice del turismo» (d. legisl. 23 maggio 2011, n. 79): profili di novità e questioni problematiche», en *Studium iuris* 2011, 11, pp. 1143 y ss. (primera parte); 2011, 12, pp. 1282 ss. (segunda parte). La contribución ofrece un primer comentario de carácter sistemático sobre las novedades aportadas por el Decreto legislativo n. 79 de 2011, sobre el *Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'art. 14 della l. 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della Direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio*, en materia de contratos de venta de viajes combinados (inicialmente regulados en el *Codice del consumo* italiano).
- MAZZAMUTO, S.: *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012. El libro está dedicado, fundamentalmente, a estudiantes de derecho, pero también a los operadores jurídicos y a los estudiosos del derecho europeo. Tiene dos partes bien diferenciadas: la primera, de carácter general, trata de reconstruir los principios fundamentales del derecho contractual europeo, a partir del *common core* representado por la disciplina de los contratos con consumidores; la segunda parte, la parte especial, por el contrario, está dedicada a los tipos contractuales de matriz eminentemente europea y, señaladamente, la venta de bienes de consumo, el crédito al consumo, el contrato de viaje combinado y la multipropiedad.
- ZACCARIA, A.: *Mediazione e mandato, per tacer del contratto d'opera: ovverosia, «Le relazioni pericolose» nel Diritto civile*, Jena, 2011. A partir de una sentencia de la *Corte di Cassazione* italiana (la n. 16382, de 14 julio de 2009), el libro se ocupa del encuadramiento en la más amplia categoría del contrato de servicio, la mediación, el mandato y el contrato de obra, razonando a partir de una perspectiva de derecho comparado y de derecho privado europeo. El escrito se caracteriza por ser una publicación plurilingüe, en italiano, alemán, francés e inglés.
- ZORZI GALGANO, N.: *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, en: *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, dirigido por F. Galgano, Padova, 2012. Son objeto del libro las disciplinas, de matriz comunitaria, relativas a las prácticas comerciales desleales, y el llamado «desistimiento de protección», regulados, fundamentalmente, en el *Codice del consumo* italiano, que la autora considera que pueden ser objeto de análisis conjunto en la medida en que ambas tienden a proteger la libertad negocial del consumidor: las primeras representan un instrumento de presión para adquirir bienes o servicios o para concluir un con-

trato, o para su ejecución por parte del profesional; el segundo trata de proteger al consumidor de una captación indebida de su voluntad, a partir de las más variadas técnicas de contratación.

## II. DERECHO COMPARADO (Barbara Pasa\*)

- AJANI, Gianmaria – GAMBARO, Antonio – GRAZIADEI, Michele – SACCO, Rodolfo, VIGORITI, Vincenzo – WAELBROECK, Michel (curatori): *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Jovene, Napoli, 2011, pp. XXXVI-924. ISBN: 978-88-243-2063-4.
- ANTONIOLO, Luisa – BENACCHIO, Gian Antonio – TONIATTI, Roberto (curatori): *Le nuove frontiere della comparazione. Atti del I Convegno nazionale della SIRD, Milano, 5,6,7 maggio 2011*, Università degli Studi di Trento, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2012, pp. XIII + 360, Vol. 100. ISBN: 978-88-8443-409-8.
- BRUNO, Anna Silvia: *Constitutional fidelity, Saggio comparativo su una «figurazione» statunitense*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. VI-254. ISBN: 978-88-348-2688-1.
- CERAMI, Pietro – SERIO, Mario (curatori): *Scritti di comparazione e storia giuridica. Atti dei Seminari del dottorato di diritto comparato dell'Università di Palermo (Diritto privato comparato)*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. I-436. ISBN: 9788834819364.
- INFANTINO, Marta: *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, Stämpfli Verlag AG, Berna, 2012, pp. XXXIV-386. ISBN: 978-3-7272-2652-6.
- NEGRI, Alba: *Sistemi giuridici nel mondo*, con introduzione di Gabriele Crespi Reghizzi, Ristampa aggiornata, Giappichelli, Torino, 2012, pp. XVIII-322. ISBN: 978-88-348-2809-0.
- ROMEO, Graziella: *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo. Uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2012, pp. XII-308. ISBN: 9788813314293.
- SACCO, Rodolfo (curatore): *Digesto Discipline Privatistiche – Sezione Civile – Settimo aggiornamento*, Utet giuridica, Torino, 2012, pp. XX-1124. ISBN: 978-88-5980709-4.

## Legislación

(MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO)

**L.15 diciembre 2011, n. 217**, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2010*. La ley consta de dos capítulos, el primero (art. 1-4) con disposiciones generales y el segundo (art. 5-24) con los principios y criterios específicos de delegación legislativa, además de algunas normas particulares entre las que interesa señalar el art. 5, que introduce modificaciones

\* Professore Associato. Università di Torino.

en el *Codice del consumo* italiano en materia de servicios financieros a distancia.

**Art. 5.1, Decreto legislativo 24 enero 2012, n. 1, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività** convertido después, con modificaciones, en la L. 24 marzo 2012, n. 27. La norma ha introducido un nuevo art. 37 *bis* en el *Codice de consumo* italiano, sobre tutela administrativa de cláusulas abusivas, a cargo de la autoridad garante de la competencia y del mercado (AGCOM), análogamente a cuanto ya está previsto en materia de prácticas comerciales desleales (art. 20 ss *Codice del consumo*), que viene a añadirse al control judicial ordinario (arts. 33 ss. *Codice del consumo*).

## I. Espacio judicial europeo

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS\*

En la crónica anterior di mis primeras impresiones sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 635 final, de 11.10.2011], especialmente por lo que se refiere a su no fácil interacción con las normas de Derecho internacional privado. La editorial de la presente crónica se dedica también a comentar dicho instrumento. A continuación y siguiendo la línea que inicié voy realizar un breve análisis lo que se venido llamando el «*chapeau*» de la Propuesta, esto es, el instrumento jurídico que establece la normativa común en materia de compraventa (CESL) y que contiene cuestiones tan relevantes como su base jurídica, ámbito de aplicación territorial, material y personal y el modo en que las partes se pueden acoger a dicha normativa común europea.

Los antecedentes de la Propuesta son ampliamente conocidos y han recibido suficiente atención por parte de la doctrina. Por ello me limitaré a mencionar el Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas [COM (2010) 348 final, de 1.7.2010] cuyo objetivo principal consistió precisamente en definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior (...) y lanzar una consulta pública sobre las mismas. En particular se señalaban 7 posibles opciones entre las cuales figuraba la creación de un instrumento optativo de derecho contractual europeo que pudiera ser elegido por los consumidores y empresas como alternativa a las legislaciones nacionales aplicables a los contratos transfronterizos o nacionales (opción 4). En abril de 2010, la Comisión europea nombró un grupo de expertos para que elaborara una propuesta de Marco Común de Referencia también como instrumento opcional. Los expertos presentaron en mayo de 2011 el trabajo titulado *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*. A partir de dicho estudio y de las observaciones que recibió, la Comisión presentó la Propuesta que se comenta.

### Base jurídica

Como ya avancé en la crónica anterior, la base jurídica de la iniciativa no es el art. 81 TFUE, sino el 114 TFUE relativo a la aproximación de las dispo-

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESADE-Ramon Llull.

siciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. La Propuesta no se enmarca, por tanto, en el ámbito del espacio judicial europeo. Según la Exposición de Motivos la elección del artículo 114 TFUE como base jurídica se justifica en que con la Propuesta se «eliminarían los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales resultantes de las diferencias entre las normativas nacionales y, más en concreto, los costes de transacción adicionales y la complejidad jurídica que soportan los operadores cuando realizan operaciones transfronterizas y la falta de confianza en lo que respecta a sus propios derechos que sufren los consumidores al comprar en otro país de la UE, todo lo cual incide directamente en el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y limita la competencia». Además, se insiste en que la normativa común garantizaría un elevado nivel de protección de los consumidores, tal y como exige el artículo 114.3 TFUE, mediante la elaboración de normas imperativas.

### Ámbito de aplicación de la Propuesta

Ámbito de aplicación territorial: La Propuesta establece que la normativa común podrá aplicarse a los contratos que tengan carácter transfronterizo (art. 4). A tal efecto, establece que un contrato entre comerciantes se considerará transfronterizo si las partes tienen su residencia habitual en países diferentes, de los cuales uno, al menos, es un Estado miembro. La Propuesta da una definición autónoma de lo que debe entenderse por residencia habitual de las empresas y otros organismos, entendiéndose que será el lugar en que se encuentra su administración central. La residencia habitual de un comerciante que sea persona física será el lugar en el que ejerce su actividad principal. Por lo que se refiere a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor se considerará transfronterizo si (a) la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación están localizadas en un país distinto de aquel en el que el comerciante tiene su residencia habitual; y (b) al menos uno de dichos países es un Estado miembro.

Ámbito de aplicación material: según el artículo 5 la Propuesta de Reglamento se aplica a tres tipos de contratos:

*a)* Los contratos de compraventa, entendiéndose por tales «todo contrato en virtud del cual el comerciante («el vendedor») transfiere o se compromete a transferir a otra persona («el comprador») la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio; se incluyen también los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir, pero se excluyen los contratos de compraventa judicial o los contratos que impliquen, de cualquier otra manera, el ejercicio de autoridad pública (art. 2 k).

*b)* Los contratos de suministro de contenidos digitales, independientemente de que se suministren o no en un soporte material, que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no.

*c)* Los contratos de prestación de servicios relacionados, tanto si se había acordado un precio separado para esos servicios como si no. Según el art. 2 m se consideran servicios relacionados cualesquiera servicios relacionados con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el manteni-

miento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contrato de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de los contenidos digitales. Quedan excluidos los servicios de transporte, los servicios de formación, los servicios de apoyo a las telecomunicaciones.

Quedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Propuesta los denominados contratos mixtos, esto es, lo que incluyan cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relaciones, y los contratos vinculados a un crédito la consumo, es decir, los contratos entre un comerciante y un consumidor en los que el primero concede o se compromete a conceder al segundo un crédito en forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de financiación similar (art. 6.2). Sí que se incluyen los contratos entre un comerciante y un consumidor en los que se suministran o se prestan bienes, contenidos digitales o servicios relacionados del mismo tipo de forma continuada y el consumidor paga por ellos de manera escalonada mientras dura dicho suministro o prestación.

Ámbito de aplicación personal: según el artículo 7 de la Propuesta para poder recurrir la normativa común es necesario que el vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales sea un comerciante. Si todas las partes de la relación son comerciantes al menos una de ellas debe ser una pequeña o mediana empresa (PYME), sin perjuicio de que los Estados miembros supriman dicha exigencia (art. 13 b). Dicho extremo ha sido ya objeto de diversas críticas por parte de la doctrina pues no se entiende la limitación.

### **Normas sobre la aplicación de la normativa común**

Este corpus uniforme ha de considerarse como un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros disponible para las transacciones transfronterizas previo acuerdo válido de las partes. Se trata, por tanto, de un instrumento opcional que sólo será de aplicación en la medida en que las partes lo hayan elegido. Según el art. 8 en las relaciones de consumo, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común solo será válido si el consentimiento del consumidor se expresa mediante una declaración explícita independiente de la declaración por la que se indica el acuerdo para celebrar un contrato. Es necesario que el comerciante facilite al consumidor una confirmación del acuerdo en soporte duradero. Además, para quedar obligado por el acuerdo el comerciante debe facilitar al consumidor la ficha informativa que figura en el anexo II.

Como ya expuse en la crónica anterior la interacción de la normativa común con otros instrumentos comunitarios como los Reglamentos Roma I y II o extracomunitarios como el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías no es fácil y ello a pesar de que el Considerando 10 de la Propuesta establece que «El acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea debe ser una opción ejercida en el ámbito de aplicación de la legislación nacional respectiva aplicable con arreglo al Reglamento (CE) n.º 593/2008 o, por lo que hace a las obligaciones de información precontractual, con arreglo al Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley apli-

cable a las obligaciones extracontractuales [Reglamento (CE) n.º 864/2007], o cualquier otra norma pertinente en materia de conflicto de leyes».

## II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS\*

### Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (COM (2011) 635 fin), de 11 de octubre de 2011 (CESL)

#### 1. El CESL y el respeto del Principio de subsidiariedad

De acuerdo con el art. 6 del Protocolo sobre la aplicación de los Principios de subsidiariedad y proporcionalidad, todo Parlamento nacional podrá, en el plazo de seis semanas, dirigir un dictamen motivado al Presidente del Parlamento, la Comisión o el Consejo, donde se expongan las razones por las que se considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. Alemania, Austria y Gran Bretaña han enviado sus informes, todos coincidentes en que el principio de subsidiariedad no es respetado. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el art. 7 del Protocolo, no se ha alcanzado quórum suficiente para poder obligar a reconsiderar la Propuesta. A continuación se resume la posición del *Bundesrat* en Austria y Alemania. El dictamen de la *House of Commons*, que no se reproduce, puede leerse en: <http://www.parliament.uk/pagefiles/74689/23%2011%2011%20Draft%20Reasoned%20Opinion%20on%20Common%20European%20Sales%20law.pdf> (fecha de la última consulta, 19 mayo 2012).

a) *Parlamento europeo. Comisión de asuntos jurídicos: Comunicación a los Estados miembros del Dictamen motivado, de 1 de diciembre de 2011, del Consejo Federal de la República de Austria, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284 (COD)]* (fecha: 9.12.2011)

El *Bundesrat* austríaco sostiene que la Propuesta no es conforme con el principio de subsidiariedad. Entiende que la coexistencia de dos sistemas normativos no comporta el grado de seguridad jurídica que sería deseable, teniendo en cuenta que la Propuesta abandona a las legislaciones nacionales determinadas cuestiones que también forman parte de la relación jurídica de compraventa, como la capacidad o la representación. Se teme que puedan aparecer contradicciones si simultáneamente se tiene que aplicar el derecho nacional y el derecho europeo en materia de compraventa. Se sigue diciendo que la imprecisión de numerosos preceptos obligará a su interpretación por parte del TJUE, lo cual puede ser largo y, sobre todo, costoso y, a la larga, obstaculizará el acceso a la justicia. El dictamen también denuncia que se

---

\* Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo de investigación consolidado 2009 SGR 221.

hayan incluido en el instrumento opcional materias que antes no pudieron ser consensuadas como contenido de la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores y, en especial, se refiere a las cláusulas abusivas, dada las divergencias nacionales apreciables. Entiende que, a pesar de la naturaleza opcional del instrumento, el consumidor o la PYME –parte débil de la relación– no tendrá posibilidad alguna de influir en la elección. El *Bundesrat* no considera necesaria la Propuesta, puesto que entiende que la divergencia de legislaciones no es, en realidad, un obstáculo al mercado interior y, además, cree que aunque supusiera un ahorro en costes de transacción para las empresas, aumentarían los costes por la falta de seguridad jurídica para los consumidores. Denuncia la elección del art. 114 TFUE como base para la promulgación de la norma y, por el contrario, sugiere que ésta debería apoyarse en el art. 352 TFUE (que exige decisión unánime del Consejo). El *Bundesrat* advierte del riesgo de que la promulgación de tal norma propicie el abandono de la técnica armonizadora seguida hasta la fecha (mediante directivas y reglamentos) en materia de protección de los consumidores y lo lamenta, a la vista de las disposiciones «meramente rudimentarias», sobre contenido digital.

b) *Parlamento europeo. Comisión de asuntos jurídicos: Comunicación a los Estados miembros del Dictamen motivado, de 1 de diciembre de 2011, del Consejo Federal de la República de Austria, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284 (COD)]* (fecha: 16.12.2011)

El dictamen concluye que el art. 114 TFUE no puede servir de fundamento para la promulgación de la Propuesta: ésta no tiene por objeto la aproximación de legislaciones y no puede lograrla (STJUE 2 de mayo 2006, Asunto C–436/03, Parlamento c. Consejo) y, además, lo mismo se deduce de la interpretación literal (y, por tanto, restrictiva) del art. 118 TFUE. La competencia debería basarse en el art. 352 TFUE. La Propuesta no es conforme ni con el principio de subsidiariedad, ni con el de proporcionalidad.

Efectivamente, la medida no es adecuada para eliminar los obstáculos a la creación de un mercado interior, puesto que la diversidad de legislaciones en el ámbito contractual no es un obstáculo notable a la actividad económica de las empresas. Sí que lo son las barreras lingüísticas y las distancias geográficas. En cualquier caso, la regulación no es ni mucho menos completa, de manera que la medida no sólo sería insuficiente para el logro previsto sino que, además, contribuiría a una complicación innecesaria debido a la necesaria aplicación de distintos ordenamientos jurídicos a un contrato. Los problemas de interpretación autónoma son también destacados, así como el largo periodo de tiempo que cabría esperar hasta tener conceptos claros y consolidados por parte del TJUE, cuya función, por otra parte, no está pensada para ese cometido.

2. **Dictamen de la *Law Commission* y la *Schottisch Law Commission*, de 10 de noviembre de 2011, realizado a petición del Gobierno del Reino Unido sobre las ventajas y desventajas del CESL (en: [http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/Common\\_European\\_Sales\\_Law\\_Advice.pdf](http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/Common_European_Sales_Law_Advice.pdf)) (fecha de la última consulta: 19 de mayo de 2012).**

El informe considera que no es probable que los empresarios den al consumidor la posibilidad de elegir entre la aplicación del CESL o del Derecho nacional. Simplemente, se les impondrá, de manera que su opción quedará



limitada a contratar según el CESL o a no contratar con el empresario que se lo impone. En todo caso, entiende que la opcionalidad es buena y que el instrumento puede ser útil en el comercio transfronterizo en la UE. Las críticas se ciñen al contenido, que se considera poco claro o insuficiente (vgr. en relación con la no regulación de los requisitos de lengua, o la transmisión de la propiedad; o la corta regulación de la contratación fuera de establecimiento), o a la estructura y sistemática (se prefieren regulaciones separadas en dos códigos distintos para los contratos B2C y B2B). En relación con lo primero, baste señalar que los dos años que tiene el consumidor para rechazar la prestación se considera un elemento disuasorio para la utilización del CESL por parte del empresario, o que la falta de reconocimiento de la indemnización del daño moral puede reducir la protección del consumidor en determinados casos. Otros problemas son igualmente destacados y, en particular, el hecho de que el CESL no pueda aplicarse en las transacciones entre dos grandes empresas (una de ellas debe ser una PYME) –a pesar de que el dictamen no cree que desarrollar la contratación entre empresarios deba ser una prioridad– y que su ámbito sea exclusivamente el de la contratación transfronteriza. Se aboga por su utilización en los contratos internos, pero limitadamente a los contratos a distancia (cfr. art. 13 CESL) y, en especial, *on line*. Además, se considera poco razonable que el plazo de prescripción de 2 años se haga depender del conocimiento de la falta de conformidad (o posibilidad de conocerla) por parte del consumidor. Efectivamente, puesto que la infracción de la buena fe ha de impedir el ejercicio del remedio (art. 2 CESL), el consumidor que pretenda resolver transcurridos dos años desde la venta –y, por tanto, desee acogerse al plazo más largo de prescripción de 10 años (art. 180 CESL)– deberá probar que no conocía o no pudo conocer el defecto, lo cual, sin duda, es problemático y, por ende, puede acabar perjudicándole. No queda claro tampoco en qué casos deberá pagar por el uso de la cosa. Sin ánimo de exhaustividad, deben señalarse aun otras críticas, que se refieren a las exigencias de validez del contrato, en la contratación telefónica.

### III. Derechos Reales en la Unión Europea

HÉCTOR SIMÓN MORENO\*

#### 1. Legislación

A nivel europeo podemos destacar en primer lugar que el Comité Económico y Social (<http://www.eesc.europa.eu/>) presentó sus comentarios en fecha de marzo de 2012 a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 635 final]. Esta institución resalta que la delegación de algunas materias al Derecho nacional de cada Estado miembro provocará inseguridad jurídica a los empresarios, que se verán obligados a analizar previamente el resto de normas aplicables al contrato y a contar con la ayuda de un asesor jurídico. Entre estas materias encontramos el derecho de propiedad, en particular la transmisión del dominio y la propiedad intelectual. Por

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

lo tanto, el Comité pone de manifiesto que el buen funcionamiento del mercado interior no será posible sin la conveniente armonización de otras materias ajenas al derecho contractual, por ejemplo los derechos reales.

En segundo lugar, el Parlamento Europeo presentó en fecha 13 de marzo de 2012 su primera lectura sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (COM (2009) 154). El Parlamento mantiene que la sucesión, salvo pacto en contrario, se regirá por la ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento. Quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento la creación, administración o disolución de los *trusts*, la naturaleza de los derechos reales y cualquier inscripción que se lleve a cabo en un registro de derechos sobre muebles o inmuebles (artículos 1.3 *i, j, j bis*). Por lo tanto, dichas cuestiones se regirán por la *lex rei sitae*. Además, el Reglamento no pretende afectar a los derechos reales reconocidos en un Estado miembro, si su Derecho de propiedad desconoce el derecho real de que se trate (Considerando 10), por ejemplo si rige un sistema de *numerus clausus*. Así, en el caso de que una persona invocase un derecho real del que es titular en virtud de la ley aplicable a la sucesión, pero la ley del Estado miembro donde quiera invocar dicho derecho no regulara el derecho real en cuestión, este deberá ser adaptado al derecho real equivalente más cercano regulado en este último Estado (art. 22 bis). Por lo tanto, el Reglamento no acogería en puridad la técnica del reconocimiento mutuo sino la denominada *transposition into a minus* (SCHMID, Christoph, «Options under EU Law for the Implementation of a Eurohypothec», en Drewicz Tulodziecka, Agnieszka (ed.), *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, Warsaw, 2005, pp. 63 y 64), lo que podría conllevar un perjuicio para el titular del derecho real si la regulación del Estado miembro donde se pretende reconocer este derecho le otorga menos facultades. Pensemos por ejemplo en el ámbito hipotecario, donde la *Grundschuld* alemana (§ 1196 BGB), que tiene una naturaleza contractualmente accesoria, podría verse equiparada en el Derecho español a la hipoteca de máximo (arts. 153 y 153 bis LH), mucho menos flexible, segura y eficaz que aquélla. Esta normativa, de nuevo, constata la conveniente armonización de los derechos reales en la Unión Europea.

A nivel nacional podemos resaltar que el 16 de marzo de 2012 se publicó el Real Decreto Ley 8/2012, de 16 de marzo, sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (BOE 17 marzo 2012, núm. 66, p. 24332). Este texto proviene de la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009 (DOUE L 3 febrero 2009, núm. 33, p. 10), y prevé que el derecho de aprovechamiento por turno pueda constituirse como un derecho real limitado o bien tener un carácter obligacional (art. 23.1), en la línea de la ya derogada Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

## 2. Grupos de investigación

### *Common Core of European Private Law*

La 18.<sup>a</sup> reunión del grupo del *Common Core of European Private Law* (www.common-core.org), organizada por la *International University College*

of Turin (IUC) y el *Institute for the study of Political Economy and Law* (IPEL), volverá a tener lugar este año en la ciudad de Turín, concretamente los días 22 y 23 de junio de 2012. En el seno de este Grupo se discutirán de nuevo los cuestionarios sobre el derecho de propiedad, derecho de contratos y responsabilidad civil, que serán objeto de una publicación en el futuro (esperemos que en un plazo breve de tiempo).

### *Runder Tisch*

El grupo de la *Runder Tisch* que estudia el derecho real de hipoteca en 22 legislaciones europeas, se ha reunido los días 10 y 11 de mayo de 2012 en la sede de la *Verband deutscher Pfandbriefbanken* (impulsora del grupo) para analizar de nuevo los cuestionarios de cada país participante y añadir más preguntas a los mismos, en relación con el comportamiento del derecho real de hipoteca en sus sistemas hipotecarios.

### *Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe*

Los días 20 y 21 de abril de 2012 tuvo lugar el primer *Kick-Off Meeting* del grupo *Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe* (<http://www.tenlaw.uni-bremen.de/>), liderado por el Prof. Dr. Christoph Schmid (Universidad de Bremen), que ha recibido financiación de la Unión Europea (VII Programa Marco) para el estudio del arrendamiento en el Derecho privado europeo. La reunión sirvió para fijar las líneas de actuación del grupo y elaborar un cuestionario inicial, que será respondido por los Estados miembros participantes.

### 3. Libros

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

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann y Andreas Stier editan la obra *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (Oxford University Press, marzo 2012), que explica, entre sus más de 2000 páginas, el derecho de propiedad, incluyendo la propiedad intelectual, la protección de los derechos reales y los derechos reales sobre bienes inmuebles, con una especial atención a la eurohipoteca.

La obra *The Future of European Property Law*, editada por Sjef van Erp, Arthur Salomons y Bram Akkermans (Sellier, 2012), ya está a la venta después de un largo período de tiempo desde el anuncio de su publicación. En ella se analizan los aspectos relacionados con el dominio y los derechos reales en el DCFR, el *trust* y la interrelación entre los aspectos contractuales y reales en el derecho de garantías.

Ulrich Drobnig, coordinador del grupo *The Working Team on Credit Securities* en el seno del *Study Group on a European Civil Code* ([www.sgecc.net](http://www.sgecc.net)), es el encargado de la coordinación de la obra *Proprietary Security in Movable Assets* (Sellier, abril 2013), que recogerá los principios europeos en materia de garantías mobiliarias relevantes para el funcionamiento del mercado

interior. Por su parte, Stephen Swann, coordinador del grupo *The Working Team on Trusts*, en el seno del *Study Group on a European Civil Code*, es el encargado de la publicación de la obra *Trusts* (Sellier, diciembre 2012).

El autor de la presente crónica ha publicado el libro *La optimización de la hipoteca española desde la perspectiva europea* (Bosch, 2011), que tiene por objeto analizar de qué manera el modelo de eurohipoteca de 2005, junto con el resto de hipotecas europeas y de acuerdo con lo previsto en el Libro Blanco de 2007 sobre la integración del mercado europeo de crédito hipotecario (COM (2007) 807 final), puede ayudar a optimizar la hipoteca española. Y es que su regulación actual, incluso tras la reforma operada por la Ley 41/2007, del mercado hipotecario, no permite estructurar de forma óptima una serie de negocios hipotecarios en beneficio de prestamistas y prestatarios, lo que sí es posible con la eurohipoteca y en algunos sistemas hipotecarios europeos.

#### 4. Jurisprudencia y otras resoluciones

En este período podemos destacar:

a) La STJUE de 21 de diciembre de 2011, Asunto C-271/09 (TJCE 2011\349), que reitera la jurisprudencia anterior sobre el artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («*Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*»), de tal forma que dicho artículo no sustrae los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado. Por lo tanto, declara contraria al Derecho comunitario (en particular, a la libre circulación de capitales) la normativa polaca que restringe las inversiones por parte de los denominados fondos de pensiones abiertos en los demás Estados miembros.

b) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011 (TJCE 2011\346, Asunto C-212/09), donde se trata un nuevo caso de las llamadas «acciones de oro», que permiten al Estado tener un derecho de veto sobre las decisiones tomadas por empresas privatizadas cuando existan motivos de interés nacional.

c) Las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos, Asuntos C-105/12, C-106-/12, y C-107-/12), que cuestionan si es posible incluir dentro de la expresión *régimen de la propiedad* del artículo 345 ya citado la prohibición absoluta de privatización, que impide en el caso objeto de discusión que las participaciones en el capital de un gestor de red puedan transmitirse fuera del ámbito de las administraciones públicas.

d) La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de febrero de 2012 (BOE Núm. 62, 13 de marzo de 2012, p. 23504), que versa sobre un contrato de compraventa de una finca situada en Madrid que se formaliza ante un notario de Caracas (Venezuela). La Resolución considera aplicable la *lex contractus* a los aspectos obligacionales (en particular, el Convenio de Roma de 1980, hoy sustituido por el Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOL 4 julio 2008, núm. 177, p. 1), mientras que para los aspectos relativos al modo de adquisición del derecho real, su contenido, efectos y publicidad, resulta aplicable la *lex rei sitae ex artículo 10.1 del Código Civil*, es decir, la ley española. La cuestión en discordia era si la escritura pública es

un título eficaz para transmitir la propiedad inmobiliaria y causar inscripción en el Registro de la Propiedad español. La Dirección General deniega esta posibilidad por entender que no queda suficientemente acreditada la naturaleza de documento auténtico o público de conformidad con las leyes venezolanas, que eran de aplicación a la forma *ex* artículo 11 del Código Civil. La Resolución sigue por lo tanto la doctrina sentada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2007 [AC 2007\188], que resolvía una controversia en torno a la admisión en el Registro de la Propiedad español de una escritura pública de compraventa formalizada por notario alemán. En virtud de esta Sentencia, los documentos extranjeros no han de cumplir necesariamente con los requisitos, formalidades o solemnidades exigidos por la legislación española, sino únicamente con aquellos exigidos por la ley aplicable a la forma con base en las normas de Derecho internacional privado. Por lo tanto, la Dirección General modifica la postura que sostuvo respecto a una cuestión similar en Resolución de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005\2452).

## 5. Congresos y/o seminarios

En el mes de diciembre de 2011 tuvo lugar en Tallin la II Conferencia de CROBECO (*Cross Border Electronic Conveyancing*) y la XIV Asamblea General de la ELRA (*European Land Registry Association*, <http://www.elra.eu/>). El proyecto CROBECO está dirigido por la ELRA y cuenta con el apoyo de la Comisión Europea. Su finalidad principal es la creación de un marco de referencia que permita la adquisición transfronteriza de la propiedad inmobiliaria. Para lograr este objetivo, se ha llevado a cabo un programa piloto entre los Registros de España y los Países Bajos con la finalidad de lograr una compraventa transfronteriza realizada íntegramente por medios electrónicos. De este acto podemos destacar:

a) La publicación del manuscrito de Diana Wallis MEP y Sarah Allanson *European Property Rights and Wrongs: the role of the EU in protecting the right to property*, que recoge las conclusiones de un seminario sobre el Derecho de propiedad europeo celebrado el 14 de junio de 2011 en el Parlamento Europeo.

b) Las diferentes ponencias que tuvieron lugar, centradas en las últimas novedades legislativas en el seno de la Unión Europea, en particular la Directiva de Consumidores y Usuarios de 2011, la Propuesta de un instrumento común de compraventa de 2011 y la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 2011.

También podemos destacar la 9.<sup>a</sup> conferencia bianual *Modern Studies in Property Law 2012* (<http://www.southampton.ac.uk>), que tuvo lugar en la University of Southampton del 21 al 23 de marzo. En esta conferencia se trataron temas relacionados principalmente con el derecho de propiedad tal y como se configura en el Derecho angloamericano, como el contenido del *fee simple*, el *shared ownership lease* y la base para la protección de un *possessory interest* en el Derecho de propiedad. Los resultados de este encuentro, como viene siendo habitual, serán objeto de una publicación posterior.

## IV. Derecho de familia en la Unión Europea

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS\*

**STJUE de 26 de abril de 2012, Health Service Executive c. S.C. A.C., caso C-92/12 PPU**

La presente sentencia trae causa de un recurso prejudicial planteado por la *High Court of Justice* irlandesa en relación con un asunto que, pese a ser fundamentalmente, al menos desde la perspectiva del Derecho español, un asunto de Derecho público, se incluye en el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis). Demuestra la inadecuación de las disposiciones del Reglamento en asuntos transfronterizos en los que intervienen autoridades públicas y concurren las notas de provisionalidad y urgencia, así como la necesidad de dictar normas de aplicación interna del Reglamento que garanticen la operatividad del mismo y la continuidad de la protección del niño en el espacio.

