

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica

Miriam Anderson, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo Amayuelas, Alejandra de Lama Aymà, Martin Ebers, Mirko Faccioli, Raquel Guillén, Cristina González Beilfuss, Beatriz Gregoraci Fernández, Cédric Montfort, Sergio Nasarre Aznar, Jordi Nieva Fenoll, Leire Mugueta García, Barbara Pasa, Javier Pou de Avilés Sans, Mauro Tescaro, Belén Trigo García, Stefano Troiano.

SUMARIO: PRESENTACIÓN.–EDITORIAL: «Messner» o acerca del uso del bien y el ejercicio de la facultad de desistimiento. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2009 (Asunto C-489/07) (Lidia Arnau Raventós).–RAPPORTS NATIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO, COMPARADO Y COMUNITARIO: Alemania (Martin Ebers), España (Esther Arroyo Amayuelas), Francia (Cédric Montfort), Italia (Mirko Faccioli, Barbara Pasa, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).–SECCIÓN TEMÁTICA: I. Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas).–II. Derecho procesal en la Unión europea (Jordi Nieva Fenoll).–III. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo Amayuelas).–IV. Derechos reales en la Unión Europea (Sergio Nasarre Aznar).–V. Derecho de familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss).–VI. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea (Alejandra de Lama Aymà).–VII. Derecho de autor en la Unión Europea (Javier Pou de Avilés Sans).–VIII. Derecho de daños en la Unión Europea (Belén Trigo García).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Leire Mugueta-García). JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Lidia Arnau Raventós).–JURISPRUDENCIA NACIONAL (Miriam Anderson).–LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES. Research Group on the existing EC Private Law (Acquis Group): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier, München, 2009, 518 pp. (Beatriz Gregoraci Fernández). Fiorentini, Francesca, *Le garanzie immobiliari in Europa*, Berna (Suiza), 2009, Stämpfli Editore SA Berna y Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. 635 pp. (Sergio Nasarre Aznar). Gerald Mäsch – Denis Mazeaud – Reiner Schulze (ed.), *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, München, Sellier, 2009, 111 pp. (Esther Arroyo Amayuelas). Orduña Moreno, Francisco Javier – De la Puente Alfaro, Fernando (dirs.), *Los sistemas de Transmisión de la Propiedad Inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Aranzadi, Cizu Menor, 2009 (Raquel Guillén). Jürgen Basedow – Klaus Hopt – Reinhard Zimmermann (Hrgs.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, II Bände, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009 (Esther Arroyo Amayuelas).

Presentación

Esta tridécima crónica se cierra el 15 de noviembre de 2010. La fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión europea, el TJCE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Diario Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, entre otros.

La crónica está coordinada por los Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universitat de Barcelona) que es quien también ha traducido (del francés e italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

«Messfner» o acerca del uso del bien y el ejercicio de la Facultad de desistimiento. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2009 (Asunto C-489/07)

LIDIA ARNAU RAVENTÓS *

1. EL LITIGIO PRINCIPAL, LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL. OBSERVACIONES PRELIMINARES

La Sra. Messner adquirió de Stefan Krüger, empresa dedicada a la venta a través de Internet, un ordenador portátil por un precio de 278 euros. En las condiciones generales del contrato, constaba de forma expresa la obligación que asumía el comprador, para el caso de desistimiento, de indemnizar al vendedor por el desgaste que hubiera sufrido la mercancía entregada debido a su uso normal. Transcurridos unos meses desde la compra, la Sra. Messner detecta unos defectos en la pantalla del ordenador y decide hacer uso de la facultad de desistir del contrato, que ejerce dentro de plazo. Stefan Krüger se opone a la pretensión de la compradora alegando que, en todo caso, le es debida una cantidad equivalente a los ocho meses de uso del portátil y cuyo importe asciende a 316,80 euros. Así las cosas, el Amtsgericht Lahr (Alemania) decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial. Se pregunta si es conforme con el derecho comunitario y, en particular, con la Directiva 97/7, una normativa nacional que permite al profesional, y para el caso de desistimiento, exigir al consumidor una indemnización por el uso del bien entregado. La cuestión, en concreto, se formula a propósito del art.6, apartados 1.º (1.º párrafo *in fine*) y 2.º Dir. 97/7, que redundan en la idea de que sólo cabe imputar al consumidor el coste directo de devolución de las mercancías.

El Tribunal de Justicia, mediante Sentencia de 3 de septiembre de 2009, resuelve la cuestión. Recurre a una suerte de regla general, que conocería excepción, si bien, matizada. Sería aquélla que no es conforme con el derecho comunitario una normativa nacional que imponga *con carácter general* (léase, «sin más»), a cargo del consumidor que desiste, una indemnización

* Profesora agregada de Derecho civil UB. Este comentario forma parte del Proyecto DER2008-03992/JUR1 y de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo de Investigación consolidado 2009 SGR 221, cuyo investigador principal es el Prof. Ferran Badosa Coll.

por el uso del bien adquirido en virtud de un contrato a distancia. Por el contrario, habría conformidad si la obligación de indemnizar se limitase a supuestos de uso contrario a principios como el de buena fe o implicara enriquecimiento injusto. En estos casos, sin embargo, aquella indemnización deberá resultar equitativa y en ningún caso comprometer la eficacia del propio derecho de desistimiento (así, por causa de la manera en qué llegara a determinarse su devengo o exigibilidad...). La argumentación del Tribunal, lejos de diluirse en una simple (y fácil) lectura *a contrario* del art. 6.1 y 2 Dir. 97/7, se asienta en una interpretación teleológica o finalista del propio art.6 en tanto atribuye al consumidor la facultad de desistir del contrato a distancia. De lo que se trata es, en definitiva, de garantizar su efectividad (de este modo, justificado su reconocimiento en la circunstancia de no haber tenido «... la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio ...» –Considerando 14.º Dir. 97/7–, resulta que «... En la medida en que el derecho de rescisión tiene precisamente por objeto conceder esta posibilidad al consumidor, el hecho de haber recurrido a ella no puede tener como consecuencia que el consumidor sólo pueda ejercer dicho derecho si abona una indemnización» –Sentencia, párrafo 24.º–).

