

mendo como el que supone que el Tribunal de Justicia revoque una resolución en los poquísimos casos en que procede el reexamen, resulte que el Tribunal de Justicia no pueda dictar nueva resolución sobre el fondo, sino que las partes deban acudir nuevamente ante el Tribunal de Primera Instancia para que se dicte nueva resolución, con la pérdida de tiempo y dinero para todos, pero especialmente para las partes, que ello supone.

La existencia del reenvío sólo obedece a un absurdo mantenimiento del por todos olvidado sistema originario de la casación francesa de 1790, en el que, no siendo el primitivo tribunal de casación un órgano jurisdiccional, a fin de respetar la división de poderes era necesario que el «tribunal de casación» devolviera el asunto al Poder Judicial, dado que dicho tribunal, cuya naturaleza jamás estuvo clara, era más próximo al poder legislativo que al judicial (*vid.* Nieva Fenoll, Jordi: *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Barcelona 1998, pp. 22 ss).

Pero hoy en día nada de eso puede decirse de los actuales tribunales supremos que conocen de la casación, y mucho menos de los tribunales de la Unión en Luxemburgo. En estas condiciones, el reenvío no es más que una reliquia histórica, carente de todo sentido en la actualidad, que debe eliminarse cuanto antes en una futura reforma, no sólo por los inconvenientes económicos, temporales y de discrepancia entre el Tribunal de Justicia y el TPI que favorece, sino por no tener razón de ser alguna en la actualidad.

III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

1. Marco Común de Referencia

Conclusiones del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, Luxemburgo 4-5 de junio de 2009 (Sesión 2946). (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/jha/109080.pdf)

El Comité de Derecho civil realiza recomendaciones sobre la estructura y contenido del Marco Común de Referencia, sobre las relaciones entre éste y el Derecho del consumo y sobre la forma que debiera tener el instrumento resultante.

A. ESTRUCTURA Y CONTENIDO: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES, DEFINICIONES, REGLAS MODELO

a) Principios fundamentales: son un mínimo, sin perjuicio de que se admitan excepciones; deben aplicarse a todas las fases de la relación jurídica, incluida la precontractual. Deberían perfilarse y describirse minuciosamente en el Marco Común de Referencia los siguientes:

- Principio de libertad contractual (autonomía de las partes);
- Principio de seguridad jurídica en asuntos contractuales que incluye, entre otras cosas, el efecto vinculante del contrato (*pacta sunt servanda*);

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

– Principio de lealtad, que incluye entre otros, los principios de buena fe y de comportamiento razonable.

b) Definiciones

Deben ir referidas a los conceptos clave del Derecho contractual. Se considera prematuro determinar con exactitud cuáles, pero se advierte de la necesidad de que guarden relación directa con el Derecho contractual general, el ámbito de aplicación y las prioridades del Marco Común de Referencia. Ello aconseja excluir algunas definiciones relativas a contratos u otros institutos excluidos del ámbito que abarca el citado marco. Por otra parte, deberían figurar otras definiciones relativas a determinados tipos de contrato que el citado Marco Común de Referencia sí que contempla. Debe prestarse especial atención a las definiciones correspondientes en el ámbito de los contratos de consumo.

c) Reglas modelo

Se considera que una parte del Marco Común de Referencia debería incluir reglas modelo, inspiradas en los principios fundamentales y que utilicen las definiciones elegidas. Deben ser de índole general, para que puedan ser aplicables a todos los contratos y redactarse en términos lo suficientemente amplios como para poder adaptarse con facilidad a todas las situaciones contractuales. Puesto que también los contratos especiales que forman parte del acervo comunitario deben poder incluirse ulteriormente en el Marco Común de Referencia, éste también podría contener reglas modelo más específicos, aplicables a ciertos contratos especiales, sobre todo en el ámbito del Derecho contractual de los consumidores. Se estima que el número de normas modelo debería estar en consonancia con lo que estrictamente son el ámbito de aplicación y los objetivos del Marco Común de Referencia. Así mismo, éste podría ofrecer, bajo ciertas condiciones, soluciones alternativas en relación con el derecho que, en general, sería aplicable.

B. RELACIONES CON LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Se considera que la coherencia exige hacer un seguimiento de la negociación de la Directiva sobre derechos de los consumidores. Pero, a la vez, se reconoce que ambos proyectos son independientes y que persiguen objetivos que pueden no coincidir siempre.

C. FORMA DEL MARCO COMÚN DE REFERENCIA

No se proporciona una respuesta definitiva, pero se sugiere que conviene garantizar que se permita un instrumento no vinculante, integrado por una serie de orientaciones que los legisladores comunitarios deberían utilizar en los procesos legislativos.