S.C. es una adolescente de nacionalidad irlandesa que tiene su residencia habitual en Irlanda. Su madre, que parece ser el único pariente con el que la niña tiene relación, reside en Londres. Desde 2002, la niña se halla bajo la tutela del *Health Service Executive* (HSE), la autoridad pública irlandesa encargada de la protección de menores. La niña sufre una patología grave que la ha conducido a varias fugas de los centros en los que ha estado interna, así como a varios intentos de suicidio. Los médicos han dictaminado que lo conveniente es que ingrese en un centro de internamiento para recibir tratamiento especializado. Puesto que la niña se resiste resultan inevitables medidas de privación de libertad de carácter coactivo al menos durante un periodo inicial hasta que su situación se estabilice.

Al no existir un centro en Irlanda adaptado a sus necesidades, la HSE ha llegado a la conclusión de que lo mejor para la niña es ser internada en un centro en Inglaterra en las proximidades de la madre. A tal efecto la HSE ha solicitado una decisión judicial en Irlanda a fin de que la *High Court of Justice* irlandesa ordene la colocación de la niña en el centro inglés elegido a tal efecto.

El 29 de septiembre se informa a la Autoridad central irlandesa de la situación a fin de que ésta intermedie para la obtención de la aprobación de las autoridades competentes inglesas al acogimiento de la menor en el centro de internamiento situado en Inglaterra, de acuerdo con lo previsto en el art. 56.2 del Reglamento Bruselas II bis. La Autoridad central irlandesa se pone en contacto con su homóloga en Inglaterra. La Autoridad Central inglesa informa por carta a la Autoridad Central irlandesa de que el centro inglés elegido acepta el ingreso de la menor. Con posterioridad a tal comunicación las autoridades judiciales inglesa dictan una orden de ingreso de la niña en el centro inglés de internamiento. Dicha orden, que implica la adopción de medidas de detención de la niña de carácter coactivo, tiene carácter provisional y es renovable si de la evaluación periódica de las circunstancias se dedujere que el bienestar de la menor exige la continuidad del internamiento. En virtud de dicha decisión la HSE transfiere a S.C. a Inglaterra.

---

\* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

La *High Court* irlandesa plantea, no obstante, el recurso judicial porque se le suscitan dudas en relación a tres cuestiones. En primer lugar, no es evidente la aplicabilidad del Reglamento puesto que la decisión solicitada por HSE implica la adopción de medidas de detención y privación de libertad de la niña. En segundo término, la autoridad irlandesa manifiesta dudas acerca de si el centro inglés de internamiento es la autoridad pública que ha de aprobar el internamiento de la menor conforme al artículo 56.2 del Reglamento. Finalmente se plantea si es necesario que la decisión irlandesa sea reconocida y declarada ejecutiva en Inglaterra antes de que se produzca el traslado y el posterior ingreso de la menor. Puesto que la decisión irlandesa tiene efectos limitados en el tiempo, previéndose la posibilidad de renovación de la medida si ésta sigue siendo adecuada, surge asimismo la duda acerca de si resulta imperativo que cada sucesiva decisión irlandesa sea aprobada por la autoridad pública inglesa conforme prescribe el artículo 56.2 del instrumento comunitario, así como si es preciso que cada una de las decisiones dictadas en Irlanda sea declarada ejecutiva en Inglaterra con anterioridad a su ejecución.

El Tribunal de Justicia considera que las medidas que ordenen el internamiento de un menor en un centro se incluyen en el ámbito material del Reglamento 2201/2003, aun cuando conlleven medidas de privación de la libertad. Se invoca al respecto la jurisprudencia en relación al asunto «C» (sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06) que establece que el concepto de responsabilidad parental es un concepto amplio, que incluye al acogimiento de un menor en una familia o en un establecimiento. Es indiferente que el titular de la responsabilidad parental sea una autoridad pública.

Se vuelve en esta sentencia a repetir la pirueta argumentativa del asunto C. Aunque el artículo 1.1 del Reglamento establece que el mismo se aplica a las «materias civiles» relativas a la responsabilidad parental, esta limitación no tiene ninguna consecuencia. Se dice que no es relevante que de acuerdo con el Derecho nacional una medida sea considerada de Derecho público. Puesto que los artículos 56 y 1.2 hacen referencia al acogimiento en un establecimiento y para tal acogimiento pueden ser necesarias medidas que impliquen la privación de libertad tales medidas acaban considerándose materia civil, pues lo contrario significaría, se dice, dejar fuera del Reglamento a niños cuya situación es especialmente vulnerable, infringiendo el principio de igualdad. Lo único que se exige es que se trate de medidas adoptadas con la intención de proteger al niño, pues de acuerdo con el artículo 1.3 g del Reglamento las medidas de detención que sean consecuencia de la comisión de hechos ilícitos se excluyen del ámbito de aplicación del instrumento.

El Tribunal de Justicia no parece, por consiguiente, considerar que el hecho de que, según el tenor literal del art.1 del Reglamento, haya de tratarse de medidas de carácter civil, suponga ninguna limitación, por lo que ha de inferirse que todas las medidas dictadas en conexión con la protección del niño han de incluirse en el ámbito de aplicación material del Reglamento.

La segunda cuestión que genera dudas es la identidad de la autoridad pública competente que ha de aprobar la colocación según prevé el art. 56 del Reglamento. En el asunto de autos la Autoridad central inglesa se limitó a recabar el consentimiento de la institución en la que se quería internar a la niña. Sin embargo, la *High Court* irlandesa apunta que tal centro podría no reunir los requisitos para ser considerado la «autoridad pública» competente a la que se refiere el citado precepto del Reglamento. Se señala asimismo que podría no ser una entidad imparcial pues tiene un interés económico directo en aceptar la colocación de S.C.

El Tribunal de Justicia responde que la autoridad competente a la que se refiere el artículo 56 puede ser tanto la Autoridad central como otra autoridad competente, correspondiendo a cada Estado miembro concretar dicho extremo, pues el procedimiento de aprobación se rige por el Derecho nacional del Estado requerido. Señala, no obstante, que el propio uso del término «autoridad» indica que ha de tratarse de un organismo público. No es, por otro lado, conforme al Reglamento que sea el propio centro en el que se quiere internar al menor quien consienta, puesto que la protección del menor, sobre todo en casos que impliquen una privación de la libertad, requiere un juicio independiente que no puede ser prestado por un centro que deriva un beneficio económico del internamiento de la niña.

Se pone de manifiesto en este punto que la legislación inglesa no ha sido adaptada a las exigencias del Reglamento. Las autoridades judiciales irlandesas han actuado correctamente recabando la intermediación de las Autoridades Centrales del Estado requirente y requerido. Pero, como ocurre con cierta frecuencia, la aplicación del instrumento comunitario encuentra dificultades que provienen de la falta de normativa de aplicación interna del Reglamento, que impiden identificar cuál es la autoridad pública inglesa a la que corresponde aprobar la colocación prevista por las autoridades irlandesas. Corresponde por tanto al legislador inglés subsanar los déficits que esta sentencia del Tribunal de Justicia pone de manifiesto, siendo imperativo que la aprobación prevista en el artículo 56.2 del Reglamento corresponda a una autoridad pública que sea una autoridad independiente no inmersa en un conflicto de intereses.

En tercer lugar, plantea dificultades el reconocimiento y ejecución de la orden de internamiento dictada en un Estado miembro en el Estado miembro en que ha de producirse el ingreso de la menor en un centro. En estos casos urge actuar, no siendo aconsejable posponer la ejecución de la medida hasta que su reconocimiento en el Estado requerido sea firme. De ahí que en el caso de autos se actuara prescindiendo del reconocimiento de la decisión irlandesa en Inglaterra. Sin embargo, las autoridades judiciales irlandesas demuestran ser conscientes de que esta vía de hecho crea una situación jurídica poco clara que podría implicar a desprotección de la niña.

A este respecto el Tribunal de Justicia distingue claramente entre el reconocimiento y la ejecución de las medidas adoptadas. En virtud del principio de confianza mutua ha de considerarse que una decisión dictada en un Estado miembro que ordena el ingreso de un niño en una institución situada en otro Estado miembro es una decisión reconocible salvo que y hasta que se haya dictado una decisión de no reconocimiento. Sin embargo, en la medida en que la decisión adoptada en el Estado requirente entrañe el uso de la fuerza habrá de declararse ejecutiva en el Estado miembro requerido con carácter previo a su ejecución, pues el Reglamento solo permite prescindir de tal declaración en relación a dos categorías de decisiones, las que ordenen el retorno del niño en el contexto de una sustracción de menores y las referidas al derecho de visita. Por consiguiente no se puede prescindir de la solicitud de una declaración de ejecutividad de las medidas en el Estado requerido con carácter previo a la ejecución de la medida, aunque la tramitación genere demoras.

Las medidas que recomienda el Tribunal a fin de reforzar la operatividad del Reglamento en circunstancias como las de autos son meramente paliativas y dependen en gran medida de la normativa nacional de aplicación interna del Reglamento. Se recomienda que la declaración de ejecutividad se dicte con la máxima celeridad y que un eventual recurso contra la misma no tenga efectos



suspensivos. Ello solo será posible si así se prevé en el Derecho procesal interno del Estado requerido que habría de adaptarse a dichas exigencias. El Tribunal recuerda asimismo que existe la posibilidad de adopción de medidas provisionales y urgentes para asegurar la protección de la niña hasta que se dicte la declaración de ejecutividad. Conforme al artículo 20 (2) de Reglamento las autoridades inglesas serían competentes para dictar dichas medidas.

Finalmente también se examina si es necesario activar el mecanismo del artículo 56 del Reglamento (aprobación por parte de la autoridad competente del Estado requerido) y solicitar el reconocimiento y ejecución de las sucesivas decisiones judiciales que en Irlanda renueven la decisión de colocación y detención de la niña en la institución inglesa. La respuesta del Tribunal es afirmativa, pues el reconocimiento de una decisión no puede conferirle a dicha decisión efectos distintos a los que tiene en su Estado de origen. Por tanto, si se ha optado por dictar una decisión limitada en el tiempo será necesario volver a activar los mecanismos del artículo 56 y solicitar el reconocimiento y ejecución de decisiones posteriores que sucedan a la primera.

Obviamente esta solución parece poco práctica por lo que el propio Tribunal de Justicia sugiere que en asuntos transfronterizos se ordene el internamiento por periodos de tiempo superiores. Desde nuestro punto de vista podría asimismo ser aconsejable que en circunstancias análogas a las de este caso se active el mecanismo de transmisión del asunto del art. 15 del Reglamento de forma que la competencia para la protección del niño se transfiera a las autoridades del lugar en el que el niño se halle, que, por razones de proximidad, estarán en mejores condiciones para evaluar si el interés superior del niño aconseja la continuidad de la orden de internamiento.

En definitiva la sentencia dictada en este asunto pone de manifiesto que el concepto de responsabilidad parental es un concepto muy amplio y que el Reglamento ha de aplicarse también en supuestos que desde la óptica del Derecho español se encuadrarían en la protección administrativa de los menores. El engarce entre las disposiciones del Reglamento y la normativa interna puede presentar en este ámbito especiales dificultades. Las demoras que implica la obtención de la declaración de ejecutividad de las medidas extranjeras en el Estado requerido no son compatibles con las necesidades de continuidad de la protección del menor en el espacio. Parece asimismo conveniente una mejor articulación de la cooperación entre las autoridades de los distintos Estados miembros.

## V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea

ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ\*

### 1. Directivas

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas

---

\* Profesora Lectora de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Barcelona.

como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DOUE L 337/9 de 20 de diciembre de 2011).

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión europea consideran que es necesario introducir una serie cambios sustantivos en la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección. De ahí que se apruebe la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DOUE L 337/9 de 20 de diciembre de 2011).

El principal objetivo de esta Directiva es, por una parte, asegurar que los Estados miembros apliquen criterios comunes para la identificación de personas auténticamente necesitadas de protección y, por otra, asegurar que un nivel mínimo de prestaciones esté disponible para dichas personas en todos los Estados miembros.

Una de las condiciones para el reconocimiento del estatuto de refugiado es la existencia de un nexo causal entre los motivos de persecución (raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, o pertenencia a un determinado grupo social) y los actos de persecución o la ausencia de protección contra tales actos. A efectos de definir un grupo social se tendrán en cuenta cuestiones relativas al sexo que puedan estar vinculadas a tradiciones jurídicas y costumbres de las que puedan derivarse, por ejemplo, la mutilación genital, la esterilización forzada o el aborto forzado.

En este contexto debe realizarse un esfuerzo para abordar los problemas que impiden a los beneficiarios de protección internacional tener un acceso efectivo y en condiciones de igualdad a las oportunidades educativas relacionadas con el empleo y la formación profesional. Así se tomarán medidas para garantizar el acceso a la educación en condiciones de igualdad con los nacionales (art. 27) así como para solucionar las dificultades prácticas que encuentran los beneficiarios de protección internacional para la autenticación de los certificados, diplomas y pruebas de calificaciones oficiales debido a la falta de pruebas documentales o a la incapacidad para sufragar los costes relacionados con procedimientos de reconocimiento (art. 28).

A efectos de prevenir las penalidades sociales procede también disponer en el ámbito de la asistencia social para los beneficiarios de protección internacional la concesión no discriminatoria de las prestaciones sociales y los medios de subsistencia adecuados (art. 29). Los Estados miembros velarán también por el acceso en condiciones de igualdad con los nacionales a la asistencia sanitaria (art. 30) y a la vivienda (art. 32). De igual forma, se asegurará la libre circulación a los beneficiarios protección internacional en igualdad de condiciones que a los nacionales (art. 33).

## 2. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Sala Cuarta) de 20 de octubre de 2011, (TJCE/2011/320) Asunto C- 123/10 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberster Gerichtshof (Austria), mediante resolución de 9 de febrero de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia el 8 de marzo de 2010 en el procedimiento entre Waltraud Brachner y Pensionsversicherungsanstalt.

En el asunto se enjuicia el supuesto de la Sra Brachner, que percibe una pensión de jubilación que en el año 2007 ascendía a 368.16 euros brutos mensuales. A la Sra. Brachner se le denegó el suplemento compensatorio porque su cónyuge percibía una pensión mensual de 1340.33 euros netos, que sumados a sus propios ingresos, resultaban en una cantidad que excedía de la señalada por el nivel de referencia a efectos de dicho suplemento. El órgano judicial remitente plantea la cuestión de si la actualización de las pensiones llevada a cabo por el legislador austriaco para el ejercicio 2008 infringe el artículo 4 de la Directiva 79/7 debido a la existencia de una discriminación indirecta de las mujeres.

Mediante su primera cuestión el órgano judicial nacional pregunta si el artículo 3.1 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que un régimen de actualización anual de las pensiones como el del litigio principal está incluido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva y, por tanto las disposiciones relativas a su régimen se someten a la prohibición de discriminación del artículo 4.1 de la misma. A este respecto debe decirse que la pensión abonada a la Sra. Brachner tiene por objeto proteger contra el riesgo de vejez de las personas que han alcanzado la edad de jubilación garantizándoles que puedan cubrir sus necesidades. Sin embargo, la actualización aplicada a la misma responde a la voluntad de salvaguardar el poder adquisitivo de las pensiones con respecto a la evolución de los precios al consumo y no a cubrir las necesidades del pensionista por lo debe interpretarse que un régimen de actualización como el del litigio queda incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7.

Una segunda cuestión es si una disposición nacional que excluya de un incremento extraordinario de las pensiones a un grupo de pensionistas cuando ello perjudica a muchas más mujeres que hombres es contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7 por constituir una discriminación indirecta. Los datos estadísticos apuntan a que un 75 % de los hombres que recibían dichas pensión pudieron acogerse al incremento mientras que sólo un 43 % de las mujeres pudieron hacerlo. La diferencia tiene, a juicio del tribunal, suficiente envergadura como para interpretar que el precepto legal nacional en el que se ampara es contrario al artículo 4.1 de la Directiva 79/7.

Finalmente, el tribunal se plantea si dicha diferencia podría justificarse por el hecho de que las mujeres que han trabajado acceden antes a la pensión de jubilación, que perciben su pensión durante más tiempo o que el nivel de referencia a efectos de suplemento también se elevó extraordinariamente para el año 2008 pues el artículo 4.1 de la Directiva 79/7 permite la diferencia de trato cuando está basada en cuestiones objetivas. Es cierto que en un sistema de de seguridad social de carácter contributivo debe existir un equilibrio entre las cotizaciones abonadas y las percibidas y que las mujeres hayan cotizado menos es un factor que explica que reciban un importe más bajo de pensión. Sin embargo, dicho factor no puede ser teni-

do en cuenta para calcular la actualización de la pensión pues ello responde a la voluntad de mantener el poder adquisitivo y no constituye una contrapartida a las cotizaciones abonadas. Por otra parte, tampoco puede alegarse que la esperanza de vida de las mujeres es mayor y por ello perciben la pensión durante más tiempo para excluirlas del régimen de actualización pues éste persigue garantizar el poder adquisitivo del pensionista. Por la misma razón, el criterio de la globalización de los ingresos que toma como referencia los ingresos del cónyuge para atribuir o no el incremento de la pensión no está justificado pues éste responde a la voluntad de mantener el poder adquisitivo y no a establecer las necesidades reales del pensionista. Por todo ello, el artículo 4.1 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que si un porcentaje más elevado de mujeres que de hombres deja de percibir el incremento, dicha desventaja no puede justificarse por los motivos antedichos.

STJUE (Sala Cuarta) de 29 de marzo de 2012 (TJCE/2012/84), Asunto C-417/10 que tienen por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Corte Suprema di Cassazione (Italia) mediante resolución de 27 de mayo de 2010, recibida ante el Tribunal de Justicia el 23 de agosto de 2010, en el procedimiento entre Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate y 3M Italia SpA.

En el presente litigio se analiza una normativa nacional que permite que sobre un asunto de fiscalidad directa se aplique una disposición nacional que establece la terminación de los procedimientos pendientes ante el órgano judicial que se pronuncia en última instancia en materia tributaria, mediante el pago de un importe equivalente al 5% de la cuantía del litigio, obligación prácticamente simbólica, cuando dichos procedimientos se hayan iniciado a través de un recurso interpuesto en primera instancia más de diez años antes de la fecha de entrada en vigor de la citada disposición y las pretensiones de la Administración tributaria hayan sido desestimadas en las dos primeras instancias.

En relación con las libertades garantizadas por el TFUE y el principio de no discriminación, la operación controvertida en el litigio principal sólo parece afectar a la libre circulación de capitales puesto que se trata de una cesión efectuada por una sociedad de un Estado tercero del usufructo de acciones de una sociedad italiana a favor de otra sociedad italiana. El principio de no discriminación por razón de nacionalidad, expresión de esas libertades, no se opone a que en un asunto de fiscalidad directa se aplique a una disposición nacional como la analizada.

### 3. Informes

Informe sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea - 2011 (2011/2244 (INI)). Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género. Documento de sesión A7-0041/2012 de 2 de marzo 2012.

En el ámbito de la independencia económica se solicita que los Estados miembro velen por que sus leyes de matrimonio, divorcio y regímenes económicos matrimoniales no presenten ni directa ni indirectamente «trampas» para los cónyuges en especial para la mujer por lo que debe asegurarse una

buena información en ese sentido. Asimismo se proponen una serie de medidas dirigidas a garantizar la conciliación de la vida personal y familiar con la laboral como invertir en instalaciones asequibles para el cuidado de los niños, de las personas enfermas, con discapacidad, edad avanzada, establecer medidas de seguridad social personalizadas para aumentar la autonomía de la mujer, permiso de maternidad y paternidad... Se propone desarrollar el concepto de propiedad compartida con el fin de garantizar el pleno reconocimiento de los derechos de la mujer en el sector agrícola. Se pide el reconocimiento de las parejas de hecho incluidas las del mismo sexo para garantizar la igualdad de trato en el ámbito laboral, la libre circulación, fiscalidad y seguridad social. Se solicita que se tenga en cuenta la igualdad de género en la legislación fiscal y que se creen estructuras de formación y asesoramiento para fomentar el espíritu empresarial de la mujer.

Respecto de la retribución salarial se constata que las mujeres no perciben todavía el mismo salario por igual trabajo y aboga por una estrategia diversificada por parte de las instituciones europeas, los Estados miembro y los interlocutores sociales que aborde las causas de as situación y se establezca como objetivo la reducción de un 10 % de diferencial retributivo. Asimismo, se expresa preocupación respecto de algunas normativas nacionales que permiten que las mujeres presenten dimisiones firmadas con antelación a los empleadores en el momento de la contratación con el objeto de eludir la normativa relativa a la protección de la maternidad.

Sobre la igualdad en la toma de decisiones, se constata que, pese a que las mujeres representan el 60 % de los nuevos titulados universitarios, siguen infrarrepresentadas en los puestos decisorios de la economía o en los puestos de dirección de las empresas. Se solicita a los Estados miembros que tomen medidas para garantizar la presencia equilibrada de mujeres en los puestos de dirección.

En relación con la dignidad, integridad y fin de la violencia sexista el Parlamento europeo reitera la necesidad de que la Comisión presente una estrategia para la UE para poner fin a la violencia contra la mujer que incluya un instrumento jurídico de Derecho penal. Se solicita a los Estados miembro que tomen medidas para luchar contra la violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, la violencia sexual, el acoso, los denominados asesinatos de honor, la mutilación genital femenina, los matrimonios forzados y otras formas de violencia y violación de los derechos de las personas. Se hace hincapié en la importancia de que los Estados miembro fomenten la reinserción laboral de las mujeres que han sido víctimas de violencia de género pues, aunque no es la única, la vulnerabilidad económica es una de las causas de violencia doméstica. También se manifiesta preocupación por el incremento del VIH y otras enfermedades de transmisión sexual entre mujeres jóvenes por lo que se insta a la Comisión a poner más énfasis en la prevención.

Se solicita, por otra parte, a los Estados miembros, que se preste especial atención a los grupos de mujeres especialmente vulnerables por tener discapacidad, edad avanzada, escasa o nula formación...y que se introduzcan enfoques integrados para mejorar la respuesta frente a casos de discriminación múltiple y la gestión de los mismos.

## VI. Derecho de autor en la Unión Europea

JAVIER POU DE AVILÉS SANS\*

STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>), de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art.267 TFUE, por la Cour d'appel de Bruxelles (Bélgica), en el procedimiento entre Scarlet Extended, SA y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM).

Ha de examinarse si el requerimiento judicial controvertido en el litigio principal, que ordenaría al PAI establecer el sistema de filtrado litigioso, le obligaría con ello a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. A este respecto, consta en autos que el establecimiento de dicho sistema de filtrado implicaría:

- a) que el PAI identifique, en primer lugar, de entre el conjunto de las comunicaciones electrónicas de todos sus clientes, los archivos correspondientes al tráfico *peer-to-peer*;
- b) que identifique, en segundo lugar, en el ámbito de dicho tráfico, los archivos que contengan obras sobre las que los titulares de derechos de propiedad intelectual tengan supuestamente derechos;
- c) que determine, en tercer lugar, cuáles de esos archivos se intercambian de un modo ilícito; y
- d) que proceda, en cuarto lugar, a bloquear los intercambios de archivos que considere ilícitos.

Por lo tanto, dicha supervisión preventiva exigiría una vigilancia activa de la totalidad de las comunicaciones electrónicas efectuadas en la red del PAI afectado y, por lo tanto, comprendería todos los datos que se vayan a transmitir y todos los clientes que utilicen dicha red.

Habida cuenta de lo anterior, procede declarar que el requerimiento judicial por el que se ordena al PAI afectado establecer el sistema de filtrado litigioso le obligaría a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos respecto de todos sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. De ello se desprende que el citado requerimiento judicial impondría a dicho PAI una supervisión general prohibida por el art.15, apartado 1, de la Directiva 2000/31.

STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>), de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-283/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por la Înalta Curte de Casatie si Justitie (Rumanía), en el procedimiento entre Circul Globus Bucuresti y Uniunea Compozitorilor si Muzicologilor din România – Asociatia pentru Drepturi de Autor (UCMR – ADA).

En una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que, como se desprende de la resolución de remisión, las obras musicales comunicadas al público en el ámbito de espectáculos circenses y de cabaret se ejecu-

\* Abogado. Prof. Asociado Derecho civil. U. Autónoma de Barcelona.

tan en directo, existe ese elemento de contacto físico y directo, por lo que, contrariamente al requisito establecido en la segunda frase del vigésimo tercer considerando de la Directiva 2001/29, el público está presente en el lugar en el que se origina la comunicación.

El derecho de comunicación al público abarca cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión, y no abarca ningún otro tipo de actos. Así pues, el citado derecho no comprende los actos que no impliquen una «transmisión» o «retransmisión» de una obra, como los actos de representación o ejecución directa de una obra.

La Directiva 2001/29 y, concretamente, su artículo 3, apartado 1, deben interpretarse en el sentido de que se refieren únicamente a la comunicación a un público que no esté presente en el lugar en el que se origine la comunicación, quedando excluida cualquier otra comunicación de una obra realizada directamente, en un lugar abierto al público, por cualquier forma de ejecución pública o de presentación directa de la obra.

STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>), de 1 de diciembre de 2011, Asunto C-446/09, que tiene por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo a los arts. 234 CE y 267 TFUE por el rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (Bélgica) y por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) en los procedimientos entre Koninklijke Philips Electronics NV (asunto C 446/09) y Lucheng Meijing Industrial Company Ltd, Far East Sourcing Ltd, Röhlig Hong Kong Ltd, Röhlig Belgium NV, y Nokia Corporation (asunto C 495/09) y Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs.

Procede responder a las cuestiones planteadas que los Reglamentos núms. 3295/94 y 1383/2003 deben interpretarse en el sentido de que:

a) las mercancías procedentes de un tercer Estado y que son una imitación de un producto protegido en la Unión por un derecho de marca o una copia de un producto protegido en la Unión mediante un derecho de autor, un derecho afín, un modelo o un dibujo no pueden calificarse de «mercancías falsificadas» o de «mercancías piratas» en el sentido de los citados Reglamentos por el mero hecho de que se hayan introducido en el territorio aduanero de la Unión bajo un régimen suspensivo;

b) dichas mercancías pueden, en cambio, vulnerar el citado derecho y, por tanto, calificarse de «mercancías falsificadas» o de «mercancías piratas» cuando se acredite que están destinadas a una comercialización en la Unión, extremo que queda acreditado, en particular, cuando resulta que las citadas mercancías han sido objeto de una venta a un cliente en la Unión o de una oferta de venta o de publicidad dirigida a consumidores en la Unión, o cuando resulta de documentos o de correspondencia relativa a dichas mercancías que se prevé una desviación de éstas a los consumidores en la Unión;

c) para que la autoridad competente para resolver sobre el fondo pueda examinar adecuadamente la existencia de tal prueba y de otros elementos constitutivos de una vulneración del derecho de propiedad intelectual invocado, la autoridad aduanera ante la que se presenta una solicitud de intervención debe, en cuanto disponga de indicios que permitan sospechar la existencia de la citada vulneración, suspender el levante o proceder a la retención de las citadas mercancías; y que

d) entre estos indicios pueden figurar, en particular, el hecho de que el destino de las mercancías no se haya declarado pese a que el régimen suspensivo solicitado exige tal declaración, la inexistencia de información precisa o fiable sobre la identidad o la dirección del fabricante o del expedidor de las mercancías, la falta de cooperación con las autoridades aduaneras o también el descubrimiento de documentos o de correspondencia relativa a las mercancías en cuestión que haga suponer que puede producirse una desviación de éstas a los consumidores en la Unión.

STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>), de 1 de diciembre de 2011, Asunto C-145/2010, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Handelsgericht Wien (Austria), en el procedimiento entre Eva-Maria Painer y Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH y Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG.

Por lo que se refiere a la cuestión de si las fotografías realistas, especialmente los retratos fotográficos, gozan de la protección de los derechos de autor en virtud del art. 6 de la Directiva 93/98, es preciso señalar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado, en la sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, Rec. p. I-6569, apartado 35), que los derechos de autor sólo se aplican a la obra, como una fotografía, que es original en el sentido de creación intelectual atribuida a su autor.

Respecto de un retrato fotográfico, debe señalarse que el autor podrá tomar sus decisiones libres y creativas de diversas maneras y en diferentes momentos durante su realización. En la fase preparatoria, el autor podrá elegir la escenificación, la pose de la persona que se va a fotografiar o la iluminación. Al hacer el retrato fotográfico, podrá seleccionar el encuadramiento, el enfoque o incluso el ambiente creado. Por último, al obtener copias, el autor podrá elegir, de entre las diversas técnicas de revelado que existen, la que desee utilizar, y podrá recurrir eventualmente a programas informáticos. Mediante estas diversas opciones, el autor de un retrato fotográfico podrá dejar su «impronta personal» en la obra creada.

En vista de lo expuesto anteriormente, debe considerarse por tanto que un retrato fotográfico puede ser protegido por derechos de autor, en virtud del art. 6 de la Directiva 93/98, siempre que sea una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que se manifieste por las decisiones libres y creativas del mismo al realizarlo, lo cual corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional en cada caso concreto.

Respecto de un retrato fotográfico, la protección que confiere el art. 2, letra a), de la Directiva 2001/29 no puede ser inferior a aquélla de que gozan otras obras, incluidas las demás obras fotográficas.

No es dable permitir a un medio de comunicación, como una editora de prensa en este caso, que se atribuya la protección de la seguridad pública. En efecto, sólo el Estado, cuyas autoridades competentes cuentan con medios adecuados y con estructuras coordinadas, debe considerarse responsable y apto para garantizar el logro de ese objetivo de interés general con medidas apropiadas, incluida, por ejemplo, la emisión de una orden de búsqueda. En consecuencia, tal editora no puede utilizar por su propia iniciativa una obra protegida por derechos de autor invocando un objetivo de seguridad pública. Así las cosas, habida cuenta de la vocación de la prensa –en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho– de informar al público sin más



restricciones que las estrictamente necesarias, no cabe excluir que una editora de prensa pueda contribuir puntualmente al logro de un objetivo de seguridad pública difundiendo una fotografía de una persona a la que se busca. No obstante, debe exigirse que esta iniciativa, por una parte, se inscriba en el contexto de una decisión adoptada o de una acción llevada a cabo por las autoridades nacionales competentes con objeto de garantizar la seguridad pública y, por otra, se tome de acuerdo y de forma coordinada con dichas autoridades, para evitar el riesgo de ir contra las medidas adoptadas por éstas. Sin embargo, no es necesario un llamamiento concreto, actual y expreso de las autoridades de seguridad para la publicación de una fotografía con fines de búsqueda.

En el supuesto de que las fotografías controvertidas fueran, conforme al artículo 5, apartado 3, letra *e*), de la Directiva 2001/29, puestas inicialmente a disposición del público por las autoridades de seguridad nacionales competentes, y en el supuesto de que en esa utilización inicial lícita no se haya indicado el nombre del autor, la utilización posterior de tales fotografías por la prensa requiere ciertamente, a tenor del artículo 5, apartado 3, letra *d*), de dicha Directiva, la indicación de la fuente, pero no necesariamente del nombre del autor. En efecto, dado que no corresponde a la prensa averiguar las razones de semejante omisión, le resulta imposible, en tal situación, identificar o indicar el nombre del autor y, por tanto, debe considerarse que no tiene la obligación fundamental de indicar el nombre del autor.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial segunda, letra *b*), que el artículo 5, apartado 3, letra *d*), de la Directiva 2001/29, en relación con el artículo 5, apartado 5, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que su aplicación está supeditada a la obligación de indicar la fuente, con inclusión del nombre del autor o del intérprete, de la obra o prestación protegida citada. No obstante, si, conforme al artículo 5, apartado 3, letra *e*), de la referida Directiva, no se ha indicado el nombre, tal obligación debe considerarse cumplida aunque se haya indicado solamente la fuente.

ATJUE (Sala 3.<sup>a</sup>), de 17 de enero de 2012, Asunto C-302/2010, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Højerstret (Dinamarca) en el procedimiento entre Infopaq International A/S y Danske Dagblades Forening.

Consta que la redacción de un resumen de artículos de prensa no está, en el presente caso, autorizado por los titulares de los derechos de autor sobre dichos artículos. Ahora bien, debe señalarse que tal actividad no se encuentra restringida por la normativa de la Unión. Además, se desprende de las afirmaciones coincidentes de Infopaq y de la DDF que la redacción de dicho resumen no constituye una actividad restringida por la normativa danesa. En estas circunstancias, dicha utilización no puede considerarse ilícita. Habida cuenta de lo que antecede, procede responder a las cuestiones tercera y cuarta que el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que los actos de reproducción provisionales que se efectúan en el transcurso de un procedimiento de recopilación de datos, como los de que se trata en el litigio principal, cumplen el requisito de perseguir una finalidad única, a saber, permitir una utilización lícita de una obra o prestación protegidas.

El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que los actos de reproducción provisionales que se efectúan en el transcurso de un procedimiento de recopilación de datos, como los de que se trata en el litigio principal, cumplen el requisito de no tener una significación económica independiente siempre que, por un lado, la realización de dichos actos no permita obtener un beneficio adicional, que vaya más allá del derivado de la utilización lícita de la obra protegida y que, por otro, los actos de reproducción provisionales no tengan como consecuencia una modificación de dicha obra.

El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que ha de considerarse que los actos de reproducción provisionales que se efectúan en el transcurso de un procedimiento de recopilación de datos, como los de que se trata en el litigio principal, no entran en conflicto con la explotación normal de la obra ni perjudican injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 9 de febrero de 2012, Asunto C-277/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial en virtud del art. 267 TFUE, presentada por el Handelsgericht Wien (Austria), en el procedimiento entre Martin Luksan y Petrus van der Let.

Con independencia de cualquier norma del Derecho nacional, el director principal de la obra cinematográfica disfruta en cualquier caso, a diferencia de los demás autores de dicha obra, del estatuto de autor en virtud de la Directiva 2006/116. Por otro lado, el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2006/116 establece el plazo de protección de una obra cinematográfica o audiovisual. Esa disposición exige necesariamente que dicha obra, en especial los derechos del autor o de los coautores de ella, y en particular los del director principal, sea protegida jurídicamente de forma efectiva. Dado que la Directiva 2001/29 no establece lo contrario y que sus disposiciones deben aplicarse sin perjuicio de las de la Directiva 2006/116 y de la Directiva 2006/115, en especial de su artículo 2, apartado 2, los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29 deben interpretarse de tal forma que se garanticen los derechos de autor del director principal de la obra cinematográfica que enuncian esos artículos. De lo antes expuesto se deduce que, en relación con el conjunto de los derechos de explotación referidos, incluidos los que regula la Directiva 2001/29, se considera al director principal de la obra cinematográfica como el autor o uno de los autores de ésta.

Hay que determinar si los derechos de explotación de la obra cinematográfica, como los que son objeto del litigio principal (derecho de radiodifusión vía satélite, derecho de reproducción y cualquier otro derecho de comunicación al público mediante la puesta a disposición), corresponden de pleno derecho, directa y originariamente, al director principal de esa obra, como autor de ella, o si en su caso esos derechos pueden corresponder directa, originaria y exclusivamente al productor de dicha obra. En lo que atañe al derecho de radiodifusión vía satélite, el artículo 2 de la Directiva 93/83 reconoce el derecho exclusivo de los autores a autorizar la comunicación al público vía satélite de obras protegidas por derechos de autor. El artículo 2 de la Directiva 2001/29 reconoce como titulares del derecho de reproducción a los autores respecto a sus obras, y a los productores de las primeras fijaciones de películas respecto al original y las copias de sus películas. De igual modo, el artículo 3 de la Directiva 2001/29 establece el derecho de comunicación de

obras mediante su puesta a disposición del público a favor de los autores respecto a sus obras, y a favor de los productores de las primeras fijaciones de películas respecto al original y a las copias de sus películas. Así pues, las disposiciones aludidas en los tres apartados anteriores atribuyen con carácter originario al director principal, por su condición de autor, los derechos de explotación de la obra cinematográfica que son objeto del litigio principal.

Al disponer que se considera autor de una obra cinematográfica, o uno de sus autores, al director principal de ésta, el legislador de la Unión ha ejercido las competencias de la Unión en materia de propiedad intelectual. Siendo así, los Estados miembros ya no son competentes para adoptar disposiciones que pongan en cuestión esa normativa de la Unión. En consecuencia, ya no pueden invocar la facultad concedida por el artículo 14 bis del Convenio de Berna.

El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que reconoce a los Estados miembros la facultad de establecer a favor del productor de la obra cinematográfica una presunción de cesión de los derechos de explotación de la obra cinematográfica, como los que son objeto del litigio principal (derecho de radiodifusión vía satélite, derecho de reproducción y cualquier otro derecho de comunicación al público mediante la puesta a disposición), siempre que dicha presunción no tenga una naturaleza absoluta que excluya la posibilidad de que el director principal de dicha obra pacte otra cosa.

Los Estados miembros están facultados para establecer una excepción al derecho de reproducción exclusivo de los titulares del derecho de reproducción cuando se trate de reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales (excepción denominada «de copia privada»), siempre que garanticen que los titulares de los derechos afectados reciban una compensación equitativa como contrapartida. Dado que el director principal de la obra cinematográfica es uno de esos titulares, debe ser considerado en consecuencia como un beneficiario de pleno derecho, directa y originariamente, de la compensación equitativa debida en virtud de la excepción de copia privada.

El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no reconoce a los Estados miembros la facultad de establecer una presunción de cesión a favor del productor de la obra cinematográfica del derecho a compensación equitativa que corresponde al director principal de esa obra, tanto si esa presunción es absoluta como si se permite excluirla.

STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>), de 16 de febrero de 2012, Asunto C-360/2010, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el *Rechtbank van eerste aanleg te Brussel* (Bélgica), en el procedimiento entre *Belgische Vereniging van Auters, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)* y *Netlog NV*.

Las Directivas 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001 y 2004/48/CE, de 28 de abril de 2004, del Parlamento Europeo leídas conjuntamente e interpretadas a la luz de los requisitos derivados de la protección de los derechos fundamentales aplicables, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un requerimiento judicial hecho por un juez nacional por el que se ordene a un prestador de servicios de alojamiento de datos establecer un sistema de filtrado de la información almacenada en sus servidores por los usuarios de sus servicios; que se aplique indistintamente con respecto a toda su clientela; con carácter preventivo; exclusivamente a sus expensas, y sin limitación en el tiempo, capaz de identificar en la red de

dicho proveedor archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual sobre la que el solicitante del requerimiento alegue ser titular de derechos de propiedad intelectual, con el fin de bloquear la transmisión de archivos cuyo intercambio vulnere los derechos de autor.

STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>), de 1 de marzo de 2012, Asunto C-604/2010, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido), en el procedimiento entre Football Dataco Ltd., Football Association Premier League Ltd, Football League Ltd., Scottish Premier League Ltd., Scottish Football League, PA Sport UK Ltd., y Yahoo! UK Ltd., Stan James (Abingdon) Ltd., Stan James plc y Entepulse ApS.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de los elementos de análisis antes expuestos, si los calendarios de partidos de fútbol controvertidos en el litigio principal son bases de datos que responden a los requisitos enunciados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/9 para poder ser amparados por el derecho de autor. A este respecto, los procedimientos de configuración de los citados calendarios, tal como los describe el órgano jurisdiccional remitente, si no van acompañados de elementos que expresen una originalidad en la selección o la disposición de los datos contenidos en esos calendarios, no bastan para que la base de datos en cuestión pueda ser protegida por el derecho de autor previsto en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/9.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, debe responderse a la primera cuestión planteada que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/9 debe interpretarse en el sentido de que una «base de datos» con arreglo al artículo 1, apartado 2, de esa Directiva está protegida por el derecho de autor previsto por ésta siempre que la selección o la disposición de los datos que contiene constituya una expresión original de la libertad creadora de su autor, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional comprobar. Por consiguiente: El esfuerzo intelectual y la pericia destinados a la creación de esos datos no son pertinentes para apreciar si dicha base puede ser objeto de la protección conferida por ese derecho. A tal efecto, resulta indiferente que la selección o la disposición de esos datos otorgue o no una relevancia especial a éstos. El considerable trabajo y pericia exigidos por la configuración de dicha base no pueden, por sí mismos, justificar esa protección si no expresan ninguna originalidad en la selección o en la disposición de los datos que contiene.

STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>), de 15 de marzo de 2012, Asunto C-135/2010, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art.267 TFUE, por la Corte d'appello de Torino (Italia), en el procedimiento entre Società Consortile Fonografici (SFC) y Marco del Corso.

Un dentista que difunde gratuitamente fonogramas en su consultorio para sus pacientes, que los disfrutan independientemente de su voluntad, no lleva a cabo una «comunicación al público» en el sentido del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100. De ello se colige que el requisito exigido en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 para que el usuario abone una remuneración equitativa, esto es, que éste lleve a cabo una «comunicación al público» en el sentido de esta disposición, no se cumple en una situación

como la del procedimiento principal. En estas circunstancias, debe responderse a las cuestiones cuarta y quinta que procede interpretar el concepto de «comunicación al público», a efectos del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100, en el sentido de que no incluye la difusión gratuita de fonogramas una consulta odontológica, como la del asunto principal, en el marco del ejercicio de una profesión liberal, a favor de los pacientes, que disfrutaban de ella independientemente de su voluntad. Por tanto, tal difusión no confiere a los productores de fonogramas el derecho a percibir una remuneración.

STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>), de 15 de marzo de 2012, Asunto C-162/2010, que tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por la High Court (Commercial Division) (Irlanda), mediante resolución de 23 de marzo de 2010, en el procedimiento entre Phonographic Performance (Ireland) Limited e Irlanda.

La radiodifusión de fonogramas por un establecimiento hotelero reviste carácter lucrativo. De las consideraciones precedentes se infiere que, en una situación como la controvertida en el procedimiento principal, el establecimiento hotelero lleva a cabo una «comunicación al público» en el sentido del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión que un establecimiento hotelero que proporciona en las habitaciones de sus clientes aparatos de televisión o de radio a los que distribuye una señal radiodifundida es un «usuario» que lleva a cabo una «comunicación al público» de un fonograma radiodifundido en el sentido del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115.

El establecimiento hotelero que no proporcione en las habitaciones de sus clientes aparatos de televisión o radio a los que distribuye una señal radiodifundida, sino otro equipo y fonogramas en formato físico o digital que pueden ser difundidos u oídos en dicho equipo es un «usuario» que lleva a cabo un acto de «comunicación al público» de un fonograma en el sentido del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115. Por consiguiente, está obligado a abonar una «remuneración equitativa», en el sentido de esta disposición, por la transmisión de dichos fonogramas.

El artículo 10, apartado 1, letra a), de la Directiva 2006/115, que prevé una limitación del derecho a una remuneración equitativa conferido en el artículo 8, apartado 2, de esta Directiva cuando se trata del «uso para fines privados», no permite a los Estados miembros exonerar al establecimiento hotelero que lleva a cabo un acto de «comunicación al público» de un fonograma, en el sentido del artículo 8, apartado 2, de dicha Directiva, de la obligación de abonar tal remuneración.

STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>), de 19 de abril de 2012, Asunto C-461/2010, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Högsta domstolen (Suecia), en el procedimiento entre Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp AB, Piratförlaget AB, Storyside AB y Perfect Communication Sweden AB.

La Directiva 2006/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de una normativa nacional, basada en el artículo 8 de la Directiva 2004/48 que, a efectos de la identificación de un abonado a Internet o de un usuario de Internet, permite que se requiera judicialmente a un proveedor de acceso a Internet para que comunique al titular de un derecho de autor o a

su causahabiente la identidad del abonado a quien se ha asignado una determinada dirección IP que supuestamente ha servido para la vulneración de dicho derecho, puesto que tal normativa es ajena al ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Directiva 2006/24. Carece de pertinencia, en el procedimiento principal, el hecho de que el Estado miembro interesado no haya adaptado aún su ordenamiento interno a la Directiva 2006/24, pese a haber expirado el plazo establecido al efecto.

Las Directivas 2002/58 y 2004/48 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, en la medida en que dicha normativa permita al órgano jurisdiccional nacional que conozca de una acción por ejercitada por una persona legitimada, ponderar, en función de las circunstancias de cada caso y con la debida observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, los intereses contrapuestos existentes.

STJUE (Sala 11.<sup>a</sup>), de 2 de mayo de 2012, Asunto C-406/10, que tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Reino Unido), en el procedimiento entre SAS Institute Inc y World Programming Ltd.

Ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones, constituyen una forma de expresión de ese programa y, por ello, carecen de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de la Directiva 91/250.

El titular de los derechos de autor sobre un programa de ordenador no puede invocar el contrato de licencia para impedir que quien haya obtenido esa licencia determine las ideas y los principios implícitos en todos los elementos de ese programa cuando realiza las operaciones autorizadas por dicha licencia así como los actos de carga y desarrollo necesarios para la utilización del programa de ordenador, siempre y cuando no infrinja los derechos exclusivos de ese titular sobre tal programa. Por lo que respecta a este último requisito, el artículo 6, apartado 2, letra *c*), de la Directiva 91/250 relativo a la descompilación precisa, en efecto, que ésta no permitirá que la información obtenida por tal medio se utilice para el desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión, o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor. De este modo, procede señalar que no puede haber infracción del derecho de autor sobre el programa de ordenador cuando, como sucede en el caso de autos, el adquirente legítimo de la licencia no ha tenido acceso al código fuente del programa de ordenador correspondiente a esa licencia, sino que se limitó a estudiar, observar y verificar ese programa con el fin de reproducir su funcionalidad en un segundo programa.

El artículo 2, letra *a*), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que la reproducción, en un programa de ordenador o en un manual de utilización de ese programa, de algunos elementos descritos en el manual de utilización de otro programa de ordenador protegido por los derechos de autor puede constituir una infracción de los derechos de autor sobre ese último manual si tal reproducción constituye la expresión de la creación intelectual propia del autor del manual de utilización del programa de ordenador protegido por los derechos de autor.

## VII. Derecho de *trusts*

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN\*

Disegno di Legge núm. 2284 presentado por el Ministro de Justicia Alfano y comunicado a la Presidencia el 15 de julio de 2010, por el que se delega al Gobierno la introducción de modificaciones en el Código Civil en materia de fiducia y contrato de garantía, así como la modificación de la disciplina del cumplimiento, de la cláusula penal, de la conclusión del contrato y del Código de Consumo en materia de disciplina del crédito al consumo.

Durante la XVI Legislatura italiana, el Ministro de Justicia Angelino Alfano presentó un proyecto de Ley ante el Parlamento italiano habilitando al Gobierno a aprobar sendas regulaciones del contrato de fiducia y del contrato autónomo de garantía. Estas delegaciones venían acompañadas de la introducción de modificaciones en el Código Civil y el Código de Consumo, con el fin de adecuar algunos aspectos de la regulación en materia de obligaciones y contratos y reforzar la tutela de los consumidores. Entre los objetivos expresamente recogidos por la Propuesta se encuentra el de «colmar un vacío normativo. En particular se quiere introducir en el ordenamiento jurídico italiano la disciplina del contrato fiduciario y de la fiducia en general, institutos ya conocidos por los ordenamientos jurídicos de otros países (el trust en derecho inglés, la *fiducie* en el derecho francés)». <sup>1</sup>

En el tomo LXI, 2008, fasc. III de esta Sección sobre *Trusts* se estudió y comentó el artículo 2645 ter del Código Civil italiano, introducido por el *Decreto-legge* núm. 273 de 30 de diciembre de 2005 y coordinado con la *Legge di conversione* núm. 51, de 23 de febrero de 2006. Con este precepto se introdujo en el ordenamiento italiano la posibilidad de crear vínculos de destino oponibles a terceros. La norma prevé expresamente la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad los actos en virtud de los cuales se destinan bienes inmuebles o bienes muebles registrados a la realización de intereses merecedores de tutela. Tal y como ya indicábamos en esa Crónica, el precepto no contiene una regulación del instituto del *trust* sino que permite la inscripción de *trusts* internos creados al amparo del derecho extranjero, así como la de aquellos otros negocios típicos o atípicos que reúnen los requisitos mencionados en la norma. Todo ello a efectos de poder oponer a terceros la existencia del vínculo de destino.

En este sentido, el Preámbulo de la Propuesta ahora estudiada afirma «La introducción en el Código Civil del artículo 2645 ter sobre la inscripción de vínculos de destino se encuentra sin duda inspirada por la voluntad de contener el recurso al derecho extranjero por parte de ciudadanos italianos, en contextos en que la praxis se orientaba hacia la utilización del trust. No obstante, el paso dado en esa dirección no permite a Italia disponer de un instrumento de utilidad general que permita competir con el *trust*». De ahí que «la norma de delegación mire a introducir en el ordenamiento jurídico italiano tal instrumento de utilidad general bajo la forma del contrato de fiducia, en el seno del Título III del Libro cuarto del Código Civil en el que se contempla

\* Prof. Titular de Derecho civil. Universidad de Cantabria.

<sup>1</sup> <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00504011.pdf>

la disciplina del contrato de mandato». Todo ello en consonancia con los principios de derecho comunitario en curso de consolidación (Borrador del Marco Común de Referencia del 2009) y el modelo seguido por el legislador francés. Ambas regulaciones han sido objeto de estudio en los tomos LXIII, 2010, fasc. III y tomos LX, 2007, fasc. IV, y LXIII, 2010, fasc. I) de esta Sección, respectivamente. Dedicaremos las líneas que siguen a analizar el *Disegno di Legge* n.º 2284 que a día de hoy no ha iniciado aún su tramitación legislativa.

El artículo 1 del *Disegno di Legge* n.º 2284 delega al Gobierno la competencia para adoptar, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la norma, uno o más decretos legislativos sobre la disciplina de la fiducia. La Propuesta indica que para ello deberán tomarse en cuenta los principales modelos normativos de los demás estados miembro, la normativa comunitaria y los convenios internacionales así como, en particular, una lista de principios y criterios directivos enumerados en el apartado sexto del artículo 1.

Se define la fiducia como «un contrato por el cual el fiduciante transfiere derechos, bienes o sumas de dinero específicamente individualizados en forma de patrimonio separado a un fiduciario que los administra según un fin determinado, también en interés de uno o varios beneficiarios determinados o determinables» (art. 1.6 a). La futura regulación italiana se alinearía así con la figura francesa de la *fiducie*, de origen contractual, si bien a diferencia de ella y en consonancia con la posibilidad de utilización de la figura italiana con fines de liberalidad, el *Disegno di Legge* n.º 2284 admite también su constitución *mortis causa* (art. 1.6 m), su creación en virtud de pronunciamiento judicial (art. 6.1.1) así como la posibilidad de una fiducia autodeclarada en que el fiduciante asume la titularidad de los bienes en condición de fiduciario y en beneficio de terceros (art. 1.6 n).

Fuertemente inspirada en la regulación francesa (*Loi n.º 2007-211* de 19 de febrero de 2007 por la que se instituye la *fiducie* y modificaciones introducidas por la *Loi n.º 2008-776* de 4 de agosto de 2008, de modernización de la Economía y Ordenanza n.º 2009-112 de 30 de enero de 2009, por la que se adoptan diferentes medidas relativas a la *fiducie*), la Propuesta italiana no se pronuncia de forma clara sobre la naturaleza del derecho del fiduciario, sino que se limita a afirmar que el fiduciante «transfiere» derechos o bienes al fiduciario que los «administra» con un fin determinado. Como hemos tenido ocasión de señalar en varias ocasiones en esta Sección, la opción por la constitución de un patrimonio separado bajo la titularidad del fiduciario (*trust* anglosajón) o por la creación de un patrimonio separado sin titular pero administrado por el fiduciario (patrimonio de afectación del derecho quebequés) no es determinante de la existencia o no de un *trust*. Sí lo es, en cambio, la separación o segregación del fondo respecto del patrimonio personal de su titular (trustee o fiduciario) y la aplicación del principio de subrogación real al fondo del *trust* o patrimonio fiduciario. Ambas notas están presentes en el artículo 1.6 c del *Disegno di Legge* n.º 2284, que prevé expresamente en el artículo 1.6 c, 1 que deberá «excluirse que cuando el fiduciario sea una persona física, los derechos y bienes objeto de la relación sean parte del régimen comunitario de los cónyuges o caigan en la sucesión». A estos efectos, y con carácter general, a fin de evitar contradicciones con otros principios del ordenamiento jurídico, la Propuesta prevé que deberán dictarse normas de coordinación, en todo caso, con la normativa en materia de blanqueo de capitales, antimafia, conflictos de intereses y tutela del orden público (art. 1.6 q) y, siempre que sea preciso, deberá derogarse la normativa sobre tutela de los



acreedores, contrato a favor de tercero, cesión de créditos futuros, instrumentos financieros y normativa concursal (art. 1.6 o, p).

A pesar de que la definición propuesta por la norma italiana puede hacer pensar en un contrato con efectos traslativos, a semejanza de la *fiducie* de derecho francés, el Preámbulo del *Disegno di Legge* n.º 2284 indica expresamente –y el artículo 1.6 c, 2 implícitamente– que el contrato se perfecciona con el mero consentimiento de los contratantes, salvo en la hipótesis de transmisión de sumas de dinero, en cuyo caso el perfeccionamiento coincide con la fecha de entrega del importe del dinero en un depósito a disposición del fiduciario. Por lo tanto, la regulación propuesta por el *Disegno di Legge* n.º 2284 resulta más fiel a la figura anglosajona que la prevista por el Código Civil francés o el Borrador del Marco Común de Referencia, al producirse, como regla general, el desmembramiento entre acto constitutivo y acto dispositivo. La fiducia existe y subsiste pese a la no entrega de los bienes al fiduciario, aunque hasta que no se realice la misma no serán exigibles las obligaciones del fiduciario.

De acuerdo con el mismo Preámbulo, con el fin de poder hacer valer la existencia de la fiducia frente a terceros y proporcionar la necesaria tutela a los acreedores, se requiere, bajo sanción de nulidad, el otorgamiento de acto público o escritura privada en forma auténtica (art. 1.6 b), si bien, para poder inscribir el vínculo de destino que tenga por objeto bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos (y con ello oponer dicho vínculo a terceros), el artículo 2645 ter requiere expresamente acto público. Es comprensible que la inscripción no sea elemento necesario para la validez del contrato de fiducia que genera obligaciones fiduciarias a cargo del fiduciario y en beneficio de terceros. No lo resulta tanto, sin embargo, la oponibilidad a terceros de vínculos de destino que no hayan sido objeto de la debida publicidad, especialmente si pueden transmitirse en fiducia bienes muebles no inscribibles en registros públicos o sumas de dinero constituidas en depósitos a favor del fiduciario. Esperemos que la futura ley desarrolle convenientemente los mecanismos de publicidad respecto de los derechos y bienes que constituyen el objeto de la fiducia, mencionados por el artículo 1.6 c.

Entre los aspectos que deberán ser objeto de regulación por la futura norma sobre el contrato de fiducia se encuentran las obligaciones de fiduciante, del fiduciario y, en su caso, del tercero designado para hacer valer las obligaciones del fiduciario (art. 1.6 e). Asimismo, deben establecerse las condiciones en que pueden hacerse valer frente a tercero los eventuales límites a los poderes del fiduciario y la obligación de rendir cuentas (art. 1.6 f), las causas de remoción, revocación y renuncia del fiduciario, así como la duración (art. 1.6 g, h) y las causas de disolución del contrato de fiducia (art. 1.6 i). Entre estas últimas se prevé expresamente la disolución por voluntad de todos los beneficiarios, siempre que tengan plena capacidad de obrar (art. 1.6 i).

Los criterios ofrecidos por la Propuesta italiana contemplan una regulación general del contrato fiduciario que cubra fines de garantía, gestión y liberalidades, pero consideran necesario dictar una disciplina específica para la utilización de la fiducia como instrumento de garantía de créditos determinados o determinables, así como para aquellos casos en que se utilice la figura con fines asistenciales.

La preocupación por regular un instrumento de protección patrimonial de personas discapacitadas, inspirado en el *trust*, no es nueva en derecho italiano. Diversos Proyectos de Ley se han presentado con esta finalidad, si bien ninguno de ellos ha culminado con éxito su tramitación parlamentaria. Durante la XIII Legislatura, el Proyecto de Ley C. 5494 (Paissan e altri) que

se presentó a la Cámara de los Diputados el 4 diciembre 1998, ya tenía como propósito instituir un trust de carácter asistencial en beneficio de personas con algún tipo de *handicap*. Dicho proyecto fue retomado durante la XIV Legislatura por la Propuesta C. 2733, «*Norme in materia di trust a favore di soggetti portatori di handicap*» (Cima e altri), presentada el 10 de mayo de 2002, pero la Propuesta fue absorbida por otro proyecto que desembocó en la Ley n.º 6, de 9 de enero de 2004, sobre «*l'istituzione dell'amministrazione di sostegno*», que abandona la idea del *trust* o instrumento equivalente. Durante la XVI Legislatura se presentó, el 10 de julio de 2008, el Proyecto C. 1471 «*Disciplina dei trust istituiti in favore di persone portatrici di handicap*» (Migliori), que ofrecía una disciplina civil y tributaria del *trust* al servicio de personas con *handicap*, considerando igualmente la figura anglosajona como «el instrumento jurídicamente más moderno y practicable para garantizar un apoyo duradero a las personas con *handicap*» (Preámbulo).

En esta ocasión, el legislador italiano ha optado por la fiducia ya que, tal y como indica expresamente el *Disegno di Legge* n.º 2284, «las expresiones «fiducia», «contrato de fiducia», responden a la tradición jurídica italiana y encuentran referencia normativa en el artículo 627 del código civil, que regula la llamada fiducia testamentaria». No obstante, cuestiones fundamentales como la regulación de los derechos de los legitimarios están inspiradas en proyectos anteriores. Así, el Proyecto de Ley C. 5494 (Paissan e altri), ya disponía, en su art. 2.2, que siempre que los bienes del *trust* no fueran manifiestamente excesivos para alcanzar las necesidades del discapacitado, los demás legitimarios no podrían accionar en defensa de su legítima antes de la finalización del *trust*, cuya vigencia no podía ser inferior a la vida del discapacitado. El *Disegno di Legge* n.º 2284 vuelve a retomar las limitaciones del Proyecto C. 5494, al exigir que el valor de los bienes transferidos en fiducia no exceda las necesidades del beneficiario, y excepcionar la tutela de los derechos de los legitimarios cuando el beneficiario de la fiducia sea un discapacitado (art. 1.6 d, 2).

El Proyecto dedica mayor atención a los principios y criterios que han de presidir la futura regulación de la fiducia como instrumento de garantía, retomando alguna de las cautelas previstas por la ley francesa. Así, bajo sanción de nulidad, deberá constar en el contrato el importe de la deuda garantizada y el valor del bien transmitido en garantía (art. 1.6 d, 1.1) si bien se admite la posibilidad, siempre que así se haya previsto, de que el mismo bien se utilice en garantía de nuevas deudas, preexistentes o futuras y cuya constitución tenga lugar en los plazos previstos al efecto (arts. 1.6 d, 1.3). La Propuesta nada dice acerca de si se pueden garantizar créditos de otro(s) acreedor(es) con los mismos bienes, ni acerca del importe de la nueva deuda –como sí lo hace, en cambio, la ley francesa– pero queda claro que la fiducia-garantía carece del carácter accesorio que ha caracterizado tradicionalmente a las garantías reales.

Los bienes originarios transmitidos en fiducia pueden ser sustituidos por otros de igual valor. En el caso de que los nuevos bienes fuesen de mayor valor que los originarios, el artículo 1.6 d, 1.5 prevé que la garantía no se extenderá más allá del valor de estos últimos, con lo que el legislador italiano demuestra su preocupación por proteger al deudor frente al acreedor que pretendiera enriquecerse con ocasión de la ejecución de la garantía. En cualquier caso, el *Disegno di Legge* n.º 2284 declara igualmente la nulidad de cualquier pacto que tenga por objeto o por efecto liberar al fiduciario de la obligación de entregar al beneficiario o al fiduciante el saldo neto resultante de la dife-

rencia entre el valor del bien dado en garantía y el importe de de la deuda garantizada, en el momento de la ejecución de la garantía (art. 1.6 d, 1.4).

Sorprende la restricción prevista por el Proyecto italiano en la persona del fiduciante, ya que sólo podrá serlo quien actúe con fines inherentes a su propia actividad profesional o empresarial. La ley francesa comenzó restringiendo la utilización de la *fiducie* a las personas jurídicas pero con ocasión de las modificaciones introducidas en 2009 amplió la misma a las personas físicas, sin hacer matización alguna en este sentido.

En definitiva, la Propuesta italiana representa una más de las múltiples tentativas del derecho continental de competir con el *trust*. Al igual que el legislador francés, el italiano ha optado por una fiducia de corte romanista en que la propiedad de los bienes se transmite al fiduciario pero en que éstos integran un patrimonio separado a efectos de gestión y responsabilidad por deudas. Los criterios anunciados por la Propuesta italiana apuntan a una regulación más flexible que la proporcionada por el derecho francés al dar cabida a la utilización de la figura como instrumento de transmisión de bienes a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa* y a la posibilidad de que desempeñe el papel de fiduciario cualquier persona física, independientemente de cuál sea su profesión. No obstante, los criterios reseñados dejan en el aire cuestiones fundamentales como la posibilidad de que el fiduciante sea a su vez beneficiario de la gestión llevada a cabo por un tercero (lo que permitiría utilizar la fiducia asistencial en beneficio propio), la de que conserve la posesión del bien cuya propiedad ha sido transmitida al fiduciario en concepto de garantía (como se prevé en derecho francés) o los mecanismos de publicidad de la fiducia y su coordinación con la inscripción de los vínculos de destino ex artículo 2645 ter del Código Civil italiano. Lamentamos igualmente, por innecesaria, la restricción de la fiducia en garantía a quienes actúen en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial. En tiempos de crisis en que la obtención de crédito resulta difícil se hace más necesario que nunca un eficaz instrumento de garantía al alcance de todos, que genere menores costes y riesgos a los prestamistas y contribuya a hacer más fluido el crédito.

## Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (noviembre 2011 - mayo 2012)

**GUILLEM CANO PALOMARES\***

**Asunto Lacadena Calero c. España (demanda 23002/07), sentencia de 22 de noviembre de 2011.** Art. 6.1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo).

Mediante sentencia de 20 de septiembre de 2000, dictada tras la celebración de un juicio oral, la Audiencia Nacional absolvió al marido de la demandante (M.G.A.) de los delitos de estafa y falsedad en documento público de los que había sido acusado. La Audiencia tuvo en cuenta principalmente la ausencia de dolo en la actuación del acusado. La parte acusadora y varios condenados recurrieron en casación. El 3 de julio de 2003 tuvo lugar una audiencia ante el Tribunal Supremo con asistencia de los abogados de los recurrentes así como los de los acusados, entre ellos, el abogado de M.G.A. que tuvo ocasión de exponer los medios para su defensa, y la fiscalía. El esposo de la demandante no fue oído personalmente. Por sentencia de 2 de septiembre de 2003, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso y condenó a M.G.A. por complicidad en la estafa. En una segunda sentencia dictada el mismo día, el Tribunal Supremo declaró a M.G.A. culpable, en su condición de notario, por su intervención en operaciones de compra-venta de varias propiedades, así como en la firma de escrituras de venta que le hacían, forzosamente, cómplice voluntario de las irregularidades cometidas. M.G.A. fue condenado a un año de prisión y al pago de la responsabilidad civil subsidiaria, así como a penas accesorias y a las costas como cómplice de un delito continuado de estafa.

M.G.A. recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional. Durante la tramitación del procedimiento de amparo, M.G.A. falleció. La alta jurisdicción aceptó que la demandante le sucediera en el procedimiento. Por una sentencia notificada el 28 de noviembre de 2006, el Tribunal Constitucional desestimó este recurso.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 26 de mayo de 2007. Invocando los artículos 6.1, 6.2 y 7 CEDH, la demandante se quejaba de la condena de su esposo, sin haber sido oído personalmente, por el Tribunal Supremo, de la falta de pruebas suficientes para condenarlo, y de que la actuación por la que fue condenado no era constitutiva de delito.

---

\* Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los resúmenes de esta crónica no vinculan en modo alguno al Tribunal ni a su Secretaría. Estos resúmenes están basados en las sentencias y decisiones del TEDH y en algunas traducciones de las mismas al español realizadas por los Servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado. Las sentencias y decisiones originales en francés/inglés y las traducciones al español pueden consultarse en la página web del TEDH (<http://www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc>).

El TEDH acepta la capacidad procesal de la demandante para presentar la demanda, aplicando la jurisprudencia *Micallef contra Malta*, de 15 de octubre de 2009. En primer lugar, constata que la víctima directa falleció durante el procedimiento de amparo y que el Tribunal Constitucional aceptó que la demandante le sucediera procesalmente. En segundo lugar, la demandante estaba personalmente afectada por el resultado del procedimiento, ya que la condena de su esposo la hacía responsable de la responsabilidad civil. Por último, la cuestión de la falta de juicio oral ante el Tribunal Supremo es una cuestión de interés general suficiente, porque afecta al ámbito del derecho a un proceso equitativo.

En cuanto al fondo de la queja derivada del artículo 6.1 CEDH, el TEDH recuerda la jurisprudencia establecida en las sentencias *Igual Coll*, *Marcos Barrios* (ver Crónica junio 2010-octubre 2010, ADC, 2011, 1) y *García Hernández* (ver Crónica noviembre 2010-mayo 2011, ADC, 2011, 3). El Tribunal señala que en el derecho español, según los términos del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurso de casación no prevé la posibilidad de revisión de las pruebas practicadas en primera instancia. Las pruebas sólo pueden ser revisadas si su apreciación no ha sido racional, pero sin revisar los hechos probados. Por lo tanto, en el presente asunto, el Tribunal Supremo no tenía competencia para revisar los hechos probados. La valoración del Tribunal Supremo desembocó en una nueva valoración jurídica distinta a la de la Audiencia Nacional, sobre la actuación del acusado en el ejercicio de sus funciones de notario, a saber, su complicidad en un delito de estafa. En su sentencia condenatoria, el Tribunal Supremo aceptó los hechos probados por la Audiencia Nacional. Dejó no obstante sin efecto una conclusión de la sentencia *a quo*, según la cual no había sido suficientemente acreditado que el notario acusado hubiera previsto que su firma de las escrituras de venta causaría un perjuicio a los compradores. A su juicio, no se trataba de un hecho sino de un juicio sobre la culpabilidad del acusado, que, en consecuencia, estaba sujeto al control del Tribunal de casación. Sobre la base de este razonamiento, el Tribunal Supremo apreció la culpabilidad del acusado y calificó su actuación de complicidad en un delito de estafa. Consideró, a este respecto, que la firma de este último en las escrituras públicas denominadas «obligaciones hipotecarias al portador», autorizando la emisión de obligaciones, había hecho creer a los compradores que se trataba de un capital con garantía hipotecaria y que, por ello, las escrituras fueron inscritas en el Registro de la Propiedad tal como imponen los artículos 172 del Reglamento Notarial y 154 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, como señala el Tribunal Supremo, las escrituras no habían sido registradas y, en ciertos casos, incluso tampoco se había cumplido con la obligación de inscribir los bienes. Las obligaciones estaban pues desprovistas de cualquier garantía. Por tanto, el Tribunal Supremo consideró que el acusado había faltado a sus obligaciones como notario, ya que, con su firma, había autorizado la emisión de obligaciones no conformes a las exigencias legales en las que figuraba la denominación de «obligación hipotecaria al portador». Además, el acusado no sólo no había rechazado la demanda de autorización del documento de emisión de obligaciones sino que, astutamente, había indicado (según las palabras del Tribunal Supremo) que estas obligaciones se encontraban «garantizadas por una hipoteca constituida en la misma escritura pública». En opinión del Tribunal Supremo, esta actuación había provocado el engaño constitutivo del delito de estafa, el acusado era consciente de que la falta de respeto de sus deberes haría creer que el importe invertido podría ser recuperado en caso de

insolvencia de la entidad emisora. Por ello, forzosamente, el acusado debía conocer que era cómplice de un engaño generalizado.

En opinión del TEDH, el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de éste último, en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo eventual) en relación con las personas afectadas. Ahora bien, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos. Según el TEDH, el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, hay que constatar que, cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado en relación con los hechos que se le imputan. Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado sobre la base de una inferencia a partir de los hechos acreditados por la instancia inferior (los documentos del expediente). Sin embargo, para llegar a esta inferencia, el Tribunal Supremo no ha oído al acusado, que no ha tenido la oportunidad (inexistente en el recurso de casación) de hacer valer ante el Tribunal las razones por las que negaba haber sido consciente de la ilegalidad de su actuación y tener una voluntad fraudulenta. Como consecuencia, el TEDH considera que las cuestiones que debía examinar el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio del acusado, o incluso del de otros testigos. El Tribunal concluye que el esposo de la demandante fue privado de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio.

Por consiguiente, el TEDH falla que ha habido violación del derecho a un proceso equitativo reconocido por el artículo 6.1 CEDH. El TEDH considera que no es necesario examinar separadamente la queja del artículo 6.2 CEDH y declara inadmisibles la queja del artículo 7 CEDH por estar manifiestamente mal fundada. El Tribunal concede a la demandante 8.000 euros por el daño moral y 5.000 euros por los gastos que le ha supuesto el procedimiento.

**Asunto Alony Kate contra España (demanda 5612/08), sentencia de 17 de enero de 2012.** Art. 6.1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo).

En el marco de sucesivas investigaciones preliminares relacionadas con el terrorismo islamista, el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 autorizó escuchas telefónicas. El 17 de septiembre de 2003, el mismo Juzgado dictó un auto de procesamiento contra el demandante y otros individuos por delitos de pertenencia o colaboración con organización terrorista. El 15 de junio de 2004, acordó la conclusión del sumario y la elevación a juicio del asunto a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Mediante resolución de 19 de noviembre de 2004, la sección tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, compuesta por tres magistrados entre los cuales M. era la ponente, ordenó la prisión provisional del deman-

dante sin posibilidad de libertad bajo fianza. Tuvo en consideración los «hechos de apariencia delictiva que emanan de indicios racionales de criminalidad», así como el «riesgo de fuga» existente debido a «la naturaleza de los hechos, la gravedad de la pena susceptible de ser impuesta y del estado actual del procedimiento que hace presumir la pronta celebración de la vista». Además, la Sala estimó que la medida perseguía impedir «una posible reiteración continuada del delito». Esta resolución fue confirmada en súplica por un auto de 9 de diciembre de 2004 dictado por la misma composición de la sección tercera. Entre los miembros de la sala se encontraba la magistrada ponente M. El demandante solicitó la recusación de estos tres jueces, entre ellos M., en la medida en que habían ordenado y confirmado su prisión provisional. La sección segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechazó dicha solicitud.

Por una sentencia de 26 de septiembre de 2005 la sección tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó al demandante a una pena de siete años de prisión por un delito de colaboración con organización terrorista. En cuanto a la incorporación a los autos de las cintas originales de las escuchas telefónicas, la Audiencia Nacional constató varias irregularidades. En estas circunstancias, el contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas no podía ser utilizado como prueba de cargo, pero podían tenerse en cuenta como «medio de investigación y fuente de pruebas», lo que incluía las declaraciones realizadas durante la instrucción. En cuanto al demandante, la Audiencia Nacional señaló que había admitido en sus declaraciones durante la instrucción y el juicio oral, haber tenido contactos con ciertos miembros de Al-Qaida a través de los cuales había tenido durante su estancia en Afganistán una entrevista con Oussama Ben Laden. También había declarado haber ayudado a ciertos miembros de la organización a instalarse en España, y haber enviado dinero a uno de sus miembros en Afganistán.

El demandante recurrió en casación esta sentencia. Por una sentencia de 31 de mayo de 2006, el Tribunal Supremo desestimó el recurso. El Tribunal consideró, a diferencia de la Audiencia Nacional, que las cintas originales no podían ser utilizadas como prueba de cargo ni como medio de investigación y fuente de pruebas. Sin embargo, consideró que el hecho de que las escuchas estuvieran viciadas de nulidad no era un obstáculo para la utilización de las declaraciones de otros acusados, así como de las declaraciones del demandante ante el Juzgado Central de Instrucción, realizadas respetando todas las garantías constitucionales e incorporadas al juicio oral de modo contradictorio.

El demandante interpuso un recurso de amparo, que fue declarado inadmisibile por el Tribunal Constitucional por carecer manifiestamente de contenido constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 21 de enero de 2008. Invocando los artículos 6 y 8 (derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia) del CEDH, el demandante se quejaba principalmente de haber sido privado de su derecho a un tribunal imparcial y denunciaba la existencia de un vínculo de causalidad entre ciertas pruebas de cargo y las escuchas telefónicas declaradas ilegales.

Sobre la falta de imparcialidad de la Audiencia Nacional, el TEDH observa que la queja se refiere a que la magistrada ponente de la formación jurisdiccional de la Audiencia Nacional, compuesta por tres magistrados que condenaron al demandante, había sido antes miembro de la sala del mismo tribunal que decidió y confirmó la prisión provisional de este último. El

TEDH constata que la Sala de la Audiencia Nacional no se pronunció en apelación sobre un recurso contra las decisiones adoptadas por el Juez de Instrucción sino que resolvió directamente sobre la prisión provisional, modificando la situación del demandante, en perjuicio de éste (ver *Cardona Serrat contra España*, sentencia de 26 de octubre de 2010, en la Crónica de junio 2010-octubre 2010n ADC, 2011, I). Para el TEDH, los términos empleados por la Sala de la Audiencia Nacional podían hacer pensar al demandante que existía, a ojos de los magistrados de la Sala, indicios suficientes que permitían concluir que un delito había sido cometido y que era penalmente responsable del mismo. Así, el demandante podía razonablemente temer que la magistrada M. tenía una idea preconcebida sobre la cuestión que estaba llamada a resolver posteriormente como miembro de la formación de enjuiciamiento y ponente de esta última. El TEDH es de la opinión de que las dudas del demandante respecto a la imparcialidad objetiva de la Audiencia Nacional podían considerarse objetivamente justificadas. Por lo tanto, hubo violación del artículo 6.1 CEDH.

Sobre la utilización de elementos de prueba que tienen como origen las escuchas telefónicas declaradas ilegales, el TEDH observa que el demandante fue oído tanto por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 como por la Audiencia Nacional donde fue interrogado a propósito de su declaración realizada durante la instrucción. Según el Tribunal Supremo, en conformidad con la jurisprudencia constitucional en la materia, la declaración del demandante respetando todas las garantías constitucionales había roto cualquier vínculo de causalidad con las escuchas telefónicas ilegales. El TEDH concluye que la condena del demandante se produjo como consecuencia de un procedimiento contradictorio que no infringió el derecho del interesado a un proceso equitativo.

Por último, el TEDH declara inadmisibles las quejas relativas a la violación del artículo 8 CEDH, por estar manifiestamente mal fundadas. Recuerda que las escuchas fueron declaradas nulas por el Tribunal Supremo como consecuencia de defectos formales.

El TEDH concede al demandante 10.000 euros en concepto de daño moral y 6.000 por todos los gastos ocasionados.

**Asunto Serrano Contreras contra España (demanda 49183/08), sentencia de 20 de marzo de 2012.** Artículo 6.1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo).

Por una sentencia dictada el 11 de noviembre de 2003, tras la celebración de un juicio oral en el que fueron oídos varios acusados, entre ellos el demandante, la Audiencia Provincial de Córdoba absolvió a este último, Presidente del Consejo Rector de una cooperativa agrícola, por los delitos de estafa y de falsedad de los que era acusado en relación con la comercialización de una nueva variedad de semillas de trigo. La Audiencia Provincial constató la inexistencia de ánimo defraudatorio en el comportamiento del demandante, en la medida en que no resultaba acreditado que el demandante hubiera querido engañar a los compradores proponiéndoles una variedad de semillas que no correspondía con la que figuraba en la etiqueta. La Audiencia indicó que la sentencia se había dictado fuera del plazo legalmente previsto, debido a la complejidad del asunto y a su carga de trabajo.

Las partes acusadoras recurrieron en casación con fundamento en el artículo 849. 1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Mediante senten-



cia de 14 de octubre de 2005, dictada sin que se hubiera celebrado una vista pública, el Tribunal Supremo estimó el recurso. Por una parte, consideró, a la luz de las pruebas documentales practicadas en el procedimiento ante la Audiencia, que las etiquetas eran efectivamente engañosas en tanto que hacían creer a los agricultores interesados que utilizaban semillas certificadas cuando no lo eran. Por otra parte, consideró que, en la medida en que dichas etiquetas contenían una información inexacta sobre las semillas comercializadas, quedaba probado el delito de falsedad. En opinión del Tribunal Supremo, los únicos elementos de prueba válidos eran los obtenidos en el marco de las dos comisiones rogatorias remitidas a las autoridades italianas por el Juez de Instrucción n.º 2 de Montilla. El Tribunal Supremo reconoció que la Audiencia no había mencionado estos informes en su sentencia. Sin embargo, consideró que la validez de éstos no podía ponerse en entredicho en la medida en que se trataba de una prueba preconstituida, practicada ante la autoridad judicial italiana competente a través de la comisión rogatoria remitida por el Juez español a sus homólogos italianos. Por lo demás, el Tribunal Supremo destacó que las partes habían tenido conocimiento de estos informes y que no habían pedido que sus autores estuvieran presentes durante el juicio oral ante la Audiencia Provincial.

Por una segunda sentencia, de 14 de octubre de 2005, el Tribunal Supremo condenó al demandante a una pena de cuatro años de prisión por los delitos de estafa y falsedad. Modificó parcialmente los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial. En particular, indicó que las etiquetas controvertidas no coincidían con el producto real que las mismas supuestamente identificaban, lo que era conocido por todas las personas implicadas en la operación. Por otra parte, consideró que el demandante era una de las personas que habían concebido la trama delictiva.

El recurso de amparo interpuesto por el demandante fue declarado inadmisibile por el Tribunal Constitucional en fecha de 10 de marzo de 2008, por carecer de contenido constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 29 de septiembre de 2008. Invocando el artículo 6 CEDH, el demandante se quejaba de haber sido condenado por el Tribunal Supremo sin que se hubiera celebrado una vista pública. El demandante se quejaba también de la duración total del procedimiento.

El TEDH destaca, en primer lugar, que la presente demanda está fundada en la misma problemática que la expuesta en la sentencia *Lacadena Calero contra España* (ver esta Crónica). Tiene en cuenta, no obstante, que ambos asuntos presentan algunas diferencias (error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso de casación y ausencia de celebración de vista en el presente asunto).

En su sentencia de condena, el Tribunal Supremo dijo que procedía atenerse a los hechos declarados probados por la Audiencia, excepto en lo que respecta a las conclusiones, por un lado, sobre la falta de conformidad de las etiquetas y, por otro lado, en cuanto al hecho de que el demandante estaba informado de la falsedad en cuestión y del conjunto de la trama delictiva. Sobre la base de este razonamiento, el Tribunal Supremo apreció la culpabilidad del acusado y calificó su comportamiento como constitutivo de los delitos anteriormente mencionados. El TEDH considera pertinente destacar que, para llegar a esa conclusión, el Tribunal de casación se basó, entre otras cosas, en un elemento de prueba que no se había examinado durante el juicio oral ante la Audiencia Provincial, en concreto los informes redactados en el marco de las comisiones rogatorias remitidas por el Juez de instruc-

ción encargado del asunto. Por lo tanto, las partes no tuvieron la ocasión de examinar estos informes de acuerdo con los principios de inmediación y contradicción. El hecho de que el Tribunal Supremo haya tenido en cuenta un medio de prueba que no había sido examinado por el tribunal *a quo* y que se convirtió en determinante para el establecimiento de la culpabilidad del demandante privó a éste de la posibilidad de defenderse frente al mismo. A ello se añade el hecho de que el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva interpretación jurídica del comportamiento del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que le concernían, en particular su conocimiento de la irregularidad de las operaciones comerciales y de la falta de coincidencia entre las semillas reales y las etiquetas que supuestamente las identificaban. Este elemento subjetivo fue decisivo para determinar la culpabilidad del acusado. El Tribunal Supremo concluyó que existía esa intencionalidad del demandante, y ello sin haber procedido a la valoración directa del testimonio del demandante, contradiciendo las conclusiones del tribunal de instancia, que había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos. Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado en virtud de una inferencia extraída de los hechos probados por la instancia inferior (entre ellos los documentos obrantes en autos). Sin embargo, el Tribunal Supremo extrajo esta deducción sin haber oído al acusado, que de este modo no tuvo la oportunidad de exponer ante el Tribunal las razones por las cuales negaba tanto haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como tener una intención fraudulenta. El TEDH tiene en cuenta a este respecto que esta oportunidad no está prevista para el recurso de casación.

A la vista del conjunto de las circunstancias del caso, el TEDH considera que el demandante se vio privado del derecho a defenderse en el marco de un procedimiento contradictorio, vulnerándose así su derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio.

Asimismo, el TEDH concluye que se vulneró el derecho del demandante a un proceso equitativo en un «plazo razonable» (artículo 6.1 CEDH), en la medida en que el procedimiento duró más de once años para tres niveles de jurisdicción.

El TEDH condena al Estado a pagar al demandante 13.000 euros por daño moral y 5.000 euros por gastos.

### **Asunto Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España (demanda 30141/09), decisión de inadmisibilidad de 27 de marzo de 2012.**

Artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) del CEDH.

En julio de 1936, Luis Dorado Luque, abuelo del primer demandante y padre de la segunda demandante, y miembro del Parlamento español perteneciente al PSOE, fue detenido por miembros del Ejército en circunstancias que no han sido esclarecidas. Fue trasladado al cuartel de San Rafael en Córdoba. A primeros de agosto de 1936 apareció un cadáver con documentación a nombre de Luis Dorado Luque en los bolsillos. La autopsia estableció que había muerto «como resultado de heridas de bala con heridas graves en el cerebro y el hígado». Sin embargo, el Juez del Registro Civil decidió que no había suficientes pruebas para concluir que el cuerpo correspondía al de Luis Dorado Luque y practicó una inscripción en el Registro Civil de Córdoba del fallecimiento de un varón desconocido.

En 1981, la esposa del desaparecido inició un procedimiento voluntario para la declaración de fallecimiento. El 10 de marzo de 1993, el Juzgado de primera instancia n.º 1 de Málaga, tras confirmar que Luis Dorado Luque había desaparecido y que su destino era desconocido, ordenó la inscripción de su fallecimiento en el Registro Civil, con fecha de 30 de julio de 1936. La viuda del fallecido obtuvo el derecho a percibir una pensión de viudedad.

El 22 de mayo de 2006, la segunda demandante e hija de Luis Dorado Luque, presentó una denuncia penal ante el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Córdoba, por el secuestro y posible asesinato de su padre en 1936, calificándolos como crímenes de guerra imprescriptibles. El Juez de Instrucción rechazó la denuncia, señalando que los hechos debían ser calificados como supuesto asesinato, sujeto a un plazo de prescripción de 20 años por el Código Penal. La Audiencia Provincial confirmó esta resolución. El recurso de amparo interpuesto por la segunda demandante contra esta resolución fue declarado inadmisibile, por carecer de relevancia constitucional.

El 14 de diciembre de 2006, la segunda demandante, junto con varias asociaciones de víctimas, presentó una denuncia ante la Audiencia Nacional en Madrid, por desapariciones forzadas sistemáticas. El 16 de octubre de 2008, el Juez Central de Instrucción n.º 5 dictó un auto aceptando la competencia, en la medida en que se trataba de delitos contra las altas instituciones del Estado y la forma de Gobierno (rebelión militar y posteriores desapariciones forzadas). El Juez aludió a la posibilidad de que los hechos constituyeran delitos contra la humanidad, refiriéndose también a su carácter continuado, debido a la falta de información sobre el paradero de los desaparecidos. El 18 de noviembre de 2008, el Juez Central de Instrucción n.º 5 dictó una nueva resolución declinando su jurisdicción y emplazando a los denunciados para que prosiguieran su proceso ante los Juzgados provinciales competentes contra otros posibles sospechosos. Tras recibir documentos que probaban el fallecimiento de todos los sospechosos (incluido Francisco Franco), declaró extinguida la responsabilidad penal de éstos.

El 2 de diciembre de 2008, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró su falta de competencia para conocer de estos delitos, estableciendo que el delito de rebelión militar nunca había sido de su competencia.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 1 de junio de 2009. Los demandantes se quejaban de la falta de información oficial y de la ausencia de una investigación sobre la desaparición y posible muerte de su abuelo y padre. También denunciaban los obstáculos al proceso de exhumación de los restos de su pariente. Invocaban los artículos 2, 3, 5 (derecho a la libertad), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del CEDH.

El TEDH recuerda en primer lugar que el CEDH no vincula a ningún Estado contratante en relación con cualquier acto u omisión ocurridos antes de la fecha de entrada en vigor del mismo para dicho Estado. Partiendo de la hipótesis de que la muerte de Luis Dorado Luque tuvo lugar en julio de 1936, el TEDH observa que el CEDH entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979. Por lo tanto, el fallecimiento de la víctima queda fuera de la jurisdicción temporal del TEDH. En lo que se refiere a la vertiente procesal del artículo 2 CEDH, por la ineficacia de la investigación de la muerte del pariente de los demandantes, el TEDH señala que la obligación procesal constituye un deber autónomo y separado, capaz de vincular al Estado incluso cuando la muerte tuvo lugar antes de la entrada en vigor del CEDH (*Silih contra Eslo-*

venia, sentencia de 9 de abril de 2009). Ahora bien, para que dicha obligación sea aplicable, debe existir un vínculo entre la muerte y la entrada en vigor del Convenio para el Estado demandado. En el presente caso, la queja procesal se refiere a un hecho acontecido catorce años antes de la adopción del Convenio de 1950 y cuarenta y tres años antes de su ratificación por parte de España. En estas circunstancias, el TEDH considera que es difícil concluir que haya un verdadero vínculo entre la muerte sospechosa (1936) y la entrada en vigor del CEDH para España (1979).

En segundo lugar, el TEDH procede a examinar la segunda hipótesis planteada por los demandantes, según la cual se trataría de un caso de desaparición forzosa de carácter continuada y que por tanto entraría dentro de la competencia temporal del Tribunal. Incluso asumiendo esta hipótesis, el TEDH considera que la queja es inadmisibles por haber sido presentada fuera de plazo. El TEDH recuerda que los demandantes no pueden esperar indefinidamente antes de presentar una demanda por desapariciones forzosas, y que lo deben hacer sin una indebida dilación (sentencia *Varnava y otros contra Turquía*, de 18 de septiembre de 2009). En el presente caso, el Tribunal es consciente de las dificultades para presentar las quejas ante tribunales nacionales, teniendo en cuenta la Ley de Amnistía de 1977, pero ello no eximía a los demandantes del deber de actuar con la debida diligencia para presentar su caso ante el TEDH sin dilaciones indebidas. Teniendo en cuenta que en los años posteriores a la entrada en vigor del derecho de demanda individual para España (1 de julio de 1981) no hubo ninguna investigación oficial sobre la desaparición, debió haber sido evidente para los demandantes que no había ninguna esperanza realista de que en un futuro cercano progresara la localización del paradero de su pariente. Sin embargo, hasta el año 2006 la segunda demandante no presentó una denuncia penal ante los tribunales nacionales, y la demanda ante el TEDH no se ha presentado hasta el 1 de junio de 2009, es decir, casi veintiocho años después de que el derecho de demanda individual ante el TEDH pudiera ser ejercido, y setenta y tres años después de la desaparición. Por lo tanto, el TEDH concluye que los demandantes no mostraron la debida diligencia para cumplir con los requisitos que se derivan de su jurisprudencia en materia de desapariciones. El Tribunal, por mayoría, declara la demanda inadmisibles (también el resto de quejas, artículos 3, 5, 8 y 13 CEDH).

**Asunto Manzanos Martín contra España (demanda 17966/10), sentencia de 3 de abril de 2012.** Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes) y artículo 14 del CEDH (principio de no discriminación).

Entre el 1 de noviembre de 1952 y el 30 de junio de 1991, el demandante ejerció como pastor de la Iglesia evangélica hasta el momento en que alcanzó la edad de la jubilación. Durante estos años, percibió una remuneración pagada por la Iglesia evangélica. Ésta no pagó cotizaciones a la Seguridad Social en nombre del demandante, dado que dicha posibilidad no estaba prevista por la legislación vigente. El demandante solicitó la concesión de una pensión de jubilación al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Por una decisión del 26 de octubre de 2004, el INSS rechazó la solicitud del demandante, porque no había alcanzado el período mínimo de cotización requerida para tener derecho a una pensión de jubilación, a saber 15 años.

El demandante inició un procedimiento ante la jurisdicción social contra el INSS, solicitando el reconocimiento de una pensión de jubilación. Alegó haber sido objeto de una discriminación en la medida en que la legislación vigente permitía a los sacerdotes católicos percibir una pensión de jubilación, ya que estaban vinculados al Régimen general de la Seguridad Social. Por una sentencia de 12 de diciembre de 2005, el Juez de los Social n.º 33 de Barcelona estimó las pretensiones del demandante y condenó al INSS a pagarle una pensión de jubilación. Analizando la evolución de la legislación aplicable en la materia, el Juez consideró que el legislador había concedido un trato de favor a los sacerdotes católicos frente a los pastores evangélicos, lo que era contrario al carácter aconfesional del Estado establecido por la Constitución de 1978. El Juez puso de relieve que, incluso antes de la promulgación de la Constitución, el primer apartado del artículo 1 del Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto de 1977, ya había establecido que los sacerdotes y los Ministros de Culto de todas las Iglesias y confesiones religiosas inscritas en el registro del Ministerio de Interior debían ser asimilados a trabajadores asalariados y afiliados al Régimen general de la Seguridad Social. El Juez señaló que la integración de los pastores evangélicos se efectuó veintidós años más tarde que la integración de los sacerdotes católicos, mediante el Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo de 1999, sin incluir la posibilidad de completar el período mínimo de cotización exigido para tener derecho a una pensión de jubilación, en las mismas condiciones que podían hacerlo los sacerdotes católicos. Por lo tanto, para proteger los derechos fundamentales del demandante, el Juez consideró que las disposiciones aplicadas a los sacerdotes católicos y, en particular, los Reales Decretos 487/1998 y 2665/1998 podían aplicarse al demandante por analogía, permitiéndole así completar el período mínimo de cotización con sus años de ministerio pastoral, a condición de pagar el capital correspondiente a los años de cotización así reconocidos. Reconoció una pensión de jubilación al demandante, con efectos a partir del 22 de julio de 2004, sobre la base de 398,44 euros mensuales.

Contra esta sentencia, el INSS interpuso recurso. Por una sentencia de 26 de julio de 2007, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la sentencia de primera instancia. El Tribunal señaló que la inclusión de los pastores evangélicos en el Régimen general de la Seguridad Social fue establecida por la Ley 24/1992, de 10 de octubre de 1992, que aprobaba el Acuerdo de cooperación entre el Estado y la Federación de entidades religiosas evangélicas de España (FEREDE). El derecho de los pastores evangélicos a contribuir y percibir las prestaciones pertinentes había nacido, por tanto, con esta ley y las condiciones concretas de la integración de éstos al Régimen general de la Seguridad Social fueron fijadas por el Real Decreto 369/1999. En este caso concreto, el Tribunal constató que el demandante había alcanzado la edad de jubilación en 1991, antes de la entrada en vigor de la Ley 24/1992, que le habría permitido contribuir a la Seguridad Social para obtener el reconocimiento del derecho a una pensión. Al efecto, consideró que el hecho de que los años anteriores de actividad pastoral del demandante no pudieran tenerse en cuenta no era debido a la inactividad del Estado, sino a la ausencia de legislación por la falta de acuerdo entre el Estado y los distintos cultos evangélicos.

El demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por una resolución notificada el 29 de septiembre de 2009, la alta jurisdicción

dición declaró el recurso inadmisibles por carecer de especial trascendencia constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 26 de marzo de 2010. Invocando los artículos 9 (libertad de religión) y 14 del CEDH y 1 del Protocolo núm. 1, el demandante se quejaba de la denegación de la pensión de jubilación y de un trato discriminatorio respecto de los sacerdotes católicos.

El TEDH examina el asunto desde el punto de vista del artículo 14 CEDH en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1. En primer lugar, el Tribunal constata que, antes incluso de la promulgación de la Constitución de 1978, el Real Decreto 2398/1977 ya había previsto que los sacerdotes y los ministros de culto de todas las Iglesias y confesiones religiosas inscritas en el registro del Ministerio de Interior fuera asimilados a trabajadores asalariados e integrados en el Régimen general de la Seguridad Social. La integración de los sacerdotes católicos se efectuó de manera inmediata. La integración de los pastores evangélicos se efectuó veintidós años más tarde en 1999, tras la celebración en 1992 del Acuerdo de cooperación entre el Estado y la FEREDE. El Tribunal constata que, efectivamente, el legislador español tardó mucho en integrar a los pastores evangélicos en el Régimen general de la Seguridad Social, y reconocer así su derecho a percibir las mismas prestaciones que los sacerdotes católicos. Sobre este aspecto, el TEDH considera que la integración de los ministros de culto al Régimen general de la Seguridad Social en momentos diferentes responde a razones objetivas y no discriminatorias y recuerda que el Estado dispone de un amplio margen de apreciación para introducir de manera progresiva la plena igualdad de las personas en el sistema de pensiones.

Ahora bien, la denegación del reconocimiento al demandante del derecho a percibir una pensión de jubilación y a completar a tal efecto los años de cotización que le faltan constituye una diferencia de trato con relación al otorgado por la ley a la situación en la que se encuentran los sacerdotes y antiguos sacerdotes católicos, que parece similar con la única diferencia de la confesión religiosa a la cual pertenecen. En efecto, la legislación española ha previsto, por distintas vías, que los sacerdotes católicos que habían desarrollado una actividad pastoral antes de su integración al Régimen de la Seguridad Social puedan, contrariamente a lo que ocurre en el caso de los pastores evangélicos, computar sus años de ministerio religioso a efectos del cálculo de su pensión de jubilación.

Ninguna de estas posibilidades ofrecidas a los sacerdotes católicos para que sean computados, a efectos de pensión de jubilación, los años anteriores a su integración al régimen de la Seguridad Social se concede a los pastores evangélicos en la legislación española. El Tribunal considera, por lo tanto, probado, habida cuenta de las circunstancias del caso, que esta diferencia normativa desfavorable constituye una diferencia de trato al demandante, basada en la confesión religiosa, no justificada en relación al trato reservado a los sacerdotes católicos. El Tribunal aprecia efectivamente una desproporción en el hecho de que el Estado español, que había reconocido en 1977 la integración de los Ministros de Iglesias y confesiones religiosas distintas a la católica en el Régimen general de la Seguridad Social, no esté dispuesto a reconocer, pese a la integración de los pastores evangélicos efectuada veintidós años más tarde, los efectos de tal integración en cuanto a la pensión de jubilación en las mismas condiciones que los previstos para los sacerdotes católicos, en particular, por lo que se refiere a la posibilidad de completar las anualidades que faltan para alcanzar el período mínimo de cotización

mediante el pago por el demandante del capital que corresponda a los años de cotización reconocidos. Si bien las razones del retraso en la integración de los pastores evangélicos al Régimen general de la Seguridad Social entran dentro del margen de apreciación del Estado, el Gobierno no justifica, sin embargo, las razones por las cuales, una vez efectuada dicha integración, se mantuvo una diferencia de trato entre situaciones similares, basada solamente en razones de confesión religiosa. Por consiguiente, el TEDH considera que hubo en el presente caso una vulneración del artículo 14 CEDH en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1.

El TEDH reserva la cuestión del daño material solicitado por el demandante, a la vista de un posible acuerdo amistoso entre las partes. Concede al demandante 3.000 euros por el daño moral sufrido y 6.000 euros por los gastos ocasionados por el procedimiento.

**Asunto G. L. contra España (demanda 39341/11), decisión de inadmisibilidad de 3 de abril de 2012.** Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

El 7 de noviembre de 2002, la demandante (de nacionalidad rumana) dio a luz a una niña en un hospital de Madrid. Al día siguiente, firmó un documento por el que prestaba su consentimiento a la tutela de su hija en vistas de su futura adopción. El 11 de noviembre de 2002, el Instituto madrileño del menor declaró la constitución de la tutela de la menor tras el consentimiento libre y voluntario de la madre. Esta decisión fue notificada a la demandante. En el marco del procedimiento de adopción, mediante decisión de 11 de marzo de 2003, el Juez de primera instancia n.º 22 de Madrid citó a la demandante para el día 23 de abril de 2003. El 24 de noviembre de 2003, el Juez declaró la constitución de la adopción.

El 14 de octubre de 2008, la demandante se opuso a la adopción y solicitó el restablecimiento de todos sus derechos sobre su hija, quejándose en particular de no haber sido debidamente informada de las consecuencias de los documentos que había firmado y alegando un estado de debilidad psicológica después del parto así como dificultades para comprender la lengua española. Tras presentar sin éxito sus reclamaciones ante el Instituto madrileño del menor y otras instancias administrativas, la demandante solicitó la nulidad del procedimiento de adopción ante el Juez de primera instancia número 22 de Madrid. La demandante contestaba la validez de su consentimiento, en la medida en que fue otorgado horas después del parto, en contra de lo que establece el artículo 177.2 del Código Civil (plazo de treinta días durante el cual la madre no puede dar su consentimiento). Mediante decisión de 16 de diciembre de 2009, el Juez rechazó dicha solicitud, señalando que el plazo de dos años para solicitar la extinción de la adopción (previsto en el artículo 180.2 del Código Civil) ya había transcurrido. Dicha decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid. El recurso de amparo de la demandante ante el Tribunal Constitucional fue declarado inadmisibile por una decisión notificada el 18 de marzo de 2011, por falta de relevancia constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 10 de junio de 2011. La demandante se quejaba de no haber sido citada en el procedimiento de adopción y de que su consentimiento el día después del parto no fue válido, debido a las dificultades de comprensión de la lengua y al incumplimiento del plazo de treinta días previsto por la ley. Invocaba los artículos 8 y 6.1 (derecho a un proceso equitativo) del CEDH.

El TEDH examina el asunto desde la perspectiva del artículo 8 del CEDH, que exige que el proceso decisorio por el que se adoptan medidas de injerencia sea equitativo y respete debidamente los intereses protegidos por esta disposición. El Tribunal observa que la demanda de nulidad del procedimiento de adopción fue rechazada por los tribunales españoles por haber sido presentada fuera de plazo. La demandante, que ha vivido en España durante todo este tiempo y está casada con un ciudadano español desde 2004, no ha explicado por qué no se opuso a la adopción con anterioridad, dentro del plazo legal. Además, la demandante no pidió ver a su hija después del parto ni solicitó la suspensión del procedimiento de tutela. En cuanto a las irregularidades procesales denunciadas, el TEDH observa que los tribunales realizaron las notificaciones necesarias a la demandante, que en ningún momento se ha quejado de la inexactitud del domicilio al que se le enviaron las notificaciones. En cuanto al no respeto de los plazos legales para dar el consentimiento a la tutela, el Tribunal considera que, aunque esta alegación parece fundada, ello no puede justificar un período de cinco años antes de que la demandante presentara la solicitud de extinción de la adopción. Por todos estos motivos, el TEDH declara inadmisibles las demandas al estar manifiestamente mal fundadas.

**Asunto K.A.B. contra España (demanda 59819/08), sentencia de 10 de abril de 2012.** Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

El demandante, de nacionalidad nigeriana, inmigró a España (Murcia) con su compañera, C., nacional nigeriana, y su hijo, O., nacido el 7 de septiembre de 2000. El 17 de octubre de 2001, se acordó la expulsión de C. fuera del territorio español y la prohibición de entrada por un período de diez años. El abogado del demandante puso en conocimiento del Juez el hecho de que C. era la madre de un niño de un año, con el fin de evitar su expulsión. El 24 de octubre de 2001, se efectuó la expulsión. El demandante afirma que durante este tiempo se encontraba en Barcelona por razones de trabajo y que había confiado el niño a los cuidados de una pareja de amigos que residían en Murcia.

El 16 de noviembre de 2001, el Servicio de protección de menores consideró a O. en situación de abandono, decidió asumir la tutela y concedió la guarda delegada del menor a la familia a quien había sido confiado. El 29 de noviembre de 2001, el Servicio de protección de menores decidió poner fin a la delegación de la guarda del niño en la pareja española a la que se había confiado *de facto* y alojar al niño en la Fundación *Cardenal Belluga*, centro de acogida para menores de la Comunidad Autónoma de Murcia. Al día siguiente, el demandante se presentó al Servicio de protección de menores, alegando que era el padre biológico de O. y mostrando su desacuerdo con la decisión de alojarlo en un centro de acogida. Manifestó también su intención de realizar un test de paternidad. En enero de 2002, la directora del centro de acogida acudió con el niño a un laboratorio para realizar el test, pero este no pudo realizarse al no abonar el demandante el importe de 1.202 euros exigido para financiar las pruebas.

Por una resolución del 26 de mayo de 2003, y ante la incomparecencia de la madre biológica, el Juez de Familia n.º 3 decidió la entrega del niño a una familia de acogida. El procedimiento de adopción del niño fue suspendido debido a la introducción por parte del demandante de una demanda de reconocimiento de paternidad el 20 de noviembre de 2004. Después de haber



obtenido el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial en noviembre de 2005 (sobre la base de los resultados de la prueba de paternidad), el demandante presentó una demanda de oposición a la adopción, haciendo valer la necesidad del previo consentimiento del padre. Mediante sentencia de 13 de julio de 2006, el Juez de Familia n.º 3 de Murcia rechazó la demanda, porque, a pesar de su condición de padre biológico de O., su consentimiento para la adopción no era preceptivo: en la medida en que había incurrido en una de las causas de privación de la autoridad parental, era suficiente con que fuera oído. El Juez consideró que en el momento en que los servicios sociales se hicieron cargo del niño, el demandante incumplía los deberes inherentes a la autoridad parental, que es una de las situaciones previstas por el Código Civil para poder privar a los padres biológicos del ejercicio de esta autoridad. Decidió que no había lugar a proceder a la reagrupación del demandante con O., pues tal actuación no tenía garantías objetivas de éxito, y el niño se encontraba en ese momento plenamente integrado en su familia de acogida.

Esta sentencia fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Murcia en fecha de 26 de febrero de 2007. La Audiencia Provincial consideró que los hechos del caso eran concluyentes por lo que se refiere a la falta de interés del demandante. El recurso de amparo interpuesto contra esta decisión fue declarado inadmisibile por el Tribunal Constitucional por carecer de relevancia constitucional.

Paralelamente, por una resolución de 25 de abril de 2007, el Juez de Familia n.º 3 de Murcia alzó la suspensión del procedimiento de adopción y autorizó la adopción del niño por los padres de acogida.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 1 de diciembre de 2008. Invocando los artículos 6 y 8 del CEDH, el demandante se quejaba de haber sido privado de todo contacto con su hijo, así como de no haber sido informado ni de la propuesta de adopción ni de la falta de financiación de la prueba de paternidad por la Administración.

El TEDH examina el asunto desde la perspectiva del artículo 8 CEDH, que exige que el proceso decisorio por el que se adoptan medidas de injerencia sea equitativo y respete debidamente los intereses protegidos por esta disposición. El Tribunal no excluye que la intención del demandante de restablecer el contacto con su hijo biológico esté protegida por la noción de «vida familiar». En cualquier caso, la cuestión se refiere a una parte importante de la identidad personal del demandante y se incluye también dentro de su «vida privada» en el sentido del artículo 8 del CEDH. Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales internos que rechazaron todo contacto y toda posibilidad de reagrupación con su hijo constituyeron, por tanto, una injerencia, al menos, en su derecho al respeto de su vida privada.

El TEDH recuerda su jurisprudencia sobre las obligaciones positivas derivadas del artículo 8 del CEDH. En lo que se refiere al acceso a un tribunal en el marco del proceso de adopción, el TEDH destaca que el demandante pudo iniciar un procedimiento de oposición a la adopción en el curso del cual se celebró una vista. Desestimada la pretensión del demandante, interpuso los recursos que consideró pertinentes. Sólo en este momento es cuando se alza la suspensión del procedimiento de adopción y se acuerda la adopción del niño por los padres de acogida. Habida cuenta de lo que precede, el TEDH considera que durante el procedimiento ante los Jueces de Familia y la Audiencia Provincial, el demandante tuvo la posibilidad de presentar todos los argumentos en favor de su causa y tuvo acceso a la información pertinen-

te en la que los tribunales nacionales basaron su resolución en el marco de un procedimiento en el que estuvo representado por un abogado. No aprecia, en consecuencia, ningún incumplimiento imputable a los órganos jurisdiccionales internos en este aspecto.

No obstante, el TEDH considera que la actitud de las autoridades contribuyó de manera decisiva a la ausencia de toda posibilidad de reagrupación familiar entre el demandante y su hijo. En primer lugar, el menor, entre la expulsión de C. y la declaración de la situación de abandono el 16 de noviembre de 2001, permaneció en una situación de vacío legal durante casi un mes, lo que resulta particularmente grave habida cuenta la edad del niño. La situación de abandono fue causada, al menos parcialmente, por la propia Administración, debido a la expulsión de C. del territorio nacional sin efectuar comprobaciones previas y omitiendo tener en cuenta la información facilitada al Juez sobre la existencia de su hijo. Además, no se ha dado ninguna explicación que justifique la urgencia de dicha expulsión.

En segundo lugar, la sentencia de 13 de julio de 2006 sostuvo que el propio demandante había causado la situación de abandono del niño, en particular, por su supuesta falta de interés en la reclamación de paternidad. El TEDH observa al respecto que el demandante no fue informado del pago que debía efectuar para realizar el test de paternidad, así como que el Servicio de protección de menores tampoco le informó de la posibilidad de que estas pruebas podían realizarse en el marco del beneficio de justicia gratuita, a la que habría podido tener acceso. Cuando el demandante vio reconocida su paternidad extramatrimonial, por sentencia de 26 de mayo de 2005, habían pasado ya tres años y medio desde la asunción de la tutela de O. por la Administración, y casi dos años y medio desde la entrega efectiva de O. a una familia en acogida pre-adoptiva.

En definitiva, el paso del tiempo, a consecuencia de la inercia de la Administración, la expulsión de C. sin tener las precauciones necesarias, la falta de apoyo y asistencia al demandante en un primer momento cuando su situación social y financiera era más vulnerable, así como la ausencia de ponderación de las resoluciones dictadas por las jurisdicciones internas en cuanto a la imputación de responsabilidades en la situación de abandono del menor y la conclusión sobre la falta de interés del demandante por su hijo, han contribuido de manera decisiva a la ausencia de toda posibilidad de reagrupación familiar entre el demandante y su hijo. El TEDH concluye que las autoridades nacionales no desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho del demandante a la reagrupación con su hijo, ignorando así el derecho al respeto de su vida privada. Falla, por seis votos contra uno, que ha habido vulneración del artículo 8 CEDH.

El TEDH condena a España a pagar al demandante 8.000 euros en concepto de daño moral. Se adjunta a la sentencia la opinión discrepante del Juez Myjer.

**Asunto Fernández Martínez contra España (demanda 56030/07), sentencia de 15 de mayo de 2012.** Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada).

El demandante se ordenó cura en 1961 y en 1984 pidió una dispensa de la obligación de celibato, concedida trece años después. Se casó por lo civil en 1985 y tuvo cinco hijos. El demandante fue profesor de religión en un instituto público desde octubre de 1991, sobre la base de contratos anuales

renovados todos los años con el acuerdo del obispo de Cartagena, de acuerdo con lo que establece el Concordato de 1979 entre España y la Santa Sede.

En noviembre de 1996 apareció en el periódico *La Verdad* de Murcia un artículo sobre el movimiento Pro Celibato Opcional de los curas, del que el demandante era miembro. El artículo incluía una fotografía en la que aparecía el demandante acudiendo a una de las reuniones del movimiento, acompañado de su esposa y de sus cinco hijos. El artículo reproducía las declaraciones de algunos participantes en el encuentro, reclamando a las autoridades eclesiásticas el celibato opcional y la democracia dentro de la Iglesia. También mostraban su desacuerdo con las posiciones oficiales de la Iglesia en temas como el aborto, el divorcio, la sexualidad y la contracepción.

El 15 de septiembre de 1997, el Vaticano notificó al demandante su acuerdo para la dispensa del celibato. El documento precisaba que los individuos que se beneficiasen de esta dispensa no podían enseñar la religión católica en los centros públicos, a menos que el obispo decidiera lo contrario, «en función de sus criterios y bajo reserva de que no hubiera escándalo».

El 29 de septiembre de 1997, el obispo de Cartagena informó al Ministerio de Educación su intención de no aprobar la renovación del contrato del demandante para el curso escolar 1997-1998. El Ministerio le notificó la decisión con efectos a partir del 29 de septiembre de 1997. El demandante presentó una demanda ante el Juez de lo social n.º 3 de Murcia. El Juez consideró que el demandante había sido discriminado por razón de su estado civil y de su pertenencia al movimiento Pro Celibato Opcional. El Juez anuló el despido y ordenó la readmisión del demandante en su puesto de trabajo.

El Ministerio de Educación y el obispo presentaron un recurso de suplicación. El Tribunal Superior de Justicia de Murcia analizó la relación de confianza entre el profesor y el obispado y recordó las prerrogativas de éste según el derecho canónico: asegurarse que las personas que ejercen las funciones del demandante lo hagan con discreción, evitando que su situación personal provoque un escándalo. El Tribunal consideró que la no renovación del contrato temporal era proporcional al fin perseguido. El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El 4 de junio de 2007, el Alto Tribunal rechazó el recurso, al estimar que las razones de la no renovación del contrato eran de naturaleza estrictamente religiosa y que dicha medida se justificaba por el ejercicio legítimo de la Iglesia católica de la libertad religiosa en su dimensión colectiva o comunitaria.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 11 de diciembre de 2007. Invocando el artículo 8 del CEDH, el demandante se quejaba de la no renovación de su contrato por razón de su situación personal, lo que había supuesto una vulneración de su derecho a la vida privada y familiar. Invocando los artículos 10 y 14 del CEDH, denunciaba un trato discriminatorio y alegaba que el hecho de hacer pública su condición de cura casado y con hijos formaba parte de su libertad de expresión. El demandante también se quejaba, refiriéndose al artículo 6.1 CEDH (derecho a un proceso equitativo y a un tribunal imparcial), de la falta de imparcialidad de dos magistrados del Tribunal Constitucional.

El TEDH considera, en primer lugar, que la no renovación del contrato del demandante afectó la posibilidad de ejercer una actividad profesional y tuvo consecuencias sobre el ejercicio de su derecho al respeto de la «vida privada» en el sentido del artículo 8 CEDH. Una vez establecida la aplicabilidad del artículo 8 CEDH, el Tribunal procede a examinar si el Estado estaba obligado, en el marco de sus obligaciones positivas derivadas del artículo 8, a

defender el derecho del demandante al respeto de su vida privada frente al derecho de la Iglesia católica a no renovar su contrato. Para ello, el Tribunal analiza la ponderación efectuada por los tribunales nacionales del derecho del demandante y de los derechos de la Iglesia protegidos por los artículos 9 y 11 del CEDH. Pone de relieve que el caso del demandante se diferencia de otros asuntos anteriores (*Schiith y Obst contra Alemania*), en la medida en que en estos casos las personas afectadas por el despido o la no renovación del contrato eran laicos, mientras que el demandante era un cura secularizado. El TEDH considera que los motivos de la no renovación del contrato eran de «naturaleza estrictamente religiosa», lo que le impide ir más lejos en el examen de la proporcionalidad de esta medida, debido a las exigencias de los principios de libertad religiosa y de neutralidad. Su rol se limita a verificar que los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno o de la dignidad del demandante no hayan sido puestos en tela de juicio. Según el TEDH, los profesores de religión o de moral católica tienen un deber de lealtad reforzado en comparación con otros profesores. De este modo, el demandante tuvo que ser consciente, al firmar su contrato de trabajo, de las particularidades de la relación laboral de este tipo de puesto y del derecho del obispo de proponer o no a los candidatos. La naturaleza particular de las exigencias profesionales impuestas al demandante resulta del hecho de que fueron establecidas por un empleador cuya ética está basada en la religión y las convicciones. En este sentido, esta obligación de lealtad tenía como finalidad preservar la sensibilidad del público y de los padres de los alumnos del instituto.

En definitiva, el TEDH estima que los tribunales nacionales realizaron una ponderación equilibrada entre los distintos intereses privados en conflicto, y que por consiguiente, no hubo vulneración del artículo 8 del CEDH (por seis votos contra uno). El TEDH considera que no es necesario examinar las quejas relativas al artículo 14, en combinación con los artículos 8 y 10 del CEDH. Declara inadmisibles las quejas del artículo 6 CEDH por no agotamiento de los recursos internos. Se adjunta a la sentencia una opinión discrepante del Juez Saiz Arnaiz.

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

**Asunto X. y Y. c. Croacia (demanda 5193/09), sentencia de 3 de noviembre de 2011.** Artículos 6.1 (derecho a un proceso equitativo) y 8 (derecho al respeto de la vida privada) del CEDH: ausencia de garantías procesales en el marco de un procedimiento de incapacitación: efectos de un procedimiento de incapacitación sobre la vida privada de una persona.

**Asunto S.H. y otros c. Austria (demanda 57813/00), sentencia de Gran Sala de 3 de noviembre de 2011.** Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): prohibición legal de utilizar óvulos y esperma de donantes para una fecundación in vitro: derecho a recurrir a la procreación asistida.

**Asunto Cengiz Kiliç c. Turquía (demanda 16192/06), sentencia de 6 de diciembre de 2011.** Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): imposibilidad para un padre divorciado de ejercer sus derechos de visita a un hijo: ausencia de mecanismo de mediación familiar.

**Asunto X. c. Letonia (demanda 27853/09), sentencia de 13 de diciembre de 2011.** Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): ausencia de examen de todos los elementos relevantes en la decisión que obligaba a la demandante a restituir a su hija en virtud del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

**Asunto Gladysheva c. Rusia (demanda 7097/10), sentencia de 6 de diciembre de 2011.** Artículos 8 (derecho al respeto del domicilio) del CEDH y 1 del Protocolo n.º 1 (derecho al respeto de los bienes): expulsión del domicilio y anulación de los derechos de propiedad de un comprador de buena fe de un apartamento, comprado por el antiguo propietario a una autoridad pública mediante fraude.

**Asunto Stanev c. Bulgaria (demanda 36760/06), sentencia de Gran Sala de 17 de enero de 2012.** Artículos 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes), 5 (derecho a la libertad), 6 (derecho a un proceso equitativo): imposibilidad para una persona parcialmente privada de su capacidad jurídica de acceder a un tribunal para solicitar el restablecimiento de su plena capacidad.

**Asunto Assunção Chaves c. Portugal (demanda 61226/08), sentencia de 31 de enero de 2012.** Artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 8 (derecho al respeto de la vida familiar) del CEDH: falta de información sobre las posibilidades procesales de oponerse a una sentencia de privación de la autoridad parental, dictada en ausencia del padre, que no estaba representado por un abogado en el procedimiento.

**Asunto Von Hannover c. Alemania (n.º 2) (demandas 40660/08 y 60641/08), sentencia de Gran Sala de 7 de febrero de 2012.** Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada): publicación de una fotografía de una pareja de famosos en contra de su voluntad: personas públicas: equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho al respeto de la vida privada.

**Asunto A.M.M. c. Rumania (demanda 2151/10), sentencia de 14 de febrero de 2012.** Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): procedimiento de reclamación de paternidad de un menor.

**Asunto Aksu c. Turquía (demandas 4149/04 y 41029/04), sentencia de Gran Sala de 15 de marzo de 2012.** Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada): publicaciones consideradas insultantes para la comunidad gitana: conciliación entre la libertad de expresión y el derecho al respeto de la vida privada de un miembro de la comunidad gitana.

**Asunto Gas y Dubois c. Francia (demanda 25951/07), sentencia de 15 de marzo de 2012.** Artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 14 (principio de no discriminación) del CEDH: denegación de la adopción simple de un menor a la mujer que vive con la madre biológica del menor en el marco de una relación de pareja de hecho registrada.

## Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LIDIA ARNAU RAVENTÓS\*

**STJUE 17 de noviembre de 2011. Procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen v. Zaza Retail BV.**—Petición de decisión prejudicial. Hof van Cassatie (Bélgica). Interpretación del artículo 3, apartado 4, letras a y b, del Reglamento n.º 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. El artículo 3 del Reglamento contempla dos tipos de procedimiento: el primero, llamado principal, es el que puede incoarse ante el Tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se halla el establecimiento principal del deudor, siendo así que afecta a los bienes del deudor situados en cualesquiera de los Estados miembros a los que resulta aplicable el Reglamento. El segundo, llamado procedimiento territorial, puede iniciarse en el Estado miembro en el que el deudor posea un establecimiento, mas con efectos limitados a los bienes que se encuentren en el territorio de dicho Estado. El artículo 3, apartado 4, letras a y b, relaciona las dos situaciones en las que cabe incoarse un procedimiento territorial. La primera es que resulte imposible iniciarse el procedimiento principal por causa de las condiciones establecidas en la legislación del Estado miembro en que el deudor tiene el centro de sus intereses principales. El TJUE estima que el precepto resultaría aplicable, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que no concurría en el deudor alguna de las cualidades exigidas en aquella legislación (así, tratarse de un comerciante..), pero no en aquellos otros en los que ocurre, simplemente, que una persona determinada (léase, el Ministerio Fiscal) carece de legitimación para iniciar el procedimiento. La segunda de aquellas situaciones es que la apertura del procedimiento territorial sea solicitada por los acreedores que tengan un vínculo particular con dicho territorio. Considera el TJUE que, a efectos de dicho precepto, no puede asimilarse al Ministerio Fiscal a un «acreedor»: ni es uno de ellos, ni actúa ni en representación de quienes sí lo son.

**STJUE 17 de noviembre de 2011. Hypotecní banka a.s. v. Udo Mike Lindner.**—Petición de decisión prejudicial. Okresní soud v. Chebu (República Checa). Interpretación 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 si se cumplen los requisitos de aplicación de las reglas de competencia judicial establecidas en dicho Reglamento en el caso de que una de las partes del procedimiento judicial sea nacional de un Estado miembro distinto de aquel en el que se tramita, siendo así que su domicilio resulta desconocido. El

---

\* 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 y del Proyecto DER 2011-26892, ambos dirigidos por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

TJUE interpreta extensivamente el artículo 16, apartado 2, del Reglamento, que otorga la competencia judicial para conocer de las acciones entabladas contra consumidores a los tribunales del Estado en el que estuviera domiciliado el consumidor. En caso de no poderse averiguar dicho domicilio, el TJUE estima competentes a los tribunales del Estado en el que se ubique el último domicilio conocido del consumidor.

**STJUE 17 de noviembre de 2011. Deo Antoine Homawoo v. GMF Assurances SA.**—Petición de decisión prejudicial. High Court of Justice (England & Wales). Interpretación de los arts. 31 y 32 del Reglamento 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Se plantea si el Reglamento resulta aplicable únicamente a los hechos generadores de daños producidos a partir del 11 de enero de 2009 y si influyen en la delimitación del ámbito de aplicación *ratione temporis* del Reglamento la fecha en que se inicie el procedimiento de reclamación de la indemnización o la fecha en que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto determine la ley aplicable. A estos efectos, el TJUE recuerda: por una parte, que a tenor del artículo 297 TFUE, los actos legislativos entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos dispongan o, a falta de indicación, a los 20 días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. En segundo lugar, advierte de la facultad de que dispone todo legislador de diferenciar entre la fecha de entrada en vigor y la fecha de aplicación de la norma, siendo perfectamente posible que esta última sea posterior a la primera. Siendo ello así, ni el artículo 31 ni el artículo 32 del Reglamento fijan la fecha de entrada en vigor. El primero se limita a señalar que el Reglamento se aplicará a los hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor; el segundo matiza que el Reglamento se aplicará a partir del 11 de enero de 2009. El TJUE acude al artículo 297 TFUE a fin de concretar la fecha de entrada en vigor del Reglamento (que sería el 20 de agosto de 2007) aunque confirma que de la lectura conjunta de los artículos 31 y 32 resulta que sólo resulta aplicable a los hechos que se produzcan a partir del 11 de enero de 2009 y sin que resulten pertinentes a estos efectos ni la fecha en que se inicie el procedimiento de reclamación ni aquélla en que se determine la ley aplicable.

**STJUE 24 de noviembre de 2011. Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF), Federación de Comercio Electrónico y Marketing directo (FECMD) v. Administración del Estado, Unión General de Trabajadores, Telefónica de España, France Telecom España, Telefónica Móviles de España, Vodafone España, Asociación de Usuarios de la Comunicación.**—Petición de decisión prejudicial. Tribunal Supremo (España). Interpretación del artículo 7, letra f, de la Directiva 95/46, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. A tenor del precepto, los Estados miembros sólo pueden permitir el tratamiento de datos personales cuando sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comunique los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado. Se pregunta, en primer lugar, si es conforme con la Dir. 95/46 una normativa nacional que, a fin de permitir el tratamiento de datos personales sin el consentimiento de su titular, exige no sólo que se respeten sus derechos y libertades fundamentales sino que tales datos figuren

en fuentes accesibles al público. El TJUE resuelve la cuestión acudiendo al principio de armonización completa que persigue la Dir. 95/46, del que resulta que no cabe que los Estados impongan exigencias adicionales a las previstas en el artículo 7, letra f. En cualquier caso, en la ponderación que requiere dicho precepto cabe tomar en consideración el hecho de que la gravedad de la lesión de los derechos fundamentales de la persona afectada por dicho tratamiento puede variar en función de si tales datos figuran o no en fuentes accesibles al público. En segundo lugar, se pregunta si el artículo 7, letra f, tiene efecto directo. El TJUE responde afirmativamente tras constatar que concurren los requisitos para ello: así, que desde el punto de vista de su contenido, las disposiciones contenidas en una Directiva sean lo suficientemente precisas e incondicionales y el Estado no haya adaptado el Derecho nacional a tiempo o lo haya hecho de forma incorrecta.

**STJUE 1 de diciembre de 2011. Churchill Insurance Company Limited v. Benjamin Wilkinson, Tracy Evans v. Equity Claims Limited.**—Petición de decisión prejudicial. Court of Appeal (England & Wales). Interpretación de la Directiva 2009/103, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. Se plantea, en primer lugar, si resulta conforme con el derecho de la UE una normativa nacional que excluye automáticamente de la cobertura del seguro cuando la víctima, asegurada, es la ocupante del vehículo que ha causado el accidente y el conductor, no asegurado, había sido autorizado por la víctima para conducirlo. El TJUE recuerda que uno de los objetivos del Derecho de la UE es proteger a los ocupantes del vehículo, siendo «ocupante» todo aquel que no es el conductor y resultando indiferente que se trate del propietario asegurado. No interfiere en la respuesta el hecho de saber, por parte de la víctima, si el conductor tenía o no póliza de seguro.

**STJUE 15 de diciembre de 2011. Rastelli Davide e C.Snc v. Jean-Charles Hidoux.**—Petición de decisión prejudicial. Cour de Cassation (Francia). Interpretación del Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimiento de insolvencia. Se pregunta si, conforme al Reglamento, el Tribunal de un Estado miembro que ha incoado un procedimiento principal de insolvencia puede ampliar ese procedimiento a una segunda sociedad cuyo domicilio social está situado en otro Estado miembro por permitirlo así una norma de derecho interno basándose en la confusión de patrimonios de ambas sociedades. El TJUE aborda la cuestión acudiendo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento, que permite al Tribunal que hubiere incoado el procedimiento de insolvencia conocer también de todas las acciones que emanan directamente de tal procedimiento y tenga estrecha relación con él. Acerca de si una solicitud de ampliación del procedimiento por causa de confusión de patrimonios tiene cabida en tal disposición, el TJUE estima que la ampliación de un procedimiento ya incoado a otro deudor equivale de hecho, para éste, a la iniciación de un procedimiento de insolvencia, siendo así que el Reglamento sólo atribuye competencia para hacerlo a los tribunales del Estado en el que se encuentre su centro de intereses principales. De todo ello se colige que aquella ampliación sólo será posible si el centro de intereses principales de la segunda sociedad se encuentra también en el territorio del Estado miembro en el que se ha incoado el primer procedimiento principal. Se pregunta, en segundo lugar, si a efecto de acreditar esto último es



suficiente con probar la confusión de patrimonios. El TJUE recuerda que por centro de intereses principales debe entenderse el lugar de administración central de la sociedad, siendo necesario que pueda determinarse conforme a criterios objetivos y ser comprobado por terceros. Concluye, sin embargo, que no puede excluirse que una confusión de patrimonios sea organizada a partir de dos centros de dirección y control situados en Estados diferentes.

**STJUE 15 de diciembre de 2011. Jan Voogsgeerd v. Navimer SA.**—Petición de decisión prejudicial. Hof van Cassatie (Bélgica). Interpretación del artículo 6 del Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. El precepto establece reglas de conflicto especiales relativas al contrato individual de trabajo. Así, en primer lugar, se señala que la ley elegida por las partes en ningún caso puede permitir privar al trabajador de la protección dispensada por normas imperativas de la ley que hubiere resultado aplicable en caso de falta de elección; en segundo lugar, se relacionan los criterios que permiten determinar, a falta de elección, la ley aplicable y que serían: la del país en el que el trabajador realice habitualmente su actividad (esto es, cumpla la parte esencial de sus obligaciones) y, subsidiariamente, la del país en el que se encuentre la sede del establecimiento que lo hubiere contratado. De todas formas, no se aplicará ni una ni la otra si el contrato tuviere vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso se aplicará la ley de este último. Se pregunta acerca del alcance del concepto de «establecimiento que hubiera contratado» al trabajador. Dado que se trata de un criterio subsidiario, el TJUE aboga por una interpretación restrictiva consistente en referir el término «contratado» a la conclusión del contrato. Más allá, se pregunta si tal establecimiento debe cumplir requisitos formales, como el estar dotado de personalidad jurídica. El TJUE estima que por «establecimiento», en el artículo 6 del Reglamento, debe entenderse toda estructura estable de la empresa, cuente o no con personalidad jurídica. En último lugar, se plantea cómo debe aplicarse el criterio subsidiario si el establecimiento pertenece a una empresa distinta a la que figura como empleador. Resuelve el TJUE que corresponde al tribunal interno valorar cuál es la relación entre ambas sociedades a fin de determinar qué empresa es la que ha contratado al trabajador. Sólo en caso que una de las sociedades haya actuado por cuenta de la otra podrá considerarse que el establecimiento de la primera pertenece a la segunda.

**STJUE 21 de diciembre de 2011. Centre hospitalier universitaire de Besançon v. Thomas Dutrueux, Caisse primaire d'assurance maladie du Jura.**—Petición de decisión prejudicial. Conseil d'État (Francia). Interpretación de la Directiva 85/74, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Se pregunta si la responsabilidad de un prestador de servicios que utiliza aparatos o productos defectuosos y causa, por ese motivo, perjuicios al beneficiario de esta prestación, se encuentra incluida en el ámbito de la Directiva. Entiende el TJUE que el ámbito subjetivo de aplicación se reduce al productor, importador o suministrador del producto, quedando al margen el supuesto de los daños ocasionados por el usuario del producto defectuoso previamente adquirido. El usuario (en el caso *a quo*, un hospital que había adquirido el colchón término que provocó daños a un paciente) no tiene ninguna participación en la cadena de fabricación y distribución del producto, ni pretende suministrar el producto al paciente. Nada impide, sin embargo, que la Directiva coexista con un régimen nacional de responsabili-

dad objetiva del prestador de servicios por los daños causados por un producto o aparato defectuoso. Si ello es así, ocurre simplemente que en ese derecho nacional la protección del consumidor aparece reforzada.

**STJUE 16 de febrero de 2012. Jürgen Blödel-Pawlik v. HanseMerkur Reiseversicherung AG.**—Petición de decisión prejudicial. Landgericht Hamburg (Alemania). Interpretación del artículo 7 de la Directiva 90/314, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. A tenor del precepto, el organizador y/o detallista que sean parte en el contrato deben facilitar pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o de quiebra, quedan garantizados el reembolso de los fondos depositados y la repatriación del consumidor. Mediante la petición pretende dilucidarse si tal disposición resulta aplicable a una situación en la que la insolvencia del organizador del viaje se debe a su propio comportamiento fraudulento. Pone de relieve el TJUE que el artículo 7 no supedita la garantía que en él se contempla a ningún requisito específico relativo a las causas de la insolvencia del organizador del viaje. Y ello coherente con el objetivo de la propia Directiva, que es el de garantizar un nivel de protección elevado de los consumidores.

**STJUE 1 de marzo de 2012. Ángel Lorenzo González Alonso v. Nationale Nederlanden Vida Cía. De Seguros y Reaseguros S.A.E.**—Petición de decisión prejudicial. Audiencia Provincial de Oviedo (España). Interpretación del artículo 3, apartado 2, letra d, de la Directiva 85/577, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. El precepto excluye del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva a los contratos de seguro. Se pregunta, en esencial, si cabe aplicar la exclusión a un contrato celebrado fuera de un establecimiento mercantil en el que se ofrece un seguro de vida a cambio del pago mensual de una prima destinada a ser invertida, en distintas proporciones, en renta fija, variable y productos de inversión financiera de la compañía con la que se contrata. Si bien la Directiva no incluye una definición de lo que deba entenderse por «contrato de seguro», una aplicación uniforme del Derecho de la Unión exige interpretar aquel concepto de forma autónoma y uniforme. Toda vez que se trata de una excepción, tal interpretación debe ser restrictiva pero no hasta el punto de privarla de su efecto útil. Siendo ello así, el contrato de seguro concertado en el caso *a quo* es un contrato de seguro de vida en sentido estricto, siendo por lo demás habitual vincular las primas a determinados fondos de inversión. Se resuelve, en consecuencia, que el contrato celebrado escapa del ámbito de aplicación de la Dir. 85/577.

**STJUE 15 de marzo de 2012. G v. Cornelius de Visser.**—Petición de decisión prejudicial. Landgericht Regensburg (Alemania). Interpretación del artículo 4, apartado 1, 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; del artículo 12 del Reglamento n.º 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; del artículo 3 de la Directiva 2000/31, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico. El art.4, apartado 1, del Reglamento 44/2001 establece que si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia

judicial se registrá, en cada Estado miembro, por su propia ley interna. Se pregunta acerca de la expresión «no estuviere domiciliado» y de su aplicación en caso de domicilio desconocido. Entiende el TJUE que, en tales circunstancias, la aplicación de las reglas uniformes contenidas en el Reglamento es conforme con el imperativo de seguridad jurídica y con la finalidad de reforzar la protección de las personas que tienen su domicilio en la UE. Súmase a ello que la aplicación de las reglas nacionales en lugar de las uniformes sólo está prevista para el caso de que el órgano jurisdiccional tenga indicios probatorios suficientes de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera de la UE. En segundo lugar, se pregunta si el Derecho de la UE se opone o no a que se dicte una sentencia en rebeldía frente a un demandado a quien, ante la imposibilidad de localizarle, se le notificó el escrito de demanda mediante un edicto, conforme con el derecho nacional. El TJUE precisa que el Reglamento 44/2001 no pretende unificar todas las normas de procedimiento de los distintos Estados miembros sino sólo ofrecer normas comunes en materia de competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales. Con todo, las normas nacionales en materia procesal no deben vulnerar el Derecho de la UE. De ahí que, en el ámbito de aplicación del Reglamento, un órgano jurisdiccional sólo puede tramitar, en virtud de una disposición nacional, un procedimiento contra un persona con domicilio desconocido si las normas de competencia nacionales no se oponen a tal Reglamento. Un principio rector de este último es el respeto al derecho de defensa que, sin embargo, no se rige en una prerrogativa absoluta sino que admite restricciones, en particular, las necesarias para evitar la situación de denegación de justicia en que se encontraría el demandante si no hubiere forma de localizar al demandado. El TJUE resuelve, en fin, que la notificación edictal de la demanda es conforme con el Derecho de la UE siempre que el órgano jurisdiccional nacional haya realizado todas las averiguaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe a fin de localizar al demandado. Por lo demás, el artículo 3 del Reglamento 805/2004 se opone a que una sentencia dictada en rebeldía contra un demandado con domicilio desconocido pueda certificarse como título ejecutivo europeo en el sentido de dicho Reglamento. Se pregunta, en último lugar, si el artículo 3 de la Dir. 2000/31, se aplica a una situación en la que se desconoce el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información. A tenor de dicha disposición, los Estados miembros deben velar por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado que formen parte del ámbito coordinado. A su amparo, estima el TJUE que la aplicación del precepto exige verificar previamente si el prestador de servicios está efectivamente establecido en el territorio de un Estado miembro.

**STJUE 15 de marzo de 2012. Jana Perenicova, Vladislav Perenic v. SOS financ, spool.s r. o.**—Petición de decisión prejudicial. Okresny súd Prešov (Eslovaquia). Interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2005/29, 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, en primer lugar, si la primera de las disposiciones citadas permite a los órganos jurisdiccionales nacionales, en caso de comprobar la existencia de cláusulas abusivas, pueden extender el efecto de la no vinculación a todo el contrato en

su conjunto con el argumento de que ello es lo que resulta más favorable al consumidor. La cuestión exige atender al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que concluye señalando que «el contrato [seguirá] siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Según el TJUE, los criterios a fin de determinar la posible subsistencia del contrato deben ser objetivos y no pueden reducirse, meramente, en el carácter meramente favorable, para el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto. Con todo, habida cuenta que la Directiva 93/13 impone sólo una armonización mínima, no impide que un Estado miembro establezca una normativa nacional que intensifique la protección dispensada; así, que permita declarar la nulidad de un contrato que contenga una o varias cláusulas abusivas cuando ello garantice una mejor protección del consumidor. Se pregunta, en segundo lugar, si la indicación en un contrato de crédito al consumo de una TAE inferior a la real puede considerarse una práctica comercial desleal en el sentido de la Directiva 2005/29. En opinión del TJUE, una práctica como la descrita implica dispensar información falsa sobre el coste total del precio. Y dado que la indicación de dicha TAE puede hacer que el consumidor medio tome una decisión que de otro modo no hubiese tomado (extremo que debe verificar el juez nacional), esta información falsa debe calificarse de práctica comercial «engañosa» con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva. Por lo demás, la comprobación del carácter desleal de la práctica descrita no permite determinar automáticamente el carácter abusivo de las cláusulas del contrato. Por el contrario, constituye sólo un elemento, entre otros, en el que el juez puede basar su apreciación de dicho carácter.

**STJUE 19 de abril de 2012. F-Tex SIA v. Lietuvos-Anglijos UAB «Jadecloud Vilma».**—Petición de decisión prejudicial. Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania). Interpretación del artículo 1, apartado 1, 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. Ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. Se pregunta, en primer lugar, si una acción (revocatoria) ejercitada contra un tercero por el acreedor de un deudor contra quien se ha entablado un procedimiento de insolvencia, cuando tal acción se fundamenta en la cesión de un derecho de crédito efectuada por el síndico designado en el marco del procedimiento de insolvencia, está incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000 o en el del Reglamento 44/2001. El TJUE subraya la interrelación entre los ámbitos de aplicación de cada uno de estos Reglamentos: mientras el Reglamento 44/2001 excluye de su ámbito las demandas que emanan directamente de un procedimiento de insolvencia y que están estrechamente relacionadas con él, el Reglamento 1346/2000 se ocupa precisamente de unas y otras. Siendo ello así, el TJUE procede a valorar la conexión entre la demanda en el litigio principal y la insolvencia del deudor y el procedimiento de insolvencia. Dicha conexión puede ampararse en la simple circunstancia de tratarse, la acción ejercitada, de una acción que la ley nacional aplicable al procedimiento de insolvencia atribuye al síndico. Ocurre, sin embargo, que tras la cesión de dicha acción a un tercero (ahora, demandante): primero, dicho cesionario es libre de ejercer o no el derecho de crédito (y, ello, a diferencia del síndico, que tiene la obligación de actuar en interés de los acreedores); segundo, ejercida la acción, el bien adquirido ingresa en el patrimonio del cesionario (y no, por tanto, en la masa activa del concurso);

tercero, la conclusión del procedimiento de insolvencia no incide en la acción cedida, que podrá interponerse incluso tras ese momento. De ello resulta la falta de conexión entre la acción interpuesta y el procedimiento de insolvencia y, de ahí, que quede comprendida en el concepto de materia civil y mercantil en el sentido del Reglamento n.º 44/2001.

**STJUE 19 de abril de 2012. Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH.**—Petición de decisión prejudicial. Artículo 5, apartado 3, del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A tenor de dicho precepto, en materia delictual o cuasidelictual, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas ante el Tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso. Se pregunta por los criterios determinantes de la competencia judicial para conocer de un litigio relativo a una supuesta vulneración de una marca registrada en un Estado miembro como consecuencia del uso por un anunciante de una palabra clave idéntica a dicha marca en el sitio de Internet de un motor de búsqueda que opera bajo un dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en el que está registrada la marca. El TJUE, tras justificar la regla de competencia prevista en el artículo 5, apartado 3, admite que la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso» se refiere tanto al lugar donde se hubiere producido el daño, cuanto al lugar del hecho causal que lo originó. A propósito del primero, y en el contexto de Internet y en caso de una supuesta vulneración de los derechos de la personalidad, el TJUE lo ha identificado con el lugar en el que la persona lesionada tiene su centro de intereses. En cambio, tratándose de una lesión de derechos de propiedad industrial, la competencia milita a favor de los tribunales del Estado miembro en el que dicho derecho se halla protegido mediante el registro de la marca. Este lugar puede no coincidir con el del hecho causal. En el litigio principal se identificaría no tanto con la exhibición de la publicidad en sí misma, sino el desencadenamiento del proceso técnico de exhibición del anuncio que el propio anunciante creó para su propia comunicación comercial. De ello resulta que el lugar del hecho causal no sea tanto el lugar de establecimiento del servidor perteneciente al explotador del motor de búsqueda utilizado por el anunciante, sino el lugar de establecimiento de este último.

**STJUE 26 de abril de 2012. Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt.**—Petición de decisión prejudicial. Interpretación del artículo 3, apartados 1, 3 y del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se pregunta, en primer lugar, si es abusiva aquella cláusula contractual por la que se atribuye al profesional la facultad de modificar unilateralmente los gastos relacionados con el servicio que debe prestarse, sin describir específicamente su modo de fijación ni los motivos válidos para tal modificación. El TJUE resuelve que no le compete a él declarar el carácter abusivo de una cláusula sino al órgano nacional. En esta valoración, dicho tribunal deberá atender especialmente a si se especifican de manera clara y comprensible los motivos o el modo de variación de los gastos relacionados con el servicio y, en su caso, si se reconoce al consumidor el derecho a rescindir de la relación contractual. En segundo lugar, se plantea cuál es el alcance de la declaración de nulidad de una cláusula obtenida a raíz de una acción de cesación interpuesta por una entidad de Derecho nacional y

por motivos de interés público y en defensa de los consumidores. En particular, se pregunta si puede beneficiar a cualquier consumidor a quien se hayan aplicado las mismas condiciones generales. El TJUE apela al carácter preventivo y a la finalidad disuasoria de las acciones de cesación, así como a su independencia con respecto a cualquier litigio principal, a fin de justificar que puedan interponerse prescindiendo de su utilización en contratos determinados. La aplicación efectiva de este objetivo requiere, según el TJUE, que aquellos consumidores que no hayan sido parte del procedimiento de cesación puedan beneficiarse también de la declaración de nulidad resultante. Y, ello, al margen de cualquier otro tipo de sanción adecuado y eficaz que pueda llegar a contemplar el derecho nacional. En el mismo sentido, corresponde al juez nacional aplicar de oficio todas las consecuencias previstas en el Derecho nacional a fin de que ningún otro consumidor quede vinculado por la cláusula declarada abusiva.

Jurisprudencia Nacional  
(octubre 2011 - abril 2012)

MIRIAM ANDERSON\*

TRIBUNAL SUPREMO

**Defensa de la competencia**

**STS (Sala Civil) de 28 de septiembre de 2011 (RJ 2012\1105).** Ponente: Francisco Marín Castán. Contrato de abanderamiento. Además de referirse a la innecesariedad de plantear una cuestión prejudicial al respecto, puesto que el TJUE ya había decidido las que se le habían elevado, la Sala desestima la pretensión de nulidad ejercitada por el titular de la estación de servicio (tras veinticinco años de relación contractual), «porque la distinción entre agente genuino y no genuino o impropio es lo relevante a los efectos del Derecho de la competencia según la propia STJUE 14-12-2006 citada en el motivo y la posterior del mismo Tribunal de 11 de septiembre de 2008 (TJCE 2008, 203) (asunto C-279/06); porque la consideración del recurrente como agente no genuino, lejos de perjudicarlo en sus pretensiones, le favorece (STS 13-6-11 (RJ 2011, 5719) en rec. 2202/07), ya que de otro modo los contratos litigiosos no entrarían en el ámbito prohibitivo del artículo 81 CE (hoy artículo 101 TFUE; RCL 2009, 2300); porque la exención de la prohibición cuando el precio fijado por el suministrador sea máximo o recomendado resulta de la doctrina de ambas sentencias del TJUE y también de su sentencia de 2 de abril de 2009 (TJCE 2009, 76) (asunto C-260/07); porque el recurrente incurre en petición de principio o hacer supuesto de la cuestión al negar cualquier posibilidad real de hacer descuentos con cargo a su comisión, en contra de lo que la sentencia recurrida declara probado, no siendo suficiente el argumento relativo al IVA porque su regulación permite rectificaciones [...]; y en fin, porque la pretensión del recurrente de ser declarado revendedor implica una novación contractual que esta Sala viene rechazando con reiteración [...]» (FJ 4.º).

**STS (Sala Civil, Pleno) de 15 de febrero de 2012 (RJ 2012\2044).** Ponente: Francisco Marín Castán. Contrato de explotación de estación de servicio. Aplicación de la regla «de minimis» para estimar que no hay vulneración del artículo 81 TCE (art. 101.1 TFUE) cuando el proveedor o distribuidor tenga una cuota de mercado inferior al 5%. No se aplica la tesis de la «doble barrera», con lo cual, aplicada la regla «de minimis», no se entra a valorar la eventual vulneración del Derecho español de la competencia. En

---

\* Profesora agregada de Derecho civil. Universitat de Barcelona.

primer lugar, la Sala declara no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal por no haberse suspendido el pleito por la pendencia de una cuestión prejudicial planteada en otro litigio distinto, siendo así, además, que al llegar a casación ya se habían dictado las SSTJUE 11-9-2008 (TJCE 2008, 203) y 2-4-2009 (TJCE 2009, 76) (FJ 3.º). Tras desestimar otros motivos de casación, la Sala se centra en la cuestión objeto de debate, a la cual dedica el FJ 7.º: «(...) la cuestión fundamental sobre la que ha de pronunciarse esta Sala es si la regla de *minimis*, reconocida por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia, excluye o no por sí sola, dada la escasa cuota de mercado de la demandada [...], la nulidad de los contratos litigiosos por razón de su duración. Si se da una respuesta afirmativa, los motivos de casación ahora examinados habrán de ser desestimados sin necesidad de mayores razonamientos; en cambio, si se da una respuesta negativa aún será necesario determinar si los contratos relativos a cada una de las estaciones de servicio, ya que no todos ellos tienen el mismo contenido, estaban o no amparados por los Reglamentos de exención n.º 1984/83 y n.º 2790/99. – En relación con dicha cuestión fundamental se da la circunstancia de que al interponerse los recursos (año 2008) no se había dictado aún la sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5563) (rec. 315/04), aparentemente favorable al planteamiento de las partes recurrentes por su criterio de la “doble barrera” que permitiría declarar la nulidad, pese a la regla de *minimis*, con base en el Derecho español de defensa de la competencia. Como quiera que al formularse la oposición a los recursos (8 de marzo de 2010) sí se había dictado ya dicha sentencia, la parte recurrida interesa que no se siga ese criterio en el presente caso, aunque sí otros de la misma sentencia en relación, por ejemplo, con la fecha límite de validez de los contratos litigiosos con arreglo al Reglamento n.º 2790/99 si la nulidad no queda descartada sin más por aplicación de la regla de *minimis*. – Ante todo debe puntualizarse que la referida sentencia de 30 de junio de 2009 trata de la regla de *minimis* al asumir la instancia (FJ 3.º, párrafo primero), no por tanto para sentar doctrina resolviendo un motivo de casación, y rechaza su aplicación al caso, como proponía la parte recurrida en su escrito de oposición (...), por tratarse de una cuestión nueva (FJ 3.º, inciso primero del párrafo cuarto). Solo como argumento de refuerzo “[a]parte de ello...” se añade, desde luego reconociendo la regla de *minimis* y haciéndose cargo de los criterios de la Comisión europea en su Comunicación de 2001 relativa a los acuerdos de menor importancia, que dicha regla, en su dimensión europea o comunitaria, no impide la nulidad fundada en el Derecho español de defensa de la competencia, interpretado en función del artículo 2.2 e) del Reglamento aprobado por RD 261/2008, por aplicación de “la tesis de la doble barrera, el Reglamento Comunitario 1/2003, artículo 9.2 LOPJ y jurisprudencia de esta Sala”, toda vez que la relación jurídica allí litigiosa tenía una duración de 25 años y, por tanto, superaba el plazo de cinco años contemplado en dicho artículo del Reglamento español como excluyente de la menor importancia de una conducta entre no competidores. Posteriormente, la sentencia de 30 de julio (RJ 2009, 4580) del mismo año (rec. 72/05) volvió a tener en cuenta la “doctrina de la doble barrera”, en cuanto reconocida por la STJUE 14/1968, si bien el litigio versaba entonces sobre unos contratos de franquicia relativos a un tratamiento capilar, es decir muy diferentes de los aquí litigiosos. – En el presente caso, en cambio, la procedencia de la nulidad pese a la regla de *minimis* (tesis de las recurrentes) o la exclusión de la nulidad en virtud de la regla de *minimis* (tesis de la parte recurrida y fundamento



de la sentencia impugnada) se le plantea a esta Sala como órgano de casación y, además, mediante unos motivos fundados única y exclusivamente en infracción del Derecho comunitario (hoy de la Unión) y no, subsidiariamente, del Derecho español de defensa de la competencia. – Pues bien, a partir de las anteriores consideraciones los tres motivos aquí examinados han de ser desestimados por las siguientes razones: 1.<sup>a</sup>) La regla de *minimis* en su formulación *de minimis non curat lex*, es decir como regla de legalidad, distinta de la formulación *de minimis non curat praetor*, más relacionada con el principio de oportunidad y por tanto ajena a los órganos jurisdiccionales del orden civil por su incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido a todos en el artículo 24 de la Constitución española, viene siendo afirmada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), como por demás admiten todas las partes aquí litigantes. 2.<sup>a</sup>) En su concreta aplicación a las relaciones jurídicas entre compañías petroleras y gestores de estaciones de servicio el auto del TJUE de 3 de septiembre de 2009, en respuesta precisamente a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español del orden civil (Audiencia Provincial de A Coruña, asunto C-506/07, Lubricantes y Carburantes Galaicos S.L.–Galp Energía España S.A.U.), expresa su doctrina sobre la regla de *minimis* (...) 3.<sup>a</sup>) Aunque sin valor propiamente normativo, la Comunicación de la Comisión Europea de 2001 relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de *minimis*, 2001/C 368/07) reduce los umbrales de cuota de mercado del 15% (acuerdos entre no competidores) y del 10% (acuerdos entre competidores), por encima de los cuales se entiende que puede haber restricción sensible de la competencia, a un más seguro 5% cuando se trate de un mercado de referencia en el que “la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes y servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares)”. [...] [E]xtremo en el que viene a coincidir la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 relativa a las restricciones verticales (2000/C 291/01, apdos. 140 y 142). 4.<sup>a</sup>) En sentido similar, la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07, sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, [...] (apdos. 44 y 87). 5.<sup>a</sup>) En España, según la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009 (expte. 652/07 REP-SOL/CEPSA/BP), hay tres proveedores cuya cuota de mercado suma un 67%, correspondiendo un 41% a Repsol, un 18% a Cepsa y un 8% a BP (apdo. 1 de los “Hechos acreditados”). 6.<sup>a</sup>) De todo lo dicho hasta ahora, y especialmente del dato anterior puesto en relación con la doctrina del TJUE sobre la regla de *minimis* en su concreta aplicación a contratos como los aquí litigiosos, se sigue que estos no están incursos en la prohibición del artículo 81CE (hoy artículo 101 TFUE) porque su contribución al efecto acumulativo es insignificante y no cabe imputar a [...] la responsabilidad de ese efecto cuando en España una sola compañía proveedora tiene una cuota de mercado superior al 30% (por encima del cual el apdo. 8 de la ya citada Comunicación de *minimis* de 2001 apreciaba riesgo de efecto acumulativo) y entre la misma y otras dos alcanzan el 67%. 7.<sup>a</sup>) Por tanto, no es necesario analizar si la duración de los contratos litigiosos es o no manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebra-

dos en el mercado afectado, circunstancia acumulativa (“Dicha contribución depende, además...” , apdo. 32 ATJUE 3-9-2009) a la de la cuota de mercado; como tampoco es preciso examinar, lógicamente, si la duración de los contratos litigiosos queda o no amparada por los Reglamentos de exención n.º 1984/83 y n.º 2790/99, pues estos solo se aplican a acuerdos que en principio aparezcan incursos en la prohibición del artículo 81.1 del Tratado. No obstante, sí conviene puntualizar que la duración de dichos contratos, atendida la asignada al derecho de superficie como duración máxima de la exclusiva, tampoco es manifiestamente excesiva en comparación con contratos similares celebrados por las compañías proveedoras de carburante con mayor cuota de mercado, según resulta de las ya muy numerosas sentencias de esta Sala dictadas sobre la presente materia. 8.<sup>a</sup>) Resolver la cuestión de otra forma, es decir prescindiendo de la cuota de mercado de la demandada (...) para atender primordialmente a los plazos de duración del derecho de superficie comprometido o constituido a favor de la misma (...), supondría contribuir al efecto acumulativo de bloqueo, ya que la nulidad de los contratos litigiosos dejaría libres a los demandantes para poder contratar con las compañías proveedoras que tienen las mayores cuotas de mercado a pesar de las importantes inversiones que ha tenido que hacer [la proveedora] para construir las estaciones de servicio en cuestión y del poco tiempo que, en proporción, se ha podido beneficiar de la exclusiva de abastecimiento (...). 9.<sup>a</sup>) El planteamiento de los motivos aquí estudiados, fundados exclusivamente en infracción del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del TJUE, impide que puedan examinarse, además, con base en el Derecho español de defensa de la competencia, es decir, aplicando el criterio de “la doble barrera”. No obstante sí conviene aclarar que tal criterio debe conjugarse con lo dispuesto en el artículo 3.2 del Reglamento (CE ) n.º 1/2003, del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, según el cual “[l]a aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero que no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado...”». Esta sentencia ha sido seguida por STS (Sala Civil) de 10 de abril de 2012 (JUR 2012\140254) y STS (Sala Civil) de 16 de abril de 2012 (JUR 2012\140342), del mismo ponente.

### ***Draft Common Frame of Reference (DCFR)***

**STS (Sala Civil) de 1 de marzo de 2012 (RJ 2012/4882).** Ponente: Encarna Roca Trias. Efectos de la resolución de un contrato de compraventa. Tras la celebración de un contrato de compraventa de apartamentos turísticos y una vez que la compradora ya los había arrendado, la vendedora no obtuvo la preceptiva licencia turística y los correspondientes expedientes administrativos quedaron en suspenso, con lo que los apartamentos no eran aptos para el destino que se les pretendía dar. En primera y segunda instancia se declaró resuelto el contrato de compraventa a instancias de la compradora. La vendedora recurrió en casación, alegando, entre otras cosas, la incorrecta aplicación de los preceptos relativos a las consecuencias de la resolución. Su pretensión no tuvo éxito. La Sala se reafirma en que: «(...) la resolución del contrato produce, además de la finalización de las obligaciones que había

generado (efecto liberatorio), el efecto restitutorio, con independencia de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, que siempre será compatible con la restitución. Esta norma ha sido aplicada por la jurisprudencia española y está de acuerdo asimismo con las propuestas contenidas en el artículo III.-3:510 (5) DCFR, que establece que la obligación de restituir se extiende a los frutos naturales o civiles de la prestación y asimismo se encuentra en el artículo 1203 de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones redactada por la Comisión General de Codificación»; igualmente, la Sala insiste en la eficacia retroactiva de la resolución (FJ 4.º). Prácticamente idéntica es la STS (Sala Civil) de 29 de febrero de 2012 (RJ 2012/4054), de la misma ponente y relativa a un caso en que la empresa vendedora era también la misma.

### ***Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principios UNIDROIT y Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL)***

**STS (Sala Civil) de 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012/32).** Ponente: Encarnación Roca Trias. Ejercicio desleal o abusivo del derecho: préstamo hipotecario, acción ejecutiva por deuda residual prescrita y reclamación de daños por parte de los deudores. En 1984, los cónyuges, demandantes y recurrentes en casación, concertaron un préstamo hipotecario con una entidad financiera. En 1985, ante el impago de las cuotas, la entidad inició el correspondiente proceso ejecutivo. No obstante, las partes llegaron a un acuerdo por medio del cual daban en pago «de parte de la deuda» la finca hipotecada. En 2003, es decir, diecisiete años más tarde, la entidad decidió solicitar que prosiguiese la ejecución contra los cónyuges por la deuda residual. Los ejecutados alegaron prescripción de la ejecución, lo que el juzgado aceptó, e interpusieron un juicio declarativo contra la entidad financiera exigiendo responsabilidad por los daños, tanto materiales como morales, que les causó la reclamación intempestiva. La demanda fue desestimada tanto en primera instancia como en apelación. Por su parte, el TS analiza lo que deba considerarse retraso desleal en el ejercicio de un derecho, haciendo referencia, entre otras aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, al hecho de que: «En el derecho europeo aparece la buena fe en el sentido que se ha aludido en el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT, en los artículos 1:106 y 1:201 de los Principios del Derecho europeo de contratos y como señala el artículo I.-1:103 (2) del DCFR (*Draf [sic] of [sic] Common Frame of Reference*), “en particular, resulta contrario a la buena fe que una parte actúe de forma inconsecuente con sus previas declaraciones o conducta, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas” (trad. propia). Así como en el Derecho alemán, en el que la doctrina del retraso desleal encuentra su encaje en el § 242 BGB, referido a la buena fe» (FJ 4.º). Se estima que concurren en el caso enjuiciado los requisitos para entender que la entidad financiera ejercitó extemporáneamente su derecho y que procede indemnizar a los demandantes. Sin embargo, la indemnización se concreta únicamente en los gastos de defensa, puesto que se pudo acreditar que la intempestividad de la prosecución de la acción ejecutiva obligó a que los letrados reconstruyesen toda la historia del caso, mientras que no se concede la indemnización por daño moral solicitada (pero ni siquiera cuantificada), puesto que se entiende que «[l]a simple incomodidad de defenderse ante una acción injustificada, que acabó siendo favorable a los ahora recurrentes al declararse prescrito el pro-

cedimiento iniciado 17 años atrás, entra dentro de lo que se denomina “riesgos generales de la vida”, que no deben ser objeto de resarcimiento, excepto en el caso de concurrencia de circunstancias excepcionales» (FJ 7.º).

### Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL)

**STS (Sala Civil) de 17 de enero de 2012 (RJ 2012\287).** Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Cláusula penal: imposibilidad de moderación en caso de incumplimiento total y de penas moratorias. Un contrato de arrendamiento financiero de locales se resolvió por impago. La arrendataria solicitó una moderación de los intereses moratorios por haberse cumplido parcialmente el contrato. Además de recoger la jurisprudencia que rotundamente impide aplicar la facultad moderadora en el caso de penas moratorias, la Sala reconoce que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos y de las tendencias más modernas, en el Derecho español no es posible moderar la pena en caso de incumplimiento total y por el mero hecho de resultar la pena excesiva (FJ 2.º): «[...] sin perjuicio de aquellos supuestos en los que resulta aplicable la legislación tuitiva de los consumidores, también a diferencia de otros ordenamientos que toleran la modificación de las cláusulas penales excesivas –en este sentido el párrafo segundo del artículo 1152 del Código Civil francés dispone “[n]éanmoins, le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite” (sin embargo, el juez puede, incluso de oficio, moderar o aumentar la pena pactada, si es manifestamente excesiva o irrisoria. Toda estipulación contraria se tendrá por no puesta); y el 1384 del italiano “[l]a (prestazione) penale può essere diminuita equamente dal giudice...ovvero se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo...” (la cláusula penal puede ser minorada equitativamente por el tribunal, si...el importe de la pena es manifestamente excesivo...); y el 812.1 del portugués “[a] cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário” (la cláusula penal puede ser reducida por el tribunal, de acuerdo con la equidad, cuando es manifestamente excesiva, aunque sea por causa sobrevenida-, y pese a la tendencia que se expresa 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, – “[e]l Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”–, y en el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando – “[s]in embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”–, nuestro sistema, actualmente, no permite al Juez moderar la pena exclusivamente por ser “excesiva” ya que, como afirma la sentencia 473/2001, de 10 de mayo (RJ 2001, 6191), reproduciendo otra anterior “la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes”».

**STS (Sala Civil) de 21 de octubre de 2011 (RJ 2012\1122).** Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Arrendamiento de obra: valor del silencio.

Una empresa contrató los servicios de arquitectos y de una promotora para la construcción de una piscina climatizada. Esta se entregó, tras diversas prórrogas y renegociaciones, con importantes defectos. La Sala entiende que, en el caso enjuiciado, recepción tácita es compatible con la responsabilidad de la contratista, pese a que «[e]n nuestro sistema el silencio puede tener significación jurídica –al valor del silencio se refieren la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en enero de 2009 en los artículos 1250 y 1289, y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos en los artículos 2:204 y 4:107–, afirmando la sentencia 772/2009, de 7 diciembre (RJ 2010, 273), con cita de otras muchas, que el silencio tiene significación jurídica de consentimiento o conformidad “cuando se puede y se debe hablar (‘qui siluit qum loqui et debuit et potuit consentire videtur’ (...)) y se debe responder cuando entre las partes existe una relación de negocios (...), y lo mismo cuando es lo normal y natural según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe (...) En tales casos, con la comunicación de la discrepancia se evita que la otra parte se pueda formar una convicción equivocada derivada del silencio con daño para su patrimonio.”» (FJ 3.º). En un caso totalmente distinto, se vuelve a hacer referencia en este sentido a los PECL, a la Propuesta de Modernización y a la STS de 7 de diciembre de 2009: STS (Sala Civil) de 24 de abril de 2012 (JUR 2012\177755), Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.