Siendo ello así, interesa avanzar tres aspectos. Se alude a ellos en la descripción que la propia Sentencia hace del litigio principal, si bien no trascienden a la cuestión prejudicial ni, en consecuencia, se consideran por el Tribunal al darle respuesta. El primero es el plazo. La Sra. Messner desiste eficazmente transcurrido el plazo (ordinario) para desistir (Sentencia párrafo 13.º *in fine*). Según se explica, no había sido informada adecuadamente acerca de su derecho y, de ahí, la prolongación del plazo para ejercerlo. Ciertamente el Tribunal resuelve la cuestión presupuesto un ejercicio tempestivo de la facultad de desistimiento («dentro de plazo», véase Fallo, 1.º párrafo final)¹, y cierto es también que tan tempestivo es el que se produce en plazo ordinario como el que se ejercita dentro del extraordinario. Con todo, se intuye de inmediato que no procede valorar del mismo modo, y a efectos de su posible restitución al profesional, el uso de quien ha sido informado puntual y suficientemente de la facultad de desistir y de sus consecuencias, y el uso de quien, desconociéndolas al contratar, llega a saber de ellas tras la celebración del contrato. El segundo aspecto es el concepto «indemnizable». Se alude inicialmente a una condición general relativa a la indemnización por el «desgaste» debido al uso normal de la mercancía (Sentencia, párrafo 11.º). Sin embargo, tanto la reclamación que Stegan Krüger dirige a la Sra. Messner cuanto la propia cuestión prejudicial se refieren, simplemente, al «uso». No todo uso implica desgaste (piénsese, sin ir más lejos, en el propio desgaste –inapreciable, si no inexistente– que puede tener un ordenador portátil por utilizarse durante unas semanas). En cualquier caso, interesa distinguir la causa (el uso) del efecto (el desgaste; véase § 346.2,3 BGB –reproducido en la Sentencia–, relativo también al deterioro o desaparición del producto). En la misma medida, interesa avanzar que, a propósito de uno u otros, el crédito del profesional será restitutorio y no necesariamente indemnizatorio. El tercer y último aspecto concierne al precio. Tampoco trasciende a la cuestión prejudicial la circunstancia de su pago. En este sentido, se deduce de la propia Sentencia y, en particular, de la reclamación que la Sra. Messner dirige al vendedor (véase, párrafo. 14.º), que fue satisfecho puntual e

¹ Cosa que, por lo demás, no podía suceder de otro modo. Y no sólo porque la cuestión se plantea para el caso de ejercicio «dentro de plazo» (véase, Sentencia párrafo 17.º), sino porque, y sobre todo, un ejercicio fuera de plazo determina la ineficacia del desistimiento.

íntegramente. El interés de la cuestión residiría en la posibilidad de valorar también la restituibilidad o no de su valor de uso y, en su caso, la compensación de éste con el del producto.

Visto lo anterior, planteada la cuestión en el ámbito de la contratación a distancia y centrada en la restitución del uso que el consumidor haya podido dar al bien *antes de desistir dentro de plazo*, se propone analizar de qué forma se contempla la cuestión en el resto del acervo comunitario, apuntar algunas de las consecuencias que podrían seguirse del razonamiento esgrimido por el Tribunal y, en fin, abordar un análisis de todo ello desde la perspectiva del derecho español.

2. ¿CUÁNTO CUESTA DESISTIR?

En el perfil comúnmente asociado a la facultad de desistimiento destacan su unilateralidad, en tanto que facultad reconocida sólo a una de la partes contratantes; su naturaleza *ad nutum*, indicativa de que su ejercicio no requiere ni siquiera la alegación de causa, y la falta de penalización al consumidor en caso de desistir². Salvada la unilateralidad, las Directivas dictadas a propósito de determinadas modalidades de contratación de bienes o productos, o de la contratación de determinados bienes o productos (sea cual fuere el modo en qué se hubieren contratado) no siempre explicitan del mismo modo aquellas condiciones de ejercicio³. En su caso, la falta de penalidad o de coste inherente al propio ejercicio de la facultad de desistimiento cabe deducirlo, *a contrario*, de las disposiciones que limitan los costes que pueden imponerse al consumidor a *sólo* algunos de los que resultan de la devolución o restitución de las prestaciones satisfechas.

² La STJCE, de 22 de abril de 1999, Asunto Travel Vac (párrafo 57.º) sugiere un acercamiento entre la facultad de desistimiento y el incumplimiento del contrato. Se trataría, sin embargo, de un incumplimiento «permitido» legalmente y, de ahí, excusado de toda indemnización («A este respecto debe recordarse que el apartado 2 del artículo 5 de la Directiva 85/577 dispone que en caso de renuncia, el consumidor quedará liberado de toda obligación que resulte del contrato rescindido. De lo anterior se deduce que tras la resolución del contrato, desaparece la obligación del consumidor de pagar daños y perjuicios en caso de incumplimiento del contrato»). Esta aproximación no se estima correcta. El desistimiento, lejos de tratarse de un supuesto de incumplimiento (y frente al que, por cierto, el profesional –que no se vería también liberado de sus propias obligaciones– no podría reaccionar pretendiendo precisamente el cumplimiento), es una causa extintiva del contrato. No se extinguen sólo las obligaciones asumidas por el consumidor, sino también las asumidas por el profesional. La unilateralidad del art. 5.2 Dir. 85/577 se corrige en el art. 15 («extinguirá las obligaciones de las partes») de la Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre derechos de los consumidores (en adelante PDDC) (véase, también, art. 5:105 (1) ACQP y 5:105 (1) CFR; art. 8.1 Directiva 2008/122, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio).

³ El presente comentario se limita a la contratación de bienes y, en concreto, a la tendente a la transmisión de su propiedad. Por el contrario, en el ámbito de la contratación de servicios, carece de sentido plantearse si más allá de la restitución del servicio prestado (así, abonando su valor), cabe pretender, además, la restitución de su uso (por el contrario, con flagrante impropiedad, se refieren al «uso del servicio», los arts. 74.2 y 79, párrafo 2.º, del RDL 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios). Véase, por lo demás, el art. 14.3.b Directiva 2008/48, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, y el art. 8.2 Directiva 2008/122.

La Dir. 85/577 no se refiere ni al carácter *ad nutum* del «derecho a rescindir» el contrato (art. 4) ni excluye, al menos expresamente, la imposición de penalidad al consumidor⁴. De hecho, las «modalidades», «condiciones», y «efectos jurídicos» de la renuncia se dejan, en cuanto a su determinación, al derecho interno. Con todo, el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 22 de abril de 1999 (asunto Travel Vac) limitó el ámbito de actuación del derecho interno a la obligación restitutoria, declarando la no conformidad con el derecho comunitario de todo contrato que contenga –y, por tanto, de toda legislación nacional que permita– «(...) una cláusula por la que se (imponga) al consumidor el pago de una indemnización a tanto alzado por daños causados al comerciante por el único motivo de que aquél haya ejercido su derecho de renuncia (...)»⁵.

El ejercicio «sin penalización alguna» y «sin indicación de los motivos» del derecho a desistir de un contrato a distancia se reconoce en el art. 6.1 Dir. 97/7, que contempla, a su vez, la posibilidad de imponer al consumidor el coste directo de devolución de las mercancías^{6, 7}. El art. 6.2 Dir. 97/7, desde una perspectiva injustificadamente unilateral, recoge la obligación de restituir al consumidor las sumas abonadas sin retención de gastos.

El régimen de una y otra modalidad de contratación se unifican, en este particular, en la PDDC. El art. 12.1 exime al consumidor de toda alegación de motivos («... sin indicar el motivo ...»). La falta de penalización por el solo hecho de desistir resultaría del art. 14 que, a propósito del ejercicio de la facultad de desistimiento, no contempla el pago de cantidad alguna ni como requisito o condición de eficacia del propio desistimiento, ni como uno de sus efectos. Por su parte, la obligación de restitución recíproca de las prestaciones satisfechas (art. 12.4) se colige de los artículos 16 y 17. El art. 17.1, 2.º párrafo, parafrasea el art. 6.1 de la Dir. 97/7 y recoge, con carácter dispositivo, la asunción por el consumidor de los costes directos de devolución de los bienes⁸. El art. 17.2 alude a la responsabilidad del consumidor por la depreciación de los bienes, incorporando dos reglas sobre el particular: la limitación de dicha responsabilidad («sólo será responsable») a los supuestos

⁴ Algo más sí decía la correspondiente Propuesta de Directiva (COM (76) 544). El art. 8 contaba con un apartado 2, a cuyo tenor: «Le consommateur n'est pas tenu de verser une indemnité pour l'usage normal de la marchandise pendant le délai visé à l'article 6». En su comentario al precepto, sin embargo, el Consejo matizaba que: «La disposition n'exclut toutefois pas le droit du commerçant de demander une compensation lorsque le bien a été endommagé ou totalement consommé ...». Y el art. 11 prohibía pactar indemnizaciones a cargo del consumidor («Les dispositions contractuelles prévoyant: a) unes indemnité quelconque à la charge du consommateur au cas où celui-ci exercerait son droit de révocation ... sont nulles»). Y ello con la finalidad de «... assurer que le consommateur ne soit pas dissuadé d'exercer son droit de révocation par l'obligation de verser au commerçant un certain montant en numéraire».

⁵ Acerca del alcance de la obligación de restitución, véanse las SsTJUE, de 25 de octubre de 2005, Wolfgang Schulte v. Deutsche Bausparkasse Badenia AG (asunto C-350/03) y de 15 de abril de 2010, E. Friz GmbH v. Carsten von der Heyden (asunto C-215/08).

⁶ En cuanto al coste de su entrega, el art. 6.2 Dir. 97/7 impone su abono al consumidor en caso de haberse sufragado previamente por éste. Véase STJUE, de 15 de abril de 2010, Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV. (Asunto C-511/08).

⁷ Cuestión distinta será la imposición de unos costes de devolución exorbitantes con los que el empresario pretenda compensar su pérdida de beneficios, encubriendo así una penalización para el caso de desistir.

⁸ Véase, para una aproximación a este régimen, MARTIN, Ebers, «De la armonización mínima a la armonización plena», InDret, 2/2010, p. 20.

de «manipulación distinta a la necesaria para comprobar la naturaleza y el funcionamiento de los bienes» y la exoneración de responsabilidad por «la disminución de valor» en caso de falta del comerciante a su deber de información. Siendo ello así: 1.^o) La primera regla permite concluir que se exonera de responsabilidad al consumidor por aquella disminución de valor que obedezca a la verificación de que lo entregado o recibido es lo comprado, y a la comprobación de su naturaleza; con mayor razón, aquella exoneración alcanzará a la disminución de valor independiente de todo uso ⁹. ¹⁰. ¿Excluye el precepto la reclamación al consumidor por un concepto distinto al de depreciación? El «sólo será responsable» ¿implica (y, especialmente, a la luz de la armonización plena *ex art. 4* ¹¹) que el legislador nacional no puede dictar normas distintas a las propuestas en materia de depreciación del bien? O, yendo mucho más allá, ¿que no sería conforme con el derecho comunitario establecer a cargo del consumidor responsabilidad *por otro concepto*, así, por ejemplo, por desgaste, por deterioro... ¹²? En particular, la cuestión del simple uso y su restitución no encuentra una respuesta clara. ¿*Quid* si ha excedido del baremo previsto en el art. 17.2 mas sin disminuir el valor del bien? La pregunta cobra sentido también a la luz del art. 5:105 (2) ACQP ¹³. Más allá de la responsabilidad por daños (de la que se exonera al consumidor «que haya procedido con el debido cuidado» ¹⁴), el precepto regula la que sigue a la depreciación del bien. La cuestión se aborda al amparo de dos reglas: a tenor de la primera «tampoco responde por la pérdida de valor de los bienes recibidos que sea consecuencia de su examen y prueba»; por la segun-

⁹ Piénsese, por ejemplo, en un automóvil que, por la simple circunstancia de matricularse, ve disminuido su valor en el mercado a pesar de no haber sido usado.

¹⁰ Distintos al bien y a su valor son los embalajes. Si la exoneración de responsabilidad alcanza a la disminución de valor que resulte de la manipulación necesaria para comprobar la naturaleza y funcionamiento del bien, parece de toda lógica concluir que, a fortiori, deberá seguirse el mismo régimen a propósito del deterioro de los embalajes que traigan causa de aquella manipulación (véase, para el derecho interno, art. 9 *b* Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles –en adelante, LVPBM– que si bien alude al deterioro de los embalajes, no lo hace expresamente a efectos de eximir de responsabilidad al consumidor por esta causa, sino a los de negar que ello impida restituir el bien).

¹¹ Véase, altamente crítico con el grado de armonización previsto, PAISANT, Gilles, «The Full Harmonisation of the Proposal: Legitimacy and Effects», Ponencia pronunciada en el Congreso Internacional «La Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», celebrado en Santiago de Compostela, los días 27 y 28 de mayo de 2010 y organizado por el Departamento de Derecho común de la Facultad de Derecho de la USC. Se sugiere una reconducción hacia la una armonización plena pero limitada sólo a determinados aspectos en el Working Document on the Proposal for a directive on a Consumer Rights, emitido por el Comité de Mercado Interior y Protección de los Consumidores del Parlamento Europeo» (accesible en www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009.../documents/.../dt/807/.../372EN.pdf) (véase p. 4 y p. 16 del *Draft Report*) (en adelante, Documento de Trabajo Schwab).

¹² La cuestión se plantea con más afán teórico que práctico toda vez que en la mayoría de ocasiones el desgaste o deterioro se traducirán en una disminución de valor del bien. En cuanto a una posible responsabilidad por pérdida, la cuestión deberá valorarse, no tanto desde la perspectiva de la responsabilidad de que aquí se trata, sino desde la de la obligación de restitución prevista en el art. 17.1 *in fine*. Contempla el caso de pérdida, destrucción o daño, el art. 5:105 (3) (b) DCFR.

¹³ Utilizamos la traducción castellana de Esther ARROYO AMAYUELAS publicada en este mismo Anuario (véase, tomo LXI, 2008, fasc. I, pp. 219 y ss.).

¹⁴ Acerca del concepto «debido cuidado», véase MØGELVANG-HANSEN, Peter, TERRY, Evelyne, SCHULZE, Reiner, comentario al art. 5:105 ACQP, en *Research Group on the Existing ec Private Law, Principles of the Existing EC Contract Law. Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier, 2007, p. 185.

da «es responsable de la pérdida de valor que resulta de su uso normal, salvo que la parte no haya sido adecuadamente advertida sobre su derecho de desistimiento». La primera coincide, en esencia, con la primera de las reglas del art. 17.1 de la Propuesta, si bien con una sutil diferencia: mientras en este último se explicita la finalidad del uso no causante de responsabilidad («comprobar la naturaleza y el funcionamiento de los bienes»), la primera de las reglas ACQP alude sólo a la intensidad o el grado del uso (así, al resultante del «examen y prueba» de los bienes). Con todo, ambas disposiciones acaban prácticamente coincidiendo desde el momento en que, en el art. 17.1 de la Propuesta, se reduce la intensidad de la manipulación no causante de responsabilidad a la «necesaria».

2.º) La segunda de las reglas *ex art. 17.2 PDDC* no distingue según sea la causa de la depreciación; de ello, y de una interpretación *a contrario* de la primera, se seguiría que, efectivamente, la exoneración podría alcanzar a toda disminución de valor sea cual fuere su causa. ¿Abarcaría, sin embargo, la depreciación resultante, no sólo de una manipulación distinta a la necesaria, sino de aquélla en la que ni siquiera se hubiere observado la diligencia empleada en los asuntos propios? ¿Se aplicaría también en caso de haberse manipulado el bien de forma no conforme con su destino ¹⁵? También la segunda de las reglas de los ACQP resulta un tanto confusa. Contrapone –sin que realmente exista contradicción alguna– la pérdida de valor que resulte del «examen y prueba» y la que derive del «uso normal». El examen y prueba también deben verificarse haciendo un uso normal del bien, en el sentido de uso conforme a su naturaleza y finalidad. El examen o prueba serían sólo grados de aquel uso *adecuado*. Si el sentido de la norma es declarar la responsabilidad del consumidor por el uso normal entendido como *el que conforme a su destino, se realiza sin límite en cuanto a su intensidad* (así, el que no se limita a la prueba o examen del bien), la redacción podría haber sido otra. Y ello no sólo por lo anterior, sino porque, *a contrario*, permite deducir –cosa que escapa de toda lógica– la falta de responsabilidad del consumidor por la depreciación resultante del uso *anormal* del bien ^{16, 17}. Desde esta perspectiva, la redacción del art. 17.1 PDDC parece más acertada: la alusión a toda «manipulación distinta a la necesaria» para el examen y prueba del bien, incluye tanto la que, siendo una manipulación *normal*, excede de aquel uso *necesario*, cuanto la *anormal*. En cualquier caso, optar por una u otra redacción puede influir decisivamente en la responsabilidad exigible al consumidor que no ha sido informado de su derecho de desistimiento. Ya se ha visto cómo una interpretación literal del art. 17.1 PDDC podría exonerarle de responsabilidad por toda depreciación del bien; al amparo del art. 5:104 (2) ACQP aquella exoneración alcanzaría sólo a la disminución de valor por el uso que, siendo normal, excediera del simple examen o prueba ¹⁸.

¹⁵ Acerca del modelo de diligencia *quam suis*, véase BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 144 y ss.

¹⁶ Acerca de la responsabilidad por deterioros exigible al consumidor no informado, véase MØGELVANG-HANSEN, TERRY, SCHULZE, ob. cit., p. 185.

¹⁷ Las dos reglas que, relativas a la responsabilidad por disminución de valor del bien, incorpora el art. 5:105 (2) ACQP aparecen, también, aunque en orden inverso, en el § 357.3 BGB (reproducido en el párrafo 8.º de la Sentencia Messner).

¹⁸ A propósito de la garantía legal de la conformidad del producto con el contrato, en el Considerando 41.º PDDC se anticipa que el consumidor «no debe compensar al comerciante por el uso de los bienes defectuosos». Esta declaración, sin embargo, no se recoge en el texto articulado.

3. EL FUNDAMENTO DE LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO, EL USO Y SU RESTITUIBILIDAD

Si la facultad de desistimiento concedida al consumidor en la modalidad de contratación a distancia se justifica por haber carecido de «la posibilidad real de ver el producto ... antes de la celebración del contrato» (Considerando 14.º Dir. 97/7), resulta de toda lógica que no asuma responsabilidad alguna por el uso que obedezca a su examen y prueba. En esencia, ésta sería la respuesta del Tribunal a la cuestión prejudicial de la que trae causa la Sentencia Messner. Esta suerte de ligamen entre el fundamento de la facultad de desistimiento y el alcance del uso en ningún caso restituible, suscita una reflexión previa y permite plantear dos cuestiones ¹⁹.

En cuanto a lo primero, apuntada ya la distinción entre el uso, como causa, y sus posibles efectos respecto del producto usado (desgaste, deterioro, depreciación...), resulta que del razonamiento esgrimido por el Tribunal (que, recordemos, se limita al simple uso) se seguiría también la falta de conformidad con el derecho comunitario de aquella normativa interna que permitiera, en general, imponer al consumidor una indemnización por alguno de aquellos conceptos siempre que su origen se hallara en el uso «necesario para permitirle ejercer útilmente su derecho de rescisión» (Sentencia, párrafo 27.º). Se diría, de otro modo, que descartada una responsabilidad general por la causa, se descarta también por los efectos.

En cuanto a lo segundo, la primera de la cuestiones que suscita la respuesta del Tribunal se plantearía en el intento de hacer lo propio a propósito de otras modalidades de contratación; la segunda, presupuesto que el fundamento de la facultad de desistimiento justifica el uso, sería la relativa al alcance del uso justificado y, en otro caso, el fundamento de su restituibilidad.

3.1 La utilidad del uso en la contratación fuera de establecimiento mercantil

¿El fundamento de la facultad de desistimiento reconocida al consumidor en la contratación fuera de establecimiento mercantil justifica también el uso? La razón primera de su atribución no obedece, como en la modalidad de contratación a distancia, a la voluntad de conceder al consumidor «la posibilidad real de ver el producto» antes de celebrarse el contrato, sino que descansa en el «elemento de sorpresa» característico de la contratación *door-to-door* (Considerando 4.º Dir. 85/577). Ello se afirma, obviamente, sin perjuicio de que, en el caso particular, la facultad de desistimiento pueda servir también a la finalidad de verificar la naturaleza y funcionamiento del producto (así, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que la contratación fuera de establecimiento se haya realizado sobre la base de un catálogo). Y

¹⁹ El ejercicio *ad nutum* de la facultad de desistimiento sugiere pensar que su fundamento resulta irrelevante. Así, en el contexto de la Dir. 85/577, no se requiere prueba, ni siquiera alegación, de la presión padecida por el profesional; en el contexto de la Dir. 97/7, su ejercicio tampoco exigir probar, ni siquiera alegar, que efectivamente se ha probado el bien pero que no gusta o no funciona... Con todo, en el trabajo que publicamos en este mismo fascículo (véase «El plazo para desistir en los contratos con consumidores»), se alcanza a ver de qué modo el fundamento de la facultad de desistimiento influye en el cómputo de su plazo de ejercicio. Se trataría, ahora, de derivar de él otra consecuencia en sede de liquidación de la relación contractual.

ello, del mismo modo que en este último supuesto y, en general, en el ámbito de la contratación a distancia, la facultad de desistimiento sirva también a los fines de verificar la conformidad del producto con el contrato. En este sentido, la propia Sentencia Messner es un claro ejemplo de cómo el ejercicio de la facultad de desistimiento puede tener como razón última una falta de conformidad (véase, párrafo 12.º de la Sentencia) y de qué modo supera, o esquivada, el régimen de esta última. Así, de atenerse al elenco y jerarquía de remedios que establece la Directiva 1999/44, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo, la extinción del contrato por resolución sólo podría alcanzarse en caso de falta de conformidad «importante» (art. 3.6) y una vez descartados los remedios preferentes (art. 3.3 y 5). Por el contrario, desistiéndose (y, además, haciéndolo *ad nutum*), se extingue el contrato sin más. Pues bien, en la medida en que resulta poco riguroso identificar la facultad de desistimiento como una garantía más en caso de falta de conformidad, tampoco es acertado trasladar a la facultad de desistimiento en los supuestos de contratación fuera de establecimiento mercantil sin entrega inmediata del producto el fundamento que asiste a esa misma facultad en sede de contratación a distancia. Siendo ello así, se diría que en el ámbito de la Dir. 85/577, y atendido su fundamento, el derecho de desistir no precisa, para su ejercicio útil, del uso de la cosa. El llamado *cooling-off period* o periodo de enfriamiento se atribuye para reflexionar acerca del consentimiento prestado supuestamente bajo presión; no, en cambio, para verificar que lo entregado se corresponde con lo comprado y su correcto funcionamiento²⁰. Desde esta perspectiva, no cabría transpolar a la contratación fuera de establecimiento mercantil el razonamiento vertido en la Sentencia Messner ni, en consecuencia, afirmar sin más la falta de conformidad con el derecho comunitario de una normativa nacional que permitiera, con carácter general, reclamar al consumidor una indemnización por el uso del bien adquirido. Pero si esto último es lo que se colige de la vinculación entre el fundamento de la facultad de desistir y el alcance del uso irrestituible, otra cosa es lo que enseñan los antecedentes de la propia Dir. 85/577 y otra aún más distinta es la que resulta de la PDDC. El texto de la Propuesta de Directiva en materia de contratos fuera de establecimiento mercantil llegaba a descartar toda indemnización por el «uso normal» del producto. Y ya se ha visto de qué modo el art. 17.2 PDDC unifica el régimen de las obligaciones del consumidor en caso de desistimiento de un contrato fuera de establecimiento mercantil o a distancia, declarándose, en ambos casos, la no responsabilidad del consumidor por la depreciación debida al uso necesario «para comprobar la naturaleza y el funcionamiento de los bienes». Cierto es que este punto la primera de las Propuestas no pasó, en este particular, al texto definitivo y que, hoy por hoy, la segunda es sólo una Propuesta.

²⁰ En el contexto de la Dir. 97/7, y a propósito de la contratación de servicios, el fundamento de la facultad de desistimiento resulta dudoso. En su caso, se acercaría más al que da razón de su reconocimiento en los contratos (sobre bienes o servicios) fuera de establecimiento mercantil, que al que se asocia a la contratación a distancia de bienes. En este sentido, resulta más fácil ver en él un mecanismo de protección del consentimiento prestado (aunque en el contrato a distancia no hay presión alguna o, en su caso, es más llevadera), que un instrumento con el que facilitar el examen de lo adquirido. En este sentido, pese a la equiparación que resulta del Considerando 14.º Dir. 97/7 a efectos de fundamentación, los servicios no permiten prueba (art. 17.2 a contrario PDDC). Es más, el inicio consentido e informado de su ejecución priva al consumidor de su facultad de desistimiento (art. 19.1 a y, acerca de la naturaleza dispositiva de la norma, art. 19.3 PDDC).

3.2 Del uso *útil* ... al uso sólo *necesario*

La razón por la que cobra sentido reconocer al consumidor la facultad de desistimiento tiene, a propósito del uso del producto, una segunda función: así, la de determinar los límites del uso *útil* al propio derecho de desistimiento. La falta de restitución de este uso «limitado» se justifica en la Sentencia Messner atendiendo a la propia eficacia de la facultad de desistimiento (se trata, en fin, de que el derecho sea «más que teórico»; arg. *ex* Considerando 14.º Dir. 97/7). Desde otra perspectiva, se diría que se trata de un provecho adquirido por el consumidor, siendo en tal medida justa dicha adquisición como justificada su «pérdida» por el profesional; de ahí, la falta de restitución ²¹.

El Tribunal concreta la «posibilidad real de *ver*» el producto (Considerando 14.º Dir. 97/7), en la sola facultad de examinarlo y probarlo (véase, párrafo 20.º *in fine* y 24.º Sentencia Messner). Así, el uso *útil* a la facultad de desistimiento es el uso necesario a los fines de examen y prueba (párrafos 25.º y 27.º *in fine* Sentencia Messner). Las ideas de «necesidad» y «utilidad» llegan a la PDDC: la de «necesidad» lo hace expresamente [«El consumidor sólo será responsable ... de una manipulación distinta a la necesaria (...)»]; la de «utilidad» a partir, no de la actividad (así, examinar o probar), sino de la finalidad del uso («... para comprobar la naturaleza o funcionamiento de los bienes...»). Pero si el uso necesario para verificar aquella naturaleza (en fin, para comprobar que lo recibido coincide con la prestación debida) no ofrece mayores problemas, el necesario para verificar su funcionamiento sí puede suscitar algunos, especialmente a propósito del alcance de la prueba ²². La propia PDDC proporciona una línea de interpretación al afirmar que «para comprobar la naturaleza y funcionamiento de un bien, el consumidor sólo debe realizar las mismas manipulaciones y los mismos ensayos que se admitirían en un establecimiento mercantil» ²³. Por lo demás, de la propia Sentencia Messner se sigue que el uso que acaba con el examen y prueba del producto es un uso compatible con el principio de buena fe (véase, Considerando 22.º Documento de Trabajo Schwab sobre la PDDC). A propósito de esto último, quedaría por ver si pese a limi-

²¹ De hecho, en un contrato con facultad de desistimiento, igual que en un contrato impugnado, lo adquirido en su virtud deviene enriquecimiento justo, del mismo modo que se tiene por justificada su pérdida por quien transmite. Ocurre que al extinguirse el contrato desaparecen retroactivamente aquella justicia y aquella justificación, y se impone la obligación de restituir las prestaciones satisfechas. El uso al que se alude en el texto escaparía de esta desaparición sobrevenida (acerca de la relación enriquecimiento/empobrecimiento—justicia/justificación, véase BADOSA COLL, Ferran, «L'enriquiment injustificat», Ponencia a las XVI Jornadas de Derecho civil catalán en Tossa de Mar, Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts de les obligacions al Codi civil de Catalunya, celebradas en Tossa de Mar, el 23 y 24 de septiembre de 2010).

²² ¿Qué manipulación es la estrictamente necesaria para verificar que un ordenador funciona? ¿Basta, simplemente, con conectarlo y abrir, por unos instantes, algunos de los programas instalados? ¿No implicaría también sólo probar el mantenerlo conectado durante unos días a fin de verificar que el ventilador funciona, que la batería se carga, que se efectúan adecuadamente las copias de seguridad...?

²³ Y sigue: «... Por ejemplo, el consumidor podría probarse una prenda, pero no estaría autorizado a llevarla puesta...» (Considerando 31.º PDDC). ¿Significa esto, por ejemplo, que en caso de productos cuyo funcionamiento implica la ejecución de un proceso (léase, una lavadora, una secadora, un lavavajillas...) no podrán probarse habida cuenta que una prueba de estas características tampoco se admitiría en un establecimiento?

tarse al examen y prueba del producto, su uso puede vulnerar las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos. Sería el caso, por ejemplo, del consumidor que firme en su decisión de desistir del contrato incluso antes de recibir el producto, espera a su recepción y manipulación por pura curiosidad, por desidia...^{24, 25}.

En cualquier caso, el uso extralimitado o innecesario a la luz del eficaz ejercicio de la facultad de desistimiento, puede acarrear el «pago de una indemnización». De la Sentencia Messer resulta: primero, la impropiedad del término «indemnización» asociado al simple uso entendido como provecho pero no necesariamente como daño²⁶. Segundo, la remisión a los principios de buena fe y del enriquecimiento injusto a efectos de valorar la restituibilidad o no del uso²⁷. La norma nacional no podrá, en ningún caso, ordenar aquella restitución en caso de simple examen y prueba, precisamente por no vulnerarse el principio de buena fe –sería ésta la protección mínima dispensada por la Dir. 97/7 en este particular–. Siendo ello así, nada obstaría a que la norma interna excusara de responsabilidad más allá de aquella intensidad (mínima) de uso o, incluso, que la excusara en todo caso. Cabría esto último en la medida en que de la Sentencia Messner (y, antes aún, de la propia Dir. 97/7) no deriva la necesaria restitución del uso contrario a la buena fe o constitutivo de enriquecimiento sin causa sino, sólo, la incompatibilidad de la norma nacional que la prevea para el caso de uso necesario a la facultad de desistimiento.