2. **Propuesta de Directiva horizontal sobre los derechos de los consumidores. Dictamen del Comité de las regiones, de 22 de abril de 2009 (DO C 200/76, de 25 de agosto de 2009)**

El informe es muy crítico con la Propuesta de Directiva horizontal de 8 de octubre de 2008. El Comité suscribe el objetivo político de seguir simpli-

ficando el mercado interior y mejorar el funcionamiento del mercado interior entre empresas y consumidores (en especial las PYME), lo cual exige profundizar en el reforzamiento y desarrollo de la protección de los consumidores dentro de la UE. Sin embargo, considera que la propuesta de Directiva es inadecuada porque no sirve para reforzar la confianza de los consumidores en las transacciones transfronterizas. El dictamen expresa una gran contrariedad por el hecho de que sólo se hayan refundido cuatro directivas, denuncia imprecisiones y contradicciones en la norma y es especialmente crítico con el enfoque de armonización plena. Por un lado, porque este entraña el riesgo de que, en aras de la simplificación, determinados Estados miembros deban renunciar a su normativa aunque ésta se haya revelado adecuada y todavía más protectora que la Propuesta en examen. Por eso recomienda un enfoque diferenciado en el que se pueda aceptar la armonización plena sólo en lo referente a reglamentaciones de corte técnico. Por el otro, porque considera que la Comisión vulnera el principio de subsidiariedad: «[L]a Comisión ha de demostrar por qué se otorga a sí misma toda la competencia en materia de reglamentación. Por ello, la armonización plena sólo debería aplicarse en pocos sectores esenciales del mercado interior» (Cdo. 11). Y, finalmente, porque entiende que no es necesariamente cierto que la técnica de armonización plena conduzca a eliminar las barreras en el mercado interior y estimule la competencia: «[...] Los problemas actuales de los consumidores [...] se deben a la inseguridad y la complejidad del cumplimiento de la legislación en las transacciones transfronterizas (barreras lingüísticas, costes de abogados y tribunales). La directiva no brinda mejoras al respecto» (Cdo. 12).

Descendiendo a los contenidos concretos –y en un esfuerzo de contención– el informe señala algunas deficiencias. Por de pronto, se critican las imprecisiones conceptuales en términos como «consumidor» o «comerciante» (Cdo. 16) y ello con razón, puesto que no queda claro si el texto expulsa o simplemente prescinde de los contratos mixtos. Además, se estima que los requisitos generales de información deben simplificarse y que no es de recibo la actual imprecisión de la norma. Como ejemplo, se denuncia una regla como la del art. 5.1 Propuesta, que obliga al comerciante a proporcionar determinada información, «salvo que resulte evidente por el contexto» (Cdo. 17). El dictamen también denuncia que el formulario que se adjunta en el Anexo I no especifica correctamente toda la información que se debe proporcionar al consumidor y, por tanto, se perpetúa el problema que existe en la actualidad para las pequeñas empresas, que se quejan de que no pueden cumplir con sus obligaciones de información sin asesoramiento jurídico (Cdo. 19). En cuanto a las ventas a distancia, insiste en que siguen siendo necesarias aclaraciones y adaptaciones. Por un lado, porque la regulación más allá de las normativas nacionales actualmente vigentes y, por el otro, porque no incluye la excepción prevista en la antigua Directiva sobre contratos a distancia, conforme a la cual no se podrá ejercer el derecho de resolución en el caso de aquellos bienes «que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos» (Cdo. 20). El dictamen tampoco considera oportuno que las ventas a domicilio deban ser objeto de armonización plena, puesto que concluye que la casi totalidad de las mismas se efectúa en el ámbito nacional (Cdo. 21). Es igualmente crítico con el hecho de que las suscripciones a publicaciones periódicas, los juegos de azar y las ventas en subastas por internet no cuenten con un derecho de desistimiento (Cdo. 22). Lo primero no hace sino reiterar lo dispuesto en la Dir. 97/7 (*cf.*, por un lado, el art. 6.3 Dir. 97/7 y, por el otro, el art. 19.1 *g* y *f* Propuesta Directiva) y, ciertamente, hubiera sido deseable revisar el tema en relación con las publicacio-