**STS (Sala Civil) de 29 de febrero de 2012 (RJ 2012\4053).** Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Interpretación de los contratos. Se trata de un recurso interpuesto por la cesionaria de unos derechos de explotación de piezas musicales, alegando que ignoraba el hecho de que la cedente había dado «carta de libertad» a los intérpretes en cuestión. Se estima probado el conocimiento de este hecho por parte de la recurrente y la Sala insiste en que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, en los que el intérprete de los contratos debe ceñirse, básicamente, a los términos en los que las partes expresaron obligarse (Portugal), en España se parte de la base de que el contrato descansa sobre el «consentimiento de las partes», por lo que se persigue averiguar lo que las partes realmente quisieron, con independencia de que lo expresado se ajuste o no literalmente a lo querido. El FJ 2.º de esta sentencia sigue afirmando que «[e]ste es el criterio mantenido en otros ordenamientos próximos –el artículo 1156 del Código de Napoleón dispone que “[o]n doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes ([e]n las obligaciones se deberá buscar cuál ha sido la intención común de las partes contratantes, más que atenerse al sentido literal de los términos)”»; y el 1362 del Código Civil italiano que “[n]ell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole ([e]n la interpretación del contrato se tiene que indagar cual ha sido la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras)”–, y es el que sostienen las actuales tendencias doctrinales –el artículo 4 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales dispone que “[e]l contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes”–; el apartado 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos que “[e]l contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras”–; y el 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación

publicada por el Ministerio de Justicia en 2009, que “[l]os contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras”».

**STS (Sala Civil) de 4 de abril de 2012 (JUR 2012\148121).** Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Destacamos esta sentencia, no por su contenido, sino por el hecho de que refleja como en este caso es la parte recurrente (y no el propio Tribunal) quien alega, aunque sin éxito, la infracción de los PECL, en materia de resolución contractual. En concreto, la recurrente alegó «[i]nfracción de los artículos 1124, 1256, 1258, 1543, 1544 y 1557 del C. Civil, por errónea aplicación o inaplicación de los mismos, así como de las doctrinas jurisprudenciales, sobre cumplimiento de las obligaciones y sobre resolución de los contratos, así como del artículo 25 de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y del artículo 8:103 de los Principios de Derecho Europeo de contratos [...]», lo que la Sala desestima, básicamente a raíz de los múltiples incumplimientos en que habían incurrido ambas partes.

### AUDIENCIAS PROVINCIALES

Siguen siendo frecuentes las referencias en resoluciones de las Audiencias provinciales a textos tendentes a la armonización del Derecho europeo por remisión a decisiones del TS, que se suelen transcribir literalmente; en especial, es objeto de referencia constante la STS de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2009\675), en cuanto toma como criterio interpretativo los PECL, para determinar cuándo el incumplimiento debe estimarse esencial y, por tanto, permitir la resolución de los contratos. En esta edición de la crónica, destacamos algunas decisiones recientes de las Audiencias en las que se encuentran referencias directas a los PETL.

### Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil

**SAP A Coruña (Sección 3.<sup>a</sup>) de 11 de noviembre de 2011 (JUR 2011\403222).** Ponente: Rafael Jesús Fernández-Porto García. Accidente ecuestre. Un grupo de jinetes regresaba de una feria. Uno de los caballos tuvo una reacción extraña, su jinete cayó al suelo y el caballo de otro jinete le causó heridas en la cara al pisarle. El Tribunal analiza si concurren o no causalidad física y jurídica; respecto de la primera, estima aplicable la teoría de la equivalencia de las condiciones, para lo que se refiere a la doctrina del TS y también a la tesis de la *conditio sine qua non* del artículo 3:101 de los PETL. Se estima que en el caso no se cumplían los requisitos de la causalidad física, puesto que lo determinante del daño fue la caída del demandante y no la presencia del otro jinete, puesto que en su lugar podría haber estado otro.

**SAP de Barcelona (Sección 16.<sup>a</sup>) de 19 de enero de 2012 (JUR 2012\92111).** Ponente: Jordi Seguí Puntas. Responsabilidad civil de los progenitores por actos realizados por sus hijos menores. Demanda entablada por la madre de un menor que falleció al chocar contra un vehículo; los menores (demandados junto con sus progenitores) habían manipulado los frenos de la bicicleta de la víctima que, sin saberlo, descendió por una calle

con fuerte pendiente, con la esperanza de frenar en el último momento antes del cruce, como era práctica habitual entre estos menores (es decir, tanto la víctima como los demandados). En el FJ 4.º, puede leerse que: «frente a otros ordenamientos jurídicos que no reconocen como fuente de responsabilidad civil propia los hechos lesivos causados por menores de edad, el régimen vigente en España se limita a establecer que la imputabilidad del daño exige ya sea la capacidad de culpa –propia de los adultos– o cuando menos la capacidad de discernimiento para comprender el alcance de los propios actos, esto es, una mínima madurez intelectual y volitiva. [...] No es ocioso reseñar que los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil (PETL) atribuyen responsabilidad civil con base en la culpa a todo el que viola “el estándar de conducta exigible”, entendiendo por tal el canon de actuación exigible a “una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias” del agente, cuyo estándar puede adaptarse en función de la edad de este último. Sobre las expresadas bases, hay razones sobradas para confirmar el razonamiento de la sentencia apelada que atribuye suficiente capacidad de discernimiento a los menores [...]», lo que conduce a la responsabilidad de sus representantes legales.

**SAP Pontevedra (Sección 1.ª) de 3 de abril de 2012 (JUR 2012\168292).**

Ponente: Jacinto José Pérez Benítez. Valoración de los daños indemnizables. A la hora de determinar el perjuicio, el Tribunal se refiere conjuntamente al artículo 1902 CC y a los PETL (FJ 2.º): «En punto a la determinación del perjuicio, es sabido que es criterio general el de que el Derecho ha de procurar la satisfacción del interés del perjudicado, encaminado a obtener la íntegra reparación del daño, a tenor del principio jurídico de la “restitutio in integrum” que informa el artículo 1.902 CC, que tiende al exacto restablecimiento del patrimonio afectado, o, en los términos del artículo 10:101 de los Principios de Derecho Europeo de responsabilidad civil, la compensación a la víctima, restableciendo “la posición que hubiera tenido si el ilícito que reclama no se hubiera producido”».

**SAP Barcelona (Sección 16) de 21 de diciembre de 2011 (JUR 2012\19545).** Ponente: Jordi Seguí Puntas. Accidente de tráfico: resarcimiento del daño. El coste de reparar el vehículo triplicaba el valor venal del mismo al tiempo del siniestro. Para reducir la indemnización a este último, incrementado moderadamente debido a gastos y molestias, el Tribunal se hace eco de los PETL (FJ 2.º): «Desde una perspectiva estrictamente doctrinal, indicar [sic] que los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil aprobados en 2005 por el European Group on Tort Law han venido a refrendar aquella tesis, al establecer que la medida básica de la indemnización es “el valor de la cosa” y que el perjudicado sólo puede reclamar el mayor gasto de la reparación “si tal actuación resulta razonable” (artículo 10:203)».

## Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones y notas

**HARKAMP, Arthur - HESSELINK, Martijn - HONDIUS, Ewoud - MAK, Chantal - DU PERRON, Edgar (eds.): *Towards a European Civil Code*, Wolters Kluwer, 2011, 4<sup>th</sup> revised and expanded edition, 1184 pp. ISBN: 978-90-411-3357-1.**

El libro que se recensiona puede considerarse ya un clásico, que vuelve a publicarse ahora en su cuarta edición y que ya no necesita de más presentación. La presente edición se ha visto incrementada respecto de la precedente en 280 páginas y ello, fundamentalmente, se debe al hecho de que la discusión sobre la europeización del Derecho privado europeo ha alcanzado nuevas cotas, no solo como consecuencia de las nuevas iniciativas políticas, sino también debido a los nuevos trabajos sobre el Marco Común de Referencia y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea. Son estos motivos los que según los editores de la obra seguramente justificarían hoy más que entonces la promulgación de un Código civil europeo. Los capítulos ya existentes en anteriores ediciones se mantienen pero han sido reelaborados a la vista de dichas consideraciones; además, se han incorporado nuevos capítulos y también nuevos autores. Así, sobre Derecho y regulación privada (mediante códigos de conducta, por ejemplo) (Cafaggi); el impacto del Derecho europeo primario en el Derecho privado (Hartkamp); el papel del TJUE en la interpretación de las directivas (Weatherill); la relación entre el Derecho contractual y el Derecho de la competencia (Cseres); la procedimentalización del Derecho privado (Joerges y Schmid); los aspectos constitucionales de un Código civil europeo (Mak); la noción de daño (von Bar); el Derecho y su análisis económico en el proceso de armonización del Derecho privado europeo (Gómez); los vicios del consentimiento en el Derecho contractual (Cartwright); *hardship* y modificación del contrato (Mekki); contratos bancarios de inversión y mercantiles (Grundmann); prestación de garantías por los particulares (Colombi Ciacchi); responsabilidad vicaria (Wagner); y buena fe y adquisición de bienes muebles (Salomons). Por el contrario, algunos capítulos de la tercera edición de esta obra han desaparecido en la actual. Por ejemplo, las contribuciones de van Gerven, Muir Watt, Legrand, Heutger y Jelloschek.

Los autores de esta nueva edición proporcionan, de nuevo, argumentos sugerentes y atinados en los respectivos temas tratados, que de forma concisa ofrecen al lector un estado de la cuestión y, a la vez que le introducen en las cuestiones más candentes de la discusión, aportan nuevas ideas y sugerencias. Se trata, en definitiva, de una obra que no debería faltar en ninguna biblioteca especializada.

Martin EBERS  
Humboldt Universität zu Berlin



**MCCORMACK, Gerard: *Secured Credit and the Harmonisation of Law. The UNCITRAL Experience*, Edward Elgar Publishing, 2011, 224 pp. ISBN: 978-1849803977.**

La presente obra analiza una cuestión de gran interés para las transacciones transfronterizas: la armonización de las garantías reales. Nos encontramos ante una materia que por su complejidad no ha sido regulada hasta el momento por el Derecho privado europeo, que contiene una normativa fragmentada y dispersa (por ejemplo, la reserva de dominio en el artículo 4 de la Directiva 2000/35, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOCE n.º L 8 agosto 2000, núm. 200, p. 35; ver en este sentido Simón Moreno, Héctor, «Towards a European System of Property Law», *European Review of Private Law*, 19, Issue 5, pp. 579–611). La única propuesta que pretendía conseguir una uniformidad en este ámbito era la del *Draft of The Common Frame of Reference* de 2009. Este marco regulaba una garantía real sobre bienes muebles (Libro IX) que no ha sido incorporada en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 10 de octubre de 2011 (Instrumento Opcional, COM(2011) 635 final). Por estos motivos, el autor se centra en la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas de 2008, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), que recoge una garantía real mobiliaria que se concibe de forma amplia incluyendo cualquier clase de derecho sobre un bien mueble, independientemente de la forma que revista la operación o de la terminología empleada por las partes. La Guía también regula un registro público por el que se da publicidad de la garantía real a terceros. La finalidad última que persigue el autor es esclarecer si nos encontramos ante un instrumento cuya adopción sería conveniente por los distintos Estados. En su opinión, la Guía es un instrumento que refleja las modernas técnicas de financiación, más contemporáneo y actualizado que la *European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) Law on Secured Transactions* o la *Inter-American Model Law on Secured Transactions*. De todo ello habría que concluir que, efectivamente, la Guía es una fuente de inspiración (una caja de herramientas o «*Toolbox*») para los Estados a la hora de modernizar sus legislaciones nacionales y promover, así, el crédito transfronterizo a un bajo coste. Sin embargo, esta conclusión, como tendremos ocasión de comprobar, está llena de pequeños matices.

La obra que nos ocupa se estructura en ocho capítulos. En el capítulo introductorio se explica la importancia de UNCITRAL en el comercio internacional, puesto que tiene como mandato general de acuerdo con sus estatutos fundacionales el promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Después de un análisis del método de trabajo de la organización, no siempre aceptado por los países miembros, el autor se hace eco de una circunstancia relevante: la paulatina adopción en el seno de esta organización del término «*modernisation*», que conviviría entonces con los términos armonización o unificación. Sobre estos últimos existe un cierto consenso en cuanto a su significado y alcance. Así, la primera técnica deja intacta la normativa propia de los derechos nacionales (como ejemplos encontraríamos las Leyes Modelo, como la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, aprobada el 4 de febrero 2002 en la primera sesión plenaria de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre

Derecho Internacional Privado, o las Guías Legislativas, como la de 25 de junio de 2004 sobre un marco jurídico eficiente y eficaz para resolver las dificultades financieras de los deudores comerciales); mientras que la segunda permite la unificación a nivel internacional de una normativa (como ejemplo encontramos el Convenio Internacional, como el relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil de 2001). No obstante, la «modernización» constituye tanto un cambio de paradigma y una evolución de los objetivos iniciales de esta organización como una novedosa forma de entender la introducción de normas foráneas en un ordenamiento jurídico. Efectivamente, dicha técnica no se encuentra en los estatutos fundacionales de UNCITRAL y supone la revisión de la normativa legal de un país por considerarse antigua, ineficiente e inadecuada para las exigencias modernas en aras de conseguir una de nueva que cumpla con dichas exigencias (por ejemplo en sede de comercio electrónico), que puede o no ser consistente con las leyes nacionales. No se trata, pues, de armonizar o unificar normas que tengan su base en varios ordenamientos, sino de sustituirlas si no son lo suficientemente modernas. Un instrumento que en el ámbito europeo podría responder a esta idea sería la eurohipoteca, un modelo ideal, útil y flexible de hipoteca que da repuesta a las necesidades actuales del tráfico jurídico. (Nasarre Aznar, S., «The Eurohypothec: a Common Mortgage for Europe», *The Conveyancer and Property Lawyer*, January-February 2005, pp. 50 y 51).

Ante esta nueva perspectiva, el autor analiza qué instrumento sería el más adecuado para conseguir esta «modernización» en el ámbito internacional, y razona que una Guía Legislativa, como la elaborada por UNICTRAL respecto a las garantías mobiliarias, sería la técnica idónea para promover la modernización de las legislaciones nacionales. En efecto, la técnica del Convenio Internacional presenta dificultades en su aplicación, principalmente el largo proceso de adopción y posterior ratificación por cada uno de los Estados y la dificultad para los Estados de variar su contenido (es común el uso de la expresión «todo o nada»). Por ello, la técnica de la Ley Modelo parecería más conveniente gracias a su flexibilidad, al hecho de que no impone su articulado a cada Estado y a que puede ser modificada posteriormente con mayor facilidad, lo que le permitiría adaptarse en mejores condiciones a las demandas del tráfico jurídico-económico de un momento determinado. Pero las Leyes Modelo también encuentran dificultades cuando se enfrentan a una temática, como las garantías reales, que podría exigir cambios de gran envergadura en cada ordenamiento jurídico. Efectivamente, pensemos por ejemplo en la accesoria entre la garantía y la obligación o el sistema registral. Es por ello que la técnica de la Guía Legislativa, que incorpora tanto principios básicos como recomendaciones, podría ser el instrumento más útil.

Una vez dicho analizado el instrumento ideal para una armonización o modernización del derecho, el autor analiza en el capítulo segundo las ventajas *prima facie* de una armonización o modernización del derecho comercial internacional: la seguridad jurídica, la existencia de una ley neutral que gobierne las transacciones transfronterizas y la reducción en los costes de transacción. Ambas técnicas también tienen sus inconvenientes: la competencia entre los legisladores para optimizar sus legislaciones y los aspectos culturales de cada país. Todos estos aspectos ya han sido debatidos a nivel europeo respecto a la armonización del Derecho privado europeo (ver en este sentido Legrand, «Against a European Civil Code», en *The Modern Law Review*, Vol. 60, 1997), pero el autor destaca en el ámbito internacional tres hechos relevantes: a) primero, que muchas operaciones todavía se rigen por

una ley que no ha sido armonizada. Por lo tanto, existen factores extrajurídicos como el lenguaje o la falta de familiaridad con las prácticas comerciales locales que jugarían incluso un rol más importante que la regulación legal; *b*) segundo, que a la hora de considerar cualquier armonización no se puede ignorar el elemento político; y *c*) tercero, que la introducción de un nuevo derecho se ha de relacionar satisfactoriamente con las instituciones jurídicas preexistentes, a lo que ayuda que ese derecho provenga de una tradición jurídica similar. Es decir, una armonización de las garantías mobiliarias a nivel internacional que está basada en una jurisdicción en particular podría no ser el instrumento óptimo para un cambio en el régimen legal. Esto es precisamente lo que tiene lugar con la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas de UNCITRAL, que tiene su base en el artículo 9 del *Uniform Commercial Code* estadounidense (UCC).

En el capítulo tercero el autor trata específicamente la armonización o modernización del derecho de garantías, y llega a la conclusión de que una regulación eficiente y moderna debería ser «liberal» eliminando cualquier restricción a la hora de constituir la garantía. De esta forma, se facilitaría el crecimiento económico con la consiguiente reducción del coste de crédito, aunque ello podría afectar a cuestiones de orden público. En nuestra opinión, la idea que con acierto plantea el autor es que la garantía debería ser eficaz y eficiente en el tráfico jurídico, es decir, debería otorgar la máxima seguridad jurídica a las partes permitiendo obtener el máximo provecho del valor de los bienes muebles objeto de garantía. A mayor flexibilidad, mayores posibilidades de constituir una garantía y de obtener un valor económico de los bienes. El artículo 9 UCC se considera como una de las normativas que cumple con estas necesidades, cuyas características principales (por ejemplo, menores restricciones a la hora de constituir la garantía, un amplio objeto y prioridad de los derechos de garantía sobre otros créditos) están presentes en la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas. Por lo tanto, esta Guía, como ya hemos visto, tiene una gran influencia del UCC, es decir, del derecho norteamericano, no solo por su contenido si también por el poco margen existente para la aplicación de principios contradictorios con los que se enuncian. Ello tiene repercusiones, como veremos, en cuanto a su operatividad.

En el capítulo cuarto el autor analiza precisamente el artículo 9 UCC (que ha tenido influencia en otros países del *common law*, como Nueva Zelanda y Australia) y lleva a cabo una comparativa tanto con el Derecho inglés, que si bien contiene una regulación igual de flexible, la falta de una regulación única lo convierte en un modelo poco atractivo o «vendible» a nivel internacional (dado que su regulación tiene su base en la precedentes de los tribunales), como con el *civil law*, que no destaca por su flexibilidad. En efecto, por ejemplo en cuanto a la constitución de la garantía, rige de forma general en los sistemas de derecho civil el principio de especialidad, es decir, existe la necesidad de que el objeto del derecho real quede claramente definido, si bien en el *common law* pueden encontrarse excepciones a este principio como en la *floating charge* inglesa, que se extiende sobre todos los bienes presentes o futuros de una empresa hasta que finalmente es exigible la obligación (ver *National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd and others*. House of Lords, [2005] 2 AC 680). La conclusión, pues, es que tanto el modelo estadounidense como el inglés ejemplifican un régimen «liberal» de las garantías mobiliarias.

En el capítulo quinto el autor analiza los esfuerzos de armonización internacionales anteriores a la Guía Legislativa UNCITRAL, en particular,

los ya citados EBRD *Model Law on secured Transactions* y el *Organisation of American States (OAS) Model Law*, que se aplican a cualquier clase de garantía y pueden considerarse como precursores de esta Guía.

El sexto capítulo se centra en la Guía Legislativa y analiza algunas de sus características principales, como la limitación en su objeto (no se incluyen los bienes incorpóreos y los bienes inmuebles), la posibilidad de crear una especie de *floating charge* sobre todos los bienes de la empresa, si bien la Guía deja un porcentaje para los acreedores no asegurados, lo que no tiene lugar en el derecho estadounidense, la constitución por contrato o acuerdo, incluso oral en algunas circunstancias, su registro para su eficacia respecto a terceros, las denominadas «*quasi-securities*», como las cláusulas de reserva de dominio (con una gran influencia del derecho estadounidense), o la regla general *prior in tempore potior in iure* (primero en el tiempo, mejor en derecho).

En último lugar, antes de las conclusiones, se analiza en el capítulo séptimo la Guía Legislativa UNICTRAL sobre el Régimen de la Insolvencia, que al contrario que la Guía sobre Operaciones Garantizadas no está tan influenciada por el derecho estadounidense. Por un lado, no contiene un régimen tan prescriptivo, por ejemplo la Guía sobre insolvencia remite a la legislación nacional en cuanto a la reserva de dominio sin imponer una solución; por otro, el derecho estadounidense tiene una clara inclinación pro-deudor, en contraposición con la Guía UNCITRAL que toma en consideración los intereses del acreedor.

En definitiva, el lector realiza a través de estos capítulos un recorrido por el derecho internacional de las garantías reales mobiliarias, donde confluyen una serie de instrumentos y/o métodos de armonización o unificación y diferentes propuestas y regulaciones legislativas. En nuestra opinión, era necesario un análisis pormenorizado en este ámbito a nivel internacional, dado que a nivel europeo el tema de la armonización, unificación y/o uniformización del Derecho privado europeo es un tema tratado ampliamente por la doctrina que ha despertado controversias. Nos encontramos ante una obra muy recomendable donde el autor no rehúye hablar de las cuestiones más candentes en este ámbito, como cuál sería la mejor técnica de armonización y los factores que influyen en la adopción de uno u otro instrumento. La conclusión es que la Guía Legislativa UNCITRAL se presenta como un instrumento flexible, eficaz y eficiente en el ámbito de las garantías reales mobiliarias, pero su similitud con la regulación estadounidense (artículo 9 UCC) provoca que sea difícil su transposición en otros Estados, aparte de haber sido elaborada con anterioridad a la crisis económica. Por lo tanto, el debate sigue abierto a la discusión doctrinal, a la que el autor de la presente obra ha contribuido de forma inestimable.

Héctor SIMÓN MORENO  
Universidad Rovira i Virgili

**WESTRIK, R - VAN DER WEIDE, J. (eds.): *Party Autonomy in International Property Law*, Sellier, Munich, 2011, 276 pp. ISBN (print) 978-86653-173-4 ISBN (eBook): 978-3-86653-932-7.**

El libro publica las ponencias presentadas en el congreso sobre «Autonomía privada en el Derecho (internacional) de propiedad», que se celebró en la Erasmus School of Law (Rotterdam) los días 27-28 Mayo 2010. Participan-

tes de más de veintidós universidades de Europa y de otros países se dieron cita en una reunión que congregó a un nutrido grupo de especialistas en Derecho Civil, Derecho Civil europeo y Derecho Internacional Privado, así como Derecho de propiedad internacional. El planteamiento inicial parte de la siguiente constatación: mientras que en la esfera del Derecho contractual las partes son en principio libres para elegir la ley aplicable, en el ámbito del Derecho de propiedad, la situación tiende a estar presidida por la aplicación de la *lex situs*, y sin que, en general, se estime que la autonomía privada pueda desplazar la norma que de este principio se deriva.

La finalidad del congreso no se limitaba a procurar información sobre el *status quo*, sino que buscaba propiciar el debate sobre si y cómo la autonomía privada podía y debía tener mayor protagonismo para seleccionar la norma aplicable a cuestiones relativas al estatuto jurídico real de los bienes. Se subraya, además, la importancia del enfoque propuesto, lo que deriva de varios factores. En primer lugar, la creciente importancia del comercio internacional parece exigir soluciones más flexibles a la rígida aplicación de la regla de la *lex situs*. En segundo lugar, la propia regla ha sido sometida a ciertas críticas y revisión, al tiempo que la idea de respetar también en este ámbito la autonomía privada gana terreno, sin perjuicio de constatar que se encuentran implicados distintos intereses por la propia naturaleza de los derechos reales, pues precisamente su eficacia *erga omnes* será uno de los argumentos contrarios a conferir libertad a las partes para decidir su régimen jurídico o para su libre creación.

El congreso se organizó de manera que los ponentes abordaran las cuestiones que derivan del punto de partida señalado, básicamente en torno a cuatro temas: 1. Aspectos generales de la autonomía privada, tanto en el Derecho continental como en los sistemas de Common Law. 2. Derecho internacional privado relativo a la propiedad. 3. Las soluciones adoptadas por las iniciativas y proyectos en el ámbito del Derecho Europeo, especialmente en lo que concierne a las reglas de conflicto para cuestiones de propiedad y 4. La cesión de créditos en el Derecho internacional privado. El libro se estructura así en cuatro partes.

La primera, dedicada a los aspectos generales de la autonomía privada, se abre con un estudio de Alex Flessner que había sido previamente publicado en 2010, y que se incorpora al volumen como frontispicio que establece el marco general y los intereses afectados en la elección del Derecho aplicable a los bienes, el influjo del principio *lex rei sitae*, y la enemiga general del legislador a admitir otros criterios. En particular se analiza el influjo que el trabajo y la crítica de la doctrina han tenido en la legislación de algunos países europeos a la hora de aceptar mayor autonomía privada en el ámbito examinado, así como las razones por las que en general se mira con disfavor lo que puede derivar en inseguridad acerca del régimen jurídico de los bienes y la publicidad organizada (especialmente de las garantías reales), si bien se aboga por una aproximación más flexible en el espacio del Derecho europeo.

La segunda ponencia, cuyo autor es J. van der Weide, ilustra la trascendencia del asunto con una sentencia de la Corte francesa de casación que hubo de decidir sobre la atribución del dominio de bienes muebles de un afamado pintor francés, adquiridos en Estados Unidos, aplicando la regla del *Code possession vaut titre*. El autor expone la situación en Derecho Holandés, en el que la elección por las partes se contempla como un último recurso, allí donde la referencia al lugar en el que los bienes se encuentran no proporcionaría una solución razonable, como ocurre con los bienes que se estén en

tránsito. De otro lado, si bien se espera que la Comisión Europea pueda abrir perspectivas favorables a la autonomía privada al elaborar su informe sobre la aplicación del Reglamento Roma I (art. 14), al menos en materia de cesiones de crédito transfronterizas, el autor se muestra escéptico sobre la posibilidad de alcanzar un consenso europeo sobre la materia.

En el tercer estudio, T.H. D. Sruycken, profesor de Derecho de propiedad europeo en la Universidad de Utrecht, centra su enfoque en el significado de la teoría del *numerus clausus* propia de algunos Derechos continentales y piedra de toque en la discusión sobre la libre creación por los particulares de derechos reales y la reticencia a admitir en el sistema interno figuras jurídico-reales extrañas a los moldes previstos por el propio Ordenamiento. Profundiza en el origen y el significado de la teoría y su reflejo en algunos países señaladamente en Holanda. Se advierte además de los problemas derivados de admitir la autonomía privada en la libre creación de derechos reales, pues, como acertadamente destaca, la cuestión exige concretar quiénes son los terceros afectados y en qué medida incide sobre su posición el derecho de que se trate; más aún, subraya la importancia de establecer los límites que eviten los posibles abusos o excesos (a través, por ejemplo, de exigencias de publicidad, normas de protección de terceros de buena fe, etc.), cuyo diseño es igualmente importante si se quiere conseguir que la idea de autonomía privada en el ámbito jurídico real sea más aceptable.

Esta primera parte se cierra con la contribución de R. Stevens de la University College de Londres, que, a través de un análisis de la noción de *property right* en el Common Law, su evolución y los intereses implicados en su definición, concluye en la necesidad de delimitar el contorno del concepto de *property right* como premisa indispensable para afrontar el problema de la autonomía privada en su creación, teniendo en cuenta, además, las actuales necesidades del tráfico jurídico.

La segunda parte en la que se divide el libro se dedica a la autonomía privada en particular en el ámbito del Derecho internacional privado. Intervienen J. v. Hein, de la Universidad de Trier, V. Sagaert, profesor en la Universidad de Leuven y de Antwerp, sobre Derecho francés y belga. El primero pone de relieve que el punto de partida en el Derecho alemán es negativo; no obstante, esta afirmación se impregna de matices, lo que provoca ciertas incoherencias; una fuente de inspiración se encuentra en los reglamentos de Roma I y II y los intereses que en dichas normas se tienen en cuenta a la hora de establecer límites a la autonomía privada. En cuanto al tema en Derecho francés y belga, se advierte que la propia construcción del concepto de derecho real y el sistema de *numerus clausus* afecta a la cuestión, por más que en ambos ordenamientos se observa la admisión de figuras que no dejan de abrir una brecha en lo que *prima facie* parece una construcción cerrada contraria a la admisión de situaciones jurídico-reales atípicas; así, por ejemplo en lo que se refiere a las transmisiones fiduciarias con finalidad de garantía, cuya admisibilidad es más clara en Derecho francés, pero no reconocida en Bélgica, que sin embargo abre paso a la autonomía a través de reconocer la elección de la ley aplicable a los *trusts*.

La tercera parte del libro afronta el problema en el marco más general del Derecho Europeo, vigente y proyectado, habiéndose elegido dos temas como ilustración de los intereses políticos y financieros subyacentes. En primer lugar, el problema de la legislación aplicable a los efectos frente a terceros de la cesión de créditos y la polémica latente a la revisión de la Convención de Roma y la gestación del artículo 14 de Roma I, que se aborda por M. van der

Grinten, que participó activamente en aquella como representante de Holanda. U. Drobnig, Director emérito del Max Planck de Hamburgo, partiendo de la regulación en la Directiva sobre la lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales, proporciona una visión panorámica de los efectos de la cláusula de reserva de dominio en los países europeos (examinando, de un lado, las que le conceden pleno reconocimiento a las acordadas en otros estados miembro, mientras que otros, entre ellos España, someten sus efectos frente a terceros a requisitos de publicidad) así como otras garantías no posesorias, y los puntos en los que la diferente práctica judicial en varios países haría aconsejable la intervención del legislador europeo.

La cuarta y última parte del libro contiene cuatro estudios dedicados a autonomía privada y cesión de créditos (H. Verhagen y A. Flessner), acuerdos de garantía financiera (R.M. Wibier) y la autonomía privada en el Derecho concursal (P. M. Veder). El primero, de H. Verhagen, no sólo se dedica a la incidencia que tiene reconocer en Roma I la libre elección de la ley aplicable, sino que realiza un breve estudio comparativo de varias cuestiones relativas a la eficacia de la propia cesión del crédito frente al deudor cedido y el papel asignado a la notificación frente a éste y como elemento a considerar, no sin polémica, para determinar la preferencia en caso de doble cesión del crédito. Asimismo analiza el problema de las cesiones en garantía, su discutida admisión en algunos ordenamientos y, finalmente, los presupuestos de la eficacia de la cesión frente a terceros, especialmente acreedores de las partes. Su conclusión es que no es necesario negar la autonomía privada en este campo, pero si clarificar y delimitar los intereses en conflicto y su adecuada protección. A. Flessner enfoca el problema desde la doble faz de la cesión del crédito, que, de un lado, implica un derecho de crédito a exigir una prestación a una persona determinada, y, de otro, constituye un bien incorporal cuyas reglas de circulación entran en el ámbito de los derechos reales; a partir de aquí, y desde la regulación contenida en las normas de Roma I, se determina su alcance y trascendencia, no exenta de discusión e interpretaciones diversas (artículos 14 y 27), para resolver los efectos de la cesión frente a terceros. En el tercer capítulo de esta última parte, R. M. Wibier explica los problemas relativos a la garantías financieras en operaciones transfronterizas, así como las alternativas que las partes, en uso de su autonomía, pueden explorar con el fin de estructurar lo que mejor convenga a sus intereses. Finalmente, P. M. Veder pone de relieve la conexión entre autonomía privada y Derecho concursal, partiendo de la constatación de las relevantes diferencias, en caso de insolvencia, entre ser mero acreedor o ser titular de un derecho real resistente al concurso, y teniendo en cuenta que el legislador concursal, en función de sus propios criterios, determinará la suerte de uno y otro, y, en particular, la de las garantías reales. El punto de confluencia se produce considerando la disciplina concursal sobre la impugnación de los actos perjudiciales para la masa, por cuanto las partes, en uso de su autonomía privada sobre la elección de la ley aplicable, escogerán aquella que mejor les ponga a salvo de cualquier interferencia por parte de la administración concursal. Esta observación, sin embargo, no se traduce en un obstáculo insalvable para amparar su libre elección, pues se considera deseable que las partes escojan aquella regulación que mejor responda a sus intereses. Lo importante es adoptar las medidas que sean oportunas para proteger a otros acreedores y reprimir los supuestos en los que la elección de la norma aplicable se revele haber sido utilizada con el propósito de defraudar los derechos de terceros.

Como puede observarse, tras este breve resumen, en esta obra se ofrece un amplio abanico de cuestiones relacionadas con problemas que afectan fundamentalmente a la elección de la ley aplicable a cuestiones jurídico-reales y derivados de su inevitable trascendencia frente a terceros, concretando muchos de los escenarios en los que el conflicto se puede suscitar y proporcionando un agudo análisis de los cauces adecuados para conciliar la autonomía privada y los intereses de terceros a la vista del Derecho europeo vigente y las perspectivas de futuro. Contando, además, con reconocidos especialistas que proporcionan una visión crítica sobre las ideas tradicionales en la materia y abren nuevos horizontes. Al hilo de enfocar la cuestión desde el Derecho internacional privado, se incide además sobre la propia noción de derecho real y su proyección en distintos países y, en particular, sobre distintas formas de garantía, entre otras, transmisión fiduciaria de propiedad, cesión de crédito o garantías financieras.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA  
Universidad de Murcia

**CASTRO VÍTORES, Germán de: *La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo*, Madrid, Ed. Dykinson, 2009. 209 pp. ISBN: 978-84-9849-334-4.**

La cláusula penal es un tema recurrente: como tema clásico que es, nunca pasa de moda, y la doctrina vuelve sobre él una y otra vez, siempre con nuevos problemas y nuevas propuestas<sup>1</sup>. Lo que caracteriza a esta obra que ahora comentamos es que, a diferencia de lo que es acostumbrado, no aborda el problema de la cláusula penal desde la perspectiva sobre todo nacional-estatal, sino desde una óptica fundamentalmente europea, lo que constituye quizás la principal novedad de este estudio<sup>2</sup>.

En efecto, arrancando ya desde orígenes romanos<sup>3</sup> y sus recorridos a lo largo del *ius commune* medieval y moderno<sup>4</sup>, la cláusula penal es una institución típica del Derecho europeo de obligaciones, presente en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión Europea, y de fuera de ella. Pero, si bien en la tradición jurídica europeo-continental pre-codificatoria la figura presentaba una cierta homogeneidad, con la «re-nacionalización» del Derecho que supuso la era de la Codificación, por un lado, junto con la influencia del Derecho angloamericano, por el otro, se entró en un campo de incertidumbre del que el moderno Derecho europeo es hoy tributario. Esta

<sup>1</sup> Sin ir más lejos, muy recientemente ha aparecido una auténtica *summa* sobre la materia a cargo de Silvia Díaz Alabart, *La cláusula penal*, Madrid, 2011.

<sup>2</sup> Véase también, en este mismo sentido, I. STELTEMANN, *Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht. Möglichkeiten einer Rechtsvereinheitlichung auf der Basis eines Rechtsvergleichs der Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs, Englands und Schwedens*, Berlin, 2000. Un estudio reciente que también aporta una visión comparatista del problema es C. FUENTESECA DEGENEFTE, «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán», en *Foro. Revista de ciencias sociales y jurídicas* 13 (2011), pp. 61-110.

<sup>3</sup> Fundamental, R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae: Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln, 1976; cf. además R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, pp. 95 y ss.

<sup>4</sup> R.-P. SOBNA, *Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen. Eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § 343 BGB*, Berlin, 1993, pp. 26 y ss.



incertidumbre alcanza incluso a la propia definición del instituto<sup>5</sup>. Hoy se entiende por «cláusula penal», en sentido amplio, una estipulación por la que cada uno de los contratantes, o solo uno de ellos, se compromete de antemano respecto al otro, a realizar una prestación, generalmente en dinero, en el caso de incumplimiento o de cumplimiento imperfecto de su obligación, ya sea a título de indemnización *à forfait* o de sanción. Esta concepción amplia y unitaria es la que ha caracterizado generalmente a los Derechos civiles continentales<sup>6</sup>, frente a la tradición del *common law*, que ha venido distinguiendo entre la «penalty clause» (de carácter conminatorio) y la «liquidated damages clause» (con fines meramente indemnizatorios), considerando la primera nula, mientras que la segunda, al ser una simple estimación anticipatoria de los daños y perjuicios para el acreedor en caso de incumplimiento por el deudor, está permitida, sin que pueda ser modificada por el juez. La principal función del juzgador en estos casos es determinar ante qué clase de cláusula nos encontramos en un contrato dado.

La distinción ha acabado penetrando también en algunos Derecho continentales. Así, en el Derecho alemán, la configuración que de ella da el BGB (§§ 339-345) es acorde con la tradición continental, es decir, responde a una dualidad de funciones, coercitiva e indemnizatoria, con predominio de la primera. Sin embargo, a partir de los años 60, la jurisprudencia comenzó a entender que, en caso de que la intención de las partes fuera claramente que la cláusula solo sirviera para hacer una evaluación *a priori* de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios que corresponderán al acreedor en caso de incumplimiento o cumplimiento imperfecto de la obligación por el deudor, no se trata propiamente de una *Vertragsstrafe* y, por tanto, no procede aplicar los mencionados parágrafos del BGB, sino que deben aplicarse las normas que rigen un acuerdo de voluntades con ese contenido (*pauschalierter Schadenersatz*). Esta doctrina jurisprudencial ha acabado imponiéndose en Alemania, liquidando así la visión unitaria del instituto, y fue consagrada legislativamente por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (*AGB-Gesetz*) de 9 de diciembre de 1976.

Esta tendencia a la distinción entre ambas figuras se observa también en otros ordenamientos jurídicos europeos. Así, en Francia, el *Code civil* ya contenía un principio de distinción, al separar la regulación de la cláusula penal propiamente dicha (arts. 1226-1233) de la de daños y perjuicios (art. 1152); sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia tendieron a interpretar estos preceptos unitariamente, siguiendo la tradición civilista, hasta que la reforma del artículo 1152, que permitió la revisión judicial de la pena, hizo pensar a cierta parte de la doctrina que debería tratarse de forma diferenciada ambas figuras. En el Derecho italiano, la doctrina se encuentra dividida entre quienes ven en la cláusula penal del artículo 1382 CC una figura de naturaleza mixta, coercitiva e indemnizatoria, en que las dos funciones serían esenciales, y quienes sostienen que ahí se encuentra únicamente un tipo de sanción, y que las cláusulas que contengan solo un acuerdo anticipado sobre el importe la indemnización deben seguir otro régimen. El Derecho portugués,

<sup>5</sup> Así, en la propia Resolución 78 (3), de 20 de enero de 1978, del Consejo de Ministros del Consejo de Europa relativa a las cláusulas penales en Derecho civil (Exposición de motivos, n.º 6) se dice expresamente que «l'un des problèmes fondamentaux qui se posait au comité [d'experts] était celui de la définition des termes "clause pénale"» (*cit.* en A. PINTO MONTEIRO, «Clause Pénale/Penalty Clause/Vertragsstrafe», en *ERPL* 9/1 (2001), p. 149.

<sup>6</sup> ZIMMERMANN, *op. cit.*

por su parte, ve la cláusula penal del artículo 810.1 CC como un acuerdo indemnizatorio, sin perjuicio de que las partes puedan acordar darle asimismo un carácter conminatorio<sup>7</sup>. La doctrina española mantiene un concepto unitario, en la línea tradicional, pero donde la pena, según el artículo 1152 CC, tiene una función principalmente sustitutiva y liquidatoria de la indemnización<sup>8</sup>.

Otro tema conflictivo en relación con la cláusula penal es el referido al poder moderador del juez en caso de que el importe de la pena supere la cuantía de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de la prestación por el deudor. Las soluciones que se encuentran en el Derecho comparado son también diversas y a menudo divergentes de las de la tradición civilista. Como ya se ha indicado, en el *common law* no se admite la revisión judicial de la *liquidated damages clause*. En el Derecho continental, en cambio, el BGB (§ 343) permite la reducción judicial de la pena cuando esta es desproporcionadamente elevada. Asimismo, el Derecho portugués (art. 812 CC) y el italiano (art. 1384 CC) admiten la revisión cuando la pena es manifiestamente excesiva o cuando haya habido un cumplimiento parcial de la obligación por el deudor. Una solución semejante se encuentra en el Derecho suizo (art. 163.3 OR) y en el nuevo Código holandés (art. 6-94), que prevé que el juez pueda moderar la pena si «la equidad» (*billijkheid*) lo exige manifiestamente. También el Derecho francés se orienta ahora en esta dirección, después de la reforma del artículo 1152 CC en 1975, que permite al juez reducir la pena cuando esta es notoriamente excesiva, y no solo en caso de cumplimiento parcial por el deudor<sup>9</sup>. Frente a esta actitud generalizada en el Derecho continental, el Derecho español (art. 1154 CC) se mantiene aferrado a la solución tradicional, que solo admite la moderación de la pena por el juez en caso de cumplimiento parcial o irregular de la prestación, solución que ha sido a menudo criticada por la doctrina e interpretada restrictivamente<sup>10</sup>.

Este es el telón de fondo en el que se mueve este libro que comentamos, que aborda justamente estos temas neurálgicos de la cláusula penal a los que nos hemos referido, es decir, la delimitación de la cláusula penal respecto de las modalidades indemnizatorias y la cuestión de la revisión judicial del importe de la pena, sobre todo esta última cuestión. Aunque rece en su título «ante la armonización del Derecho europeo», la obra versa más bien sobre

<sup>7</sup> Vid. PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, 150 ss.; más detalles ahora en DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

<sup>8</sup> Vid. las síntesis recientes de J. E. MASIDE MIRANDA, «La cláusula penal», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, pp. 497 ss.; E. ARROYO I AMAYUELAS, «Comentario al artículo 1152 CC», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1279 s.; J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 1152 CC», en A. CAÑIZARES LASO/P. DE PABLO CONTRERAS/J. ORDUÑA MORENO/R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, 326 ss. Con detalle, ahora, DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pp. 52 ss. La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones del CC (art. 1147) mantiene la necesidad de pacto para que la cláusula penal sea cumulativa.

<sup>9</sup> PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, 152.

<sup>10</sup> Al respecto, recientemente, aparte del libro que comentamos (*vid. infra* en el texto) y con posterioridad a él, *vid.* MASIDE MIRANDA, *op. cit.*, pp. 518 ss.; ARROYO I AMAYUELAS, «Comentario al artículo 1154 CC», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *op. cit.*, 1283; RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 1154 CC», en A. CAÑIZARES LASO et al. (dirs.), *op. cit.* 336 ss.; más detalles, en DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pp. 95 ss. Cfr. *infra* nota 14.

«unificación» del Derecho europeo<sup>11</sup> y Derecho comparado. En efecto, los focos de atención de la obra con los que establece la conexión con las normas del Derecho español (artículos 1152-1155 CC) son, por un lado, los Derechos de diversos Estados de la Unión (fundamentalmente, Alemania, Inglaterra, Francia, Bélgica, Italia y Portugal) y, por el otro, el proyecto de Código Europeo de Contratos («Proyecto de Pavía» o «Código Gandolfi»), que en su artículo 170 se ocupa de esta figura. Junto a esta temática hay, además, un tercer capítulo, sobre el funcionamiento de la cláusula penal en el marco de los contratos de adhesión o sometidos a condiciones generales, más centrado en el Derecho español, aunque es, precisamente, el tema que ha sido objeto de más normas armonizadoras de los tres aquí estudiados<sup>12</sup>. El libro se presenta, pues, como una suma de tres trabajos relativamente autónomos, que siguen el hilo conductor de la cláusula penal.

En la primera parte (pp. 13-79), el autor realiza un estudio panorámico general sobre el concepto y funciones de la cláusula penal en el Derecho español, en el Derecho comparado y, sobre todo, en el Proyecto de Código Europeo de Contratos, que pone de manifiesto esas fracturas y disonancias al respecto en el Derecho europeo contemporáneo que hemos señalado, y que reclamarían una solución unificadora del estilo de la propuesta por el Grupo de Pavía, que, a juicio del autor, constituye una razonable propuesta armonizadora de las distintas concepciones hoy en liza en el contexto europeo. Particular relieve presentan a este respecto los problemas de la revisabilidad de las penas convencionales excesivas y del establecimiento de criterios interpretativos específicos para la contratación en masa, que son, precisamente, los temas a los que dedicará los dos capítulos o partes siguientes.

En la segunda parte (pp. 81-149) se centra, por tanto, en la primera de esas dos cuestiones. Tras un análisis exhaustivo de la norma del artículo 1154 CC, con su desarrollo jurisprudencial (sobre todo en relación con el problema de la pena de cuantía inferior al daño), y su comparación con las soluciones apuntadas en el Derecho comparado y en proyecto papiense, acaba haciendo un propuesta de reforma normativa favorable a la introducción de

---

<sup>11</sup> Suele distinguirse en la doctrina del Derecho comparado entre «armonización» y «unificación» del Derecho, en el sentido de que, mientras que la «unificación» busca la sustitución de dos o más ordenamientos jurídicos por un sistema jurídico unificado, la «armonización» trata de producir una aproximación o coordinación de diferentes disposiciones o sistemas mediante la eliminación de las diferencias más significativas y la creación de unos requisitos o estándares mínimos: *vid.* P. LERNER, «Sobre armonización, Derecho comparado y la relación entre ambos», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* vol. 37, núm. 111 (Septiembre-Diciembre, 2004), pp. 919-966, 922 [también en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/111/art/art4.htm>]. A nivel europeo se suele distinguir también entre una armonización «mínima» y una armonización «plena», de modo que la primera se refiere al establecimiento de una serie de criterios que marcan el umbral mínimo en el que las normas estatales deben moverse, por debajo de los cuales no puede legislarse, pero sí por encima (estableciendo reglas más exigentes), mientras que la segunda establece unos límites a las legislaciones estatales que estas no pueden desbordar en ningún sentido, en cuyo caso la distinción con el concepto de «unificación» es mínima. *Vid.* al respecto, M. EBERS, «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», en *InDret* 2/2010, pp. 10 y ss. [en [http://www.indret.com/pdf/732\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/732_es.pdf)].

<sup>12</sup> *Vid.* al respecto, v. gr. S. CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato: ¿incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Cizur Menor, 2006.

una facultad revisora general de las penas claramente excesivas, en la línea de la mayoría de los ordenamientos europeos y de la doctrina española<sup>13</sup>.

Por fin, la tercera parte (pp. 151-196) aborda la problemática de la distinción entre cláusula penal y cláusula abusiva, que, como hemos dicho, es la que ha recibido una mayor atención por parte de las autoridades comunitarias en un sentido armonizador, debido a su incidencia en el campo de los contratos con consumidores. Particular atención despierta en el autor la cuestión de los pactos de intereses moratorios excesivos, que constituyen el campo abonado para la introducción de cláusulas penales en el marco de las condiciones generales de la contratación, para abordar la cual hace uso de una abundante información jurisprudencial.

El libro, por tanto, ofrece una interesante panorámica de las principales cuestiones que ayer y hoy siguen caracterizando a esta importante figura del Derecho de obligaciones, algo confusa en ocasiones, pero, en todo caso, con una excelente documentación. Tal vez la principal virtud del libro es que abre cuestiones y apunta interrogantes que enfoca con exactitud, lanzando el guante para nuevos estudios (que, en parte, el propio autor ha tenido ocasión de desenvolver en otras sedes<sup>14</sup>) que contribuyan a esclarecer la función de esta institución en nuestra sociedad en términos de justicia y eficiencia. En todo caso, resulta un libro de imprescindible lectura para quien desee abordar la cuestión a nivel europeo con la vista puesta en los otros proyectos unificadores o «armonizadores» que aquí no han podido ser objeto de un tratamiento pormenorizado<sup>15</sup>, pero que sin duda merecen un contraste con las soluciones aportadas en el Derecho español vigente y en el Proyecto de Pavía que aquí aparecen solventemente expuestas y ponderadas.

F. J. Andrés Santos  
Universidad de Valladolid

---

<sup>13</sup> Así se expresa también la Propuesta de Modernización del CC (art. 1150), que introduce con carácter general la moderación equitativa de las penas manifiestamente excesivas en relación con el daño efectivamente sufrido: crítico, sin embargo, I. Marín García, «Cláusula penal: la facultad moderadora del juez», en *InDret* 1/2008; cf. I. Arana de la Fuente, «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *InDret* 4/2010, esp. pp. 9 y ss. [ambos en <http://www.indret.com>].

<sup>14</sup> Vid. G. DE CASTRO VÍTORES, «La cláusula penal. Utilización y acumulación de los remedios. Tutela preventiva y sumaria. Referencia al arbitraje», en C. VATTIER/J. M. DE LA CUESTA/J. M. CABALLERO (dirs.), *Código europeo de contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. II, pp. 619-648; id., «Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español», en E. BOSCH CAPDEVILA (dir./Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya (coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009, pp. 321-345.

<sup>15</sup> Vid. artículo 9.509 PECL, artículo III-3:712 DCFR, artículo 85 (e) CESL. Sí recibe una cierta atención en el libro la propuesta de *Contract Code* de McGregor (cf. Texto y comentario a cargo de C. VATTIER y J. M. DE LA CUESTA, Barcelona, 1997), artículos. 444-446.

**Congreso Internacional. «La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva 2011/83/UE de derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre compraventa de octubre de 2011 (Propuesta de Reglamento UE)». 1 y 2 de marzo de 2012. Universidad de La Rioja.**

El Congreso, dirigido por Sergio Cámara Lapuente y coordinado por Esther Arroyo i Amayuelas, José Manuel Ventura Ventura y Roberto Yanguas Gómez, todos ellos de la Universidad de La Rioja, salvo Esther Arroyo, de la Universidad de Barcelona, se enmarca en las actividades del Seminario Permanente del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja y constituye el colofón a un Proyecto I+D+i del MICINN (DER2008-0235) «Hacia un Código de Consumo en España y en la Unión Europea», que ya ha arrojado resultados conocidos por la comunidad científica como la obra colectiva *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*, ed. Colex, 2011, dirigida por Sergio Cámara Lapuente y en la que participan algunos de los más prestigiosos especialistas en la materia.

La celebración del Congreso no podría haberse llevado a cabo en un momento más oportuno. En el mes de octubre de 2011 se publicaron dos instrumentos, de diverso alcance pero de igual trascendencia para el ámbito de la protección de los consumidores en particular y para el Derecho de la contratación europea, en general: en primer lugar, la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, de 25 de octubre de 2011 (a partir de ahora me referiré a ella como Directiva 2011); en segundo lugar, la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea [COM (2011) 635 final] sobre un Derecho común europeo de compraventa (a partir de ahora, CESL). El impacto de ambos textos normativos es evidente, tal y como se encargan de poner de relieve los organizadores del Congreso en la presentación del mismo, pues no sólo se proyectarán en la práctica contractual diaria de empresas y consumidores, sino también en las legislaciones nacionales y europea.

A juicio de quien escribe estas líneas, el Congreso cumplió con creces la función que corresponde a los congresos celebrados en el ámbito de las ciencias jurídicas: marcar al legislador qué senda debe seguir para mejorar el Derecho vigente.

El Congreso se dividió en dos partes: en la primera se trató la protección de los consumidores en el ámbito de la Unión Europea; las ponencias de la segunda parte se centraron en las modificaciones del Derecho español por impacto del Derecho de la Unión Europea. La primera parte se ocupó del análisis de la Directiva de 2011 y del CESL; la segunda parte amplió su ámbito de visión pues, además de los instrumentos normativos citados, se trataron otras Directivas de consumo actualmente en revisión.

En la síntesis que realizaré a continuación seguiré dicha estructura, no sin antes advertir que mi objetivo consiste en destacar los aspectos más relevan-

tes del Congreso, invitando al lector interesado a la consulta del libro de ponencias, de próxima publicación, en el que podrán encontrarse todas las ponencias completas, además de una contribución adicional de Reinhard Zimmermann.

**CESL y Directiva 2011.** La primera parte del Congreso ocupó el primer día y se subdividió, a su vez, en dos sesiones. La finalidad de la primera sesión era situar en su contexto general a los dos principales textos normativos analizados. Bénédicte Fauvarque-Cosson y Hans Schulte-Nölke se ocuparon del CESL; Christian Twigg-Flesner, de la Directiva 2011. Tres aspectos destacaría de las brillantes intervenciones.

(1) Transmitieron al público la importancia de la novedosa técnica legislativa utilizada en ambos textos: novedoso es el CESL por su carácter de instrumento opcional, en cuyo concepto se detuvo Bénédicte Fauvarque-Cosson; novedosa es o, desde luego, inusual en el ámbito de la protección de los consumidores, la armonización máxima (o casi máxima, como se ocupó de puntualizar Christian Twigg-Flesner) pretendida por la Directiva de 2011.

(2) Los ponentes no se limitaron a realizar una presentación meramente descriptiva, sino que aportaron sus propias valoraciones de los textos estudiados, más o menos críticas. Y así, no pareció que el CESL desagradara a Bénédicte Fauvarque-Cosson, teniendo en cuenta que se mostró favorable a extender su ámbito de aplicación, inicialmente limitado a los contratos transfronterizos, a los contratos internos. De «excelente» calificó Hans Schulte-Nölke la protección que las normas del CESL brindan al consumidor. Más crítico se mostró Christian Twigg-Flesner con la Directiva 2011, pues, a su juicio, uno de los principales problemas de la armonización europea en materia de consumo, como es la existencia, al fin y al cabo, de 27 Derechos de consumo, no encuentra solución en esta Directiva: en efecto, su ámbito objetivo de aplicación ha quedado básicamente limitado a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y los contratos celebrados a distancia, a pesar de que la idea inicial era mucho más ambiciosa.

(3) A pesar de tratarse de ponencias de carácter general, se ocuparon de algunos detalles particulares dignos de mención. Y así, Bénédicte Fauvarque-Cosson se preguntó si realmente puede hablarse de una *elección* del consumidor de aplicar el CESL o si, más bien, se trata de un *opt-in/opt-out*. Hans Schulte-Nölke llamó la atención sobre los problemas de interpretación que puede generar el artículo 8.2 CESL, en virtud del cual el incumplimiento de los requisitos de forma, exigidos para que el consumidor pueda optar por la aplicación del CESL, conlleva la invalidez de dicha opción. Finalmente, Christian Twigg-Flesner apuntó la existencia de contradicciones entre la Directiva 2011 y otras Directivas, así como de lagunas y de falta de clarificación de aspectos tan importantes como los remedios frente al incumplimiento.

El título de la segunda sesión del primer día del Congreso rezaba como sigue: «Nuevas respuestas jurídicas a las relaciones de consumo (Ámbitos y técnicas cuyo régimen debería revisarse)». No era fácil la labor que los organizadores habían encomendado a los ponentes de esta segunda sesión, pues su cumplimiento exigía, no sólo un conocimiento profundo de los temas asignados, sino también una labor de análisis crítico que sólo quienes manejan con soltura el Derecho de la contratación serían capaces de desarrollar satisfactoriamente. Los ponentes cumplieron con creces la labor asignada. Pondré dos ejemplos.

Antonio Manuel Morales Moreno se centró en la regulación que el CESL contempla para la indemnización de daños y perjuicios en caso de falta de conformidad del bien vendido. Tras una síntesis de los aspectos más significativos de la regulación, compartió con el público una serie de reflexiones de las que se desprende la necesidad de revisión que, a juicio del ponente, exigen algunos aspectos (nada baladíes) del texto. Y así, puso de manifiesto la amplia concepción del daño indemnizable, cuyo único límite está constituido por la previsibilidad del daño; criticó, por inadecuada, la mera traslación de algunas soluciones pensadas para contratos entre comerciantes, a contratos en los que el comprador es el consumidor (*vid.* artículo 165 CESL); mostró su preocupación por el elevado nivel de riesgo que se pone a cargo del suministrador, cuya responsabilidad se amplía a los casos de daños al interés de integridad; en fin, calificó de «excesiva» la facilitación del recurso al remedio de la resolución, consecuencia de la desaparición de la jerarquía de remedios.

Antoni Vaquer Aloy lamentó que la Directiva de 2011 y el CESL no constituyan una base suficiente para construir un Derecho europeo de contratos de servicios y aportó las razones que le habían llevado a dicha conclusión. Baste citar aquí la ausencia de una definición de contrato de servicio, cuyo concepto sólo cabe extraer a base de exclusiones: contrato de servicios es, en virtud de las dos normas tantas veces citadas, aquello que *no* es compraventa y aquellos servicios que *no* se encuentran en la lista de servicios excluidos. El ponente aprovechó también la ocasión para criticar duramente la vuelta a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado que parece desprenderse del artículo 148 CESL.

Destacaré dos momentos más de esta sesión: La ponencia de Gerald Spindler, relativa a los servicios de contenidos digitales, que se impartió por vídeo conferencia y que planteó cuestiones tan sugerentes como la naturaleza jurídica de los servicios prestados por la nube de *Google*. Tras esta ponencia será difícil para los asistentes al Congreso no plantearse qué tipo de contrato están celebrando cada vez que utilicen algún servicio de contenido digital desde sus dispositivos electrónicos. La dinámica intervención de Jules Stuyck, cuya experiencia en la práctica, como Abogado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quedó manifiesta al plantear abiertamente cuestiones que no podían dejar indiferente a nadie: ¿No sería adecuada una pausa en la armonización europea? ¿Acaso no se está sobre-estimando la armonización en materia de consumo al confiar en que, por sí sola, sea capaz de crear un mercado único?

**Impacto en el Derecho español.** Si la primera parte estuvo centrada fundamentalmente en el CESL y en la Directiva 2011, la segunda se ocupó, desde la perspectiva del Derecho español, no sólo de estos dos novedosos instrumentos normativos, sino también de otras Directivas, caracterizadas por encontrarse en pleno proceso de revisión.

La primera sesión de esta segunda parte, focalizada todavía en el CESL y en la Directiva 2011, se detuvo en cuatro aspectos y en su posible incidencia en la regulación española, fundamentalmente, en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (a partir de ahora, *TRLGDCU*): los deberes de información precontractual, el derecho de desistimiento, los contratos celebrados a distancia, los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y el contrato de compraventa de consumo. ¿Cuáles fueron los impactos más destacables en dichos temas para el Dere-

cho español? Xabier Basozábal, tras extraer los criterios que, con carácter general, deben regir la asignación del riesgo contractual de información, se detuvo en la siempre difícil tarea de la posible confluencia de remedios jurídicos en caso de incumplimiento de dichos deberes. El ponente puso de manifiesto que el CESL, a diferencia del TRLGDCU, únicamente se remite a los remedios por invalidez, en concreto, al error y al dolo, sin que aparezcan mencionados los remedios frente al incumplimiento. En relación con el derecho de desistimiento, Andrés Domínguez Luelmo llamó la atención sobre la indeseable situación que podría generarse para el consumidor como consecuencia de la aplicación de los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en virtud de la Directiva 2011 y las normas españolas reguladoras de la mora (arts. 1183 y 1096 CC). Esther Arroyo i Amayuelas estructuró su refrescante ponencia sobre los contratos a distancia en tres partes: concepto, consecuencias de la unificación de la regulación de las ventas a distancia y de las ventas celebradas fuera del establecimiento mercantil y presumible impacto en el Derecho español. De las numerosas y sugerentes ideas que ofreció al público destacaré aquella que incide en uno de los aspectos esenciales del tema, como es el propio concepto de contrato a distancia: y así, frente a la regulación española, que considera suficiente la sola perfección del contrato a distancia para que éste pueda ser calificado como tal, la Directiva exige que a distancia se realice, no sólo la fase de conclusión, sino también la de negociación. Los impactos de la Directiva 2011 en relación con la regulación de la compraventa de consumo que puso de relieve Nieves Fenoy Picón, fruto de un riguroso y profundo análisis, no cabe más que calificarlos de altamente significativos. Baste pensar en uno solo de ellos: conforme a la Directiva 2011 la transmisión de la propiedad se configura como una obligación del vendedor; pues bien, ello incide de lleno en la propia definición del contrato de compraventa del TRLGDCU que, actualmente, se remite a este respecto al CC, en cuyo artículo 1445 CC no aparece, como es sabido, dicha obligación.

Fueron cuatro los temas tratados en la última sesión del segundo y último día del Congreso: el crédito al consumo, los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, los viajes combinados y las cláusulas abusivas.

Del primer tema se ocupó Manuel Jesús Marín López, quien ofreció una panorámica de la normativa española concerniente a los contratos de crédito al consumo para centrarse, en la segunda parte de su ponencia, en los problemas que se plantean en los contratos vinculados, problemas derivados de la relación triangular vendedor-consumidor prestamista, que se crea en estos casos, y que pueden llegar a obviar, en aras de la protección del consumidor, el principio de relatividad de los contratos. Pedro Munar Bernat ilustró al auditorio sobre las novedades más relevantes de la Directiva 2008/122/UE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio, cuya transposición al Derecho español se ha producido pocos días después del Congreso (a través del Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, BOE de 17 de marzo). Una profunda revisión de la regulación de los viajes combinados es lo que propuso Esther Gómez-Calle, pues abarcaría, desde el ámbito de aplicación (objetivo y subjetivo) hasta la responsabilidad de organizador y detallista, pasando por la cesión de la reserva, la modificación del contrato o la resolución por el consumidor antes del viaje, entre otros. La ponente se encargó de poner de manifiesto oportunamente que algunas de dichas revi-



siones no son necesarias en el Derecho español: piénsese en la indemnización del daño moral, que la Directiva 90/314 CEE no contempla y que el TRLGDCU menciona expresamente.

De las cláusulas abusivas se ocuparon, tras una introducción de Sergio Cámara Lapuente, Isabel González Pacanowska y José M.<sup>a</sup> Miquel González, cuyo entusiasmo y fervor en la defensa de sus ideas, fruto de los profundos conocimientos en la materia de ambos ponentes, generó uno de los debates más intensos del Congreso, favorecido, también, por los temas que centraron el mismo, como fueron el vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario por impago de una sola cuota o la falta de control de las cláusulas abusivas por parte de los Notarios o de los Registradores de la Propiedad.

La última de las ponencias del día y, por tanto, del Congreso, corrió a cargo de Ángel Carrasco Perera, que se mostró muy crítico con la Directiva de 2011, como demuestran algunos de los calificativos utilizados para referirse a ella («fracaso normativo» o «norma superflua»). Fueron dos los aspectos en los que el ponente centró sus críticas: la primacía del derecho de desistimiento, que, a su juicio, carece de interés práctico; y la extensa regulación de los deberes de información precontractual, cuyo incumplimiento, advirtió el ponente, el consumidor invoca de manera oportunista. Lamentablemente, la falta de tiempo privó al auditorio de la oportunidad de escuchar por completo la opinión del ponente sobre el modelo de remedios contractuales elegido por los textos normativos objeto de análisis.

Para finalizar con una valoración general, «éxito» es el calificativo final que merece el presente Congreso: por la calidad de sus ponencias, la perfecta organización y la exquisitez de trato de sus organizadores. Pero quien escribe estas líneas no cumpliría adecuadamente su función si no dejara apuntadas las dos únicas observaciones que considera oportuno poner de manifiesto: (1) el público, que tuvo el privilegio de disfrutar de ponencias de altísimo nivel sobre temas nada sencillos, ni carentes de polémica, dejó en el tintero muchas preguntas por falta de tiempo para los debates; (2) la limitación de tiempo tampoco hizo posible que los jóvenes investigadores tuvieran la oportunidad de aportar su pequeño grano de arena, presentando comunicaciones que pudieran servir de contrapunto o complemento a las ponencias. Apúntenlo, si lo consideran oportuno, los organizadores para el siguiente Congreso, que confiamos en que se celebre pronto.

Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ  
Universidad Autónoma de Madrid