²⁴ El supuesto, que se caracterizaría por su dificultad probatoria (¿cómo probar cuándo se tomó la firme decisión de desistir?), sería exponente de una decisión pésima por parte del consumidor. Pudiendo desistir sin coste alguno, tras la recepción del producto se verá seguramente abocado a costear su devolución.

²⁵ Y cabría sugerir, incluso, un supuesto de uso distinto a la mera prueba o ensayo, compatible con el principio de buena fe, no constitutivo de enriquecimiento injusto y en ningún caso restituible. Sería el uso conservativo que, en tanto se contemplara un plazo para devolver el producto una vez se hubiere desistido, podría prolongarse más allá de la extinción del propio contrato por desistimiento (véase, aludiendo sólo a la devolución a realizar «lo antes posible» de las sumas abonadas por el consumidor, art. 6.2 *in fine* Dir. 97/7; art. 17.1 PDDC que concede al consumidor un plazo de catorce días a contar desde la comunicación del desistimiento a fin de devolver la mercancía).

²⁶ Véase CARRASCO PERERA, Ángel, «Restitución de provechos (II)», *Anuario de Derecho civil*, 1988, p. 65. El autor distingue entre el uso como simple provecho o ventaja patrimonial y el uso como daño indemnizable. A propósito de este último, distingue entre el uso como daño-lucro cesante («... la primera forma en la que el uso puede aparecer como partida contable del *id quod interest* consiste en que el uso directo del tercero conlleve un lucro cesante. La reclamación se hará en función del daño y no del provecho»), y el uso como daño emergente (en el que cabría incluir «todo gasto que el dueño haya tenido que hacer para disponer de un uso sustitutivo») (véase, sin embargo, calificando como créditos «indemnizatorios», algunos que realmente son restitutorios, art. 42.1, 2.º párrafo Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista –en adelante, LOCM–; art. 10.1a LVPBM; arts. 79 RDL 1/2007). Cuestión distinta será la de calificar como contractual o extracontractual el crédito indemnizatorio que realmente sea tal.

²⁷ La Sentencia impone también cortapisas al modo en que la norma nacional pueda contemplar aquella restitución (véase párrafo 27.º Sentencia Messner: «... No obstante, esta competencia debe ejercerse respetando la finalidad de dicha Directiva y no puede, en particular, menoscabar la eficacia y efectividad del derecho de rescisión. Éste sería el caso, por ejemplo, si el importe de una indemnización como la evocada en el apartado anterior fuera desproporcionada en relación con el precio de compra del bien en cuestión, o si la normativa nacional impusiera al consumidor la carga de la prueba de que no ha utilizado el bien durante el período de rescisión de un modo que vaya más allá de lo necesario para permitirle ejercer útilmente su derecho de rescisión»).

4. UNA LECTURA DE LA SENTENCIA MESSNER DESDE EL DERECHO ESPAÑOL

El derecho español, a la luz de lo resuelto por el Tribunal de Justicia, ¿es o no conforme con la Dir. 97/7? En sede de contratación a distancia con consumidores sólo deviene norma especial la que permite exigir al consumidor el coste directo de devolución de la mercancías (art. 101.1 y 73 RDL 1/2007^{28, 29}). Para lo demás, rigen las reglas de liquidación de la relación obligatoria de los arts. 73 y ss. RDL 1/2007. A propósito de esto último, resultan de interés dos cuestiones: la primera, acerca de su contenido; la segunda, acerca de su ámbito de aplicación.

4.1 El régimen de liquidación de la relación contractual y el uso: El art. 74 RDL 1/2007

Del art. 74 RDL resulta: que la obligación recíproca de restitución de las prestaciones satisfechas alcanza a «las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos» y «el precio con los intereses» (art. 1.303 CC)³⁰; que se exime de responsabilidad al consumidor por la depreciación del producto que obedezca al uso «conforme a lo pactado o a su naturaleza»³¹; que el consumidor puede pretender la restitución de «los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien». En una primera lectura, el art. 74 RDL 1/2007 se muestra no sólo acorde con la respuesta dada por el Tribunal en la Sentencia Messner sino que eleva su nivel de protección; de otro modo, el derecho español no sólo no ordena ni permite reclamar, con carácter general, la restitución del uso sino que la irrestituibilidad alcanza al que excede del simple examen y prueba. Siendo ello así, cabe exponer los argumentos que lo avalan y valorar su razonabilidad.

Ningún precepto contempla, al menos de forma expresa, la necesaria restitución del uso. Descartada su consideración como fruto (y, en consecuen-

²⁸ Por su parte, el art. 101.2 RDL 1/2007 reitera que el ejercicio de la facultad de desistimiento no puede acarrear penalización para el consumidor, añadiendo, a la declaración general que sobre el particular ya anticipa el art. 68.1, la nulidad de la cláusula por la que se le impusiere alguna.

²⁹ A tenor del art. 44.5 in fine LOCM, aplicable a la contratación a distancia con compradores-no consumidores, la falta del vendedor a su deber de información permite al consumidor, no sólo disponer de un plazo extraordinario para desistir (literalmente, «resolver»), sino, además, hacerlo sin costes de devolución.

³⁰ A propósito del principio de simultaneidad (art. 1.308 CC) debería considerarse: primero, la posibilidad de que se haya desistido devolviendo las mercancías (art. 70 RDL 1/2007); segundo, el 76 RDL 1/2007 en la medida en que concede al profesional un plazo máximo de 30 días para la devolución de las cantidades abonadas por el consumidor (de las cuales sólo el precio devengará interés; arg. ex art. 1.303 CC a contrario).

³¹ Como puntualiza GARCÍA VICENTE, un pacto sobre el uso sólo cobra sentido en una relación en la que se faculte al consumidor a un uso temporalmente limitado en el tiempo; en otro caso, el uso no se pactará (véase en *La Ley de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*», Aranzadi, Cizur Menor, 1997, p. 208; «Comentario al art. 74», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 866, nota 19).

cia, la posible reclamación de su valor vía art. 74.1 RDL 1/2007)³², se atiende a él sólo en la medida en que ha provocado una depreciación del bien. Y de esta disminución de valor sólo responderá el consumidor si lo hubiere usado anormalmente o de forma no conforme «a lo pactado o a su naturaleza»³³. Luego, en su caso, la responsabilidad será por la depreciación (efecto), no por el simple uso (causa). Y será por el desgaste o deterioro, en el contexto del llamado desistimiento convencional (art. 79, 2.º párrafo RDL 1/2007). En este último supuesto, sin embargo, la exoneración de responsabilidad requiere que el uso se haya limitado a la simple prueba del bien [véase, con una redacción similar, art. 10 LOCM; por el contrario, configurando el uso limitado al «simple examen o prueba» como un requisito para desistir y no sólo como un parámetro del uso (o sus efectos) restituible, véase art. 9.1a LVPBM].

Esta falta de previsión expresa cierra el paso a toda posible reclamación del uso basada en un principio general como el del enriquecimiento injusto. Parece que si la posibilidad de algún reembolso se contempla a la luz de un efecto derivado del uso (léase, aquella disminución de valor) y a partir de determinadas circunstancias (aquel uso *contra natura*), se quiere descartar la reclamación que se base sólo en él (este mismo razonamiento serviría, en el art. 79 RDL 1/2007, para descartar la reclamación basada en el simple uso para probar o examinar, del que no resultara desgaste o deterioro). Por el contrario, si se acudiera al principio general del enriquecimiento injusto a fin de defender la restitución por conceptos o categorías no previstas, debería poder defenderse también el reembolso de los gastos de puro recreo cuando, sin duda, la finalidad del art. 74. 3 RDL 1/2007 es excluirlas del ámbito de lo restituible, a pesar de que puedan acabar enriqueciendo al profesional si su naturaleza no permite retirarlas (arg. *ex art.* 454 CC). ¿Tampoco cabrá reclamación restitutoria en caso de desgaste o deterioro en la medida en que el art. 74 RDL 1/2007 no afronta expresamente la restitución por estos deméritos? En este caso, la solución la proporciona el propio precepto: a pesar de tratarse de categorías distintas, estas últimas implicarán disminución de valor y, desde esta perspectiva, los términos de su restitución sí están previstos^{34, 35}.

Y ¿qué decir del principio de buena fe? ¿Podría justificar de algún modo la restitución del uso porque, aún siendo conforme a la naturaleza del bien, va en contra de las exigencias de la buena fe? Sirva el supuesto, ya aludido, del uso al

³² CARRASCO PERERA, Ángel, «Restitución de provechos» (I), *Anuario de Derecho civil*, 1987, p. 1084; «Restitución de provechos» (II), *ibid.*, cit. p. 63.

³³ De aprobarse el art. 17 PDDC en su actual redacción y en régimen de armonización plena, deberá modificarse el art. 74 RDL 1/2007 en la línea de limitar el alcance de la depreciación no restituible a la que obedezca al examen y prueba del producto.

³⁴ La consecuencia de esta lectura es, por ejemplo, que habiéndose usado el lavavajillas conforme a «su naturaleza» (luego, para lavar y secar la vajilla), no cabrá exigir restitución por su depreciación ni, en su caso, por el desgaste provocado por un uso extraordinariamente intenso.

³⁵ En el contexto del art. 79 RDL 1/2007 ¿cuál será el régimen de restitución de la depreciación que no obedezca a desgaste o deterioro? Supuesto un uso que no implique ni una cosa ni la otra, y sí sólo una disminución de valor, y supuesto que no se haya pactado nada al respecto, las alternativas serían: a) la aplicación del art. 74.2 por razón de la remisión prevista en el párrafo 1.º del art. 79; b) la exoneración de toda responsabilidad por no contemplarse legalmente las consecuencias restitutorias de la depreciación cuando, por el contrario, sí se contemplan las resultantes de desgaste o deterioro; c) en fin, la aplicación del mismo régimen que se prevé para éstos (véase, acercándose a esto último, GARCIA VICENTE, José Ramón, *Comentario...*, cit. p. 880) (acerca de un pacto relativo a las consecuencias de la depreciación del bien, art. 9.1c LVPBM).

que precede la decisión de desistir, pero cuyo ejercicio se demora, precisamente, para poder aprovecharse del uso durante el llamado período de reflexión. La vulneración del principio de buena fe también podría apreciarse, en teoría, desde la óptica del ejercicio, no tanto del derecho a usar el bien, sino de la propia facultad de desistir: así, en aquellos supuestos en los que, pese a desistirse a tiempo, se hace contradiciendo una conducta propia en perjuicio de quien puso su confianza en ella (piénsese en el consumidor que, hasta minutos antes de desistir y de hacerlo en el último momento, enaltece el producto ante el vendedor y se muestra orgulloso de su decisión de compra³⁶).

Cabría añadir a todo ello dos últimos argumentos. Sería el primero que cuando el legislador ha querido declarar la restitución del uso en el marco de un régimen de liquidación contractual, así lo ha hecho (véase, art. 10.1 a Ley 28/1998, de 13 de julio, de *Venta a Plazos de Bienes Muebles*, cuyo precedente es el art. 11 de la Ley 50/1965, de 1 de julio). Sería el segundo que, supuesto que el art. 74.2 (y también el art. 79.2.º párrafo RDL 1/2007) contemplan posibles efectos del uso que precede al ejercicio de la facultad de desistir, podría estimarse que la posesión que sigue a aquel ejercicio es de mala fe (en el sentido del art. 433 CC, esto es, por no poder ignorar una «invalidez» que ha provocado el propio consumidor al desistir y sin que ello prejuzgue su legítima resistencia a la devolución al amparo del art. 1.308 CC, si es que es el empresario quien se opone al abono de las cantidades satisfechas). Siendo ello así, y resultando que no se contempla a cargo del poseedor de mala fe la restitución del valor del uso, luego que no será restituible el que el consumidor pueda dar al producto tras haber desistido, carecería de toda lógica abogar