nes periódicas y revistas (no en lo tocante a la prensa diaria, porque no hay nada más desfasado que el diario del día anterior). En lo que concierne a las subastas, el dictamen cita el ejemplo de Alemania que, según se dice, considera este tipo de operaciones «contratos de venta normales», dando a entender, de esta manera, que este ordenamiento no excluye el desistimiento en tales casos. Llegados a este punto, conviene matizar las cosas. En Alemania, se ha producido una sutil distinción entre el sistema de compra mediante la mejor oferta –sistema que consiste en anunciar un producto con un precio límite de venta al que quien más se acerque se le ofrecerá concluir el contrato–, y lo que se considera auténtica subasta mediante el sistema de pujas en la que hay un precio mínimo de salida, cada oferta anterior se extingue con la posterior y es el máximo pujador quien consigue el producto mediante la adjudicación (sobre el particular, Staudinger/Thüsing, 2005, § 312 *d* BGB, Rn. 67-68). En el primer caso, se entiende que se está ante una venta a distancia concluida según el método tradicional (la mejor oferta del comprador es una declaración de voluntad eficaz dirigida a la conclusión de un contrato con el vendedor que éste acepta porque así lo promete en su anuncio) y de ahí que no resulte de aplicación el § 312 *d*, 4 Nr. 5 BGB, que es el precepto que excluye el derecho a desistir en las compras mediante subasta (para las razones de política jurídica que subyacen en tal distinción, Müko/Wenderhorst, 2007⁵, § 312 *d* BGB, Rn. 43– 44). Desde luego, no existe subasta pública cuando el vendedor se limita a poner un anuncio del tipo «cómpralo ya». En ese caso, sólo se emite una declaración en la que se ofrece vender al precio fijo indicado el bien ofrecido (*vid.* ahora art. 2.15 Propuesta de Directiva sobre protección de los consumidores).

En relación con las ventas de consumo, el Comité de las Regiones cuestiona la regla que prevé la notificación al vendedor del defecto (Cdo. 24), aunque no formula objeciones respecto del resto del articulado que –cabría añadir–, es igualmente deficiente, porque no proporciona un mosaico completo ni preciso del régimen jurídico del contrato. En fin, en relación con las cláusulas abusivas, el dictamen muestra su preocupación por una posible armonización a la baja (Cdo. 25). El Comité concluye que son precisas aclaraciones y nuevas consultas y recomienda no perder de vista el necesario equilibrio entre un elevado nivel de protección del consumidor y la competitividad empresarial. En este sentido, aconseja evitar tanto las cargas excesivas, en particular para las medianas empresas, como que se rebaje el nivel de protección del consumidor ya muy desarrollado en algunos Estados miembros (Cdo. 31).

3. **Propuesta de reforma de la Directiva, del Parlamento y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales [Bruselas, 8.4.2009, COM(2009) 126 final]**

La propuesta forma parte de la Agenda de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo y aplica la *Small Business Act* [COM(2008) 394] y la Comunicación de la Comisión sobre un Plan Europeo de Recuperación Económica [COM(2008) 800]. Entre las novedades más destacadas, que tratan de mejorar la eficacia y la eficiencia de las medidas contra la morosidad, se encuentra la introducción de un derecho a cobrar los gastos administrativos y a recibir una compensación por los costes internos que provoque la morosidad (art. 4). En el caso de los poderes públicos, la propuesta está destinada a reducir los plazos de pago, mediante la armonización de los de los poderes públicos a las

empresas (30 días), y a desincentivar más su morosidad mediante una compensación a tanto alzado equivalente a un 5% de la cantidad facturada, impuesta desde el primer día de retraso y complementaria de los intereses de demora y de la compensación por los costes de cobro (art. 5).

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR*

1. Legislación y Resoluciones

a) Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. 8 de abril de 2009 COM(2009) 126 final. 2009/0054 (COD). No altera la naturaleza de la reserva de dominio, cuyo redactado deja intacto en el art. 8. Podría haberse admitido una reserva de dominio compleja.

b) El Reglamento europeo para regular a las agencias de *rating* (http://ec.europa.eu/internal_market/securities/agencies/index_en.htm) –uno de los principales responsables del *crash* financiero y económico que estamos viviendo– sigue en proceso de elaboración, aunque recientemente la Comisión ha tenido el apoyo del Parlamento. Es de lamentar que no se establezca un régimen de responsabilidad civil. Este aspecto queda, en su caso, a criterio de los Estados.

c) Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 2009, sobre la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores (2008/2233(INI)) que, entre otras cuestiones, y por lo que a los derechos reales se refiere, propone que se elabore un estudio sobre los enfoques nacionales divergentes en materia de cláusulas de reserva de dominio y otros mecanismos similares, con objeto de garantizar el reconocimiento mutuo al respecto.

2. Encuentros

a) Los días 26 y 27 de junio tuvo lugar en Turín la reunión del *Common Core* (www.common-core.org), con el tema central *Fifteen years of European Private law*.

b) El grupo que lleva el Proyecto EULIS celebra que, en junio 2009, Austria se ha adherido a su sistema de registro de la propiedad y catastro *on line* (www.eulis.org).

3. Libros

Se ha publicado la versión inglesa del texto creado por el grupo de 32 expertos en derecho hipotecario y registral, al que hacíamos referencia en la anterior crónica. *Vid.* Stöcker, O.; Stürner, R., *Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe. Vol. III*, Band 39, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2009. El impacto de esta obra ya se ha hecho notar en algunas entidades de crédito, que la van a utilizar para calcular sus coeficientes de solvencia para los criterios de Basilea II para

* Profesor Agregado de Derecho Civil, Universitat Rovira i Virgili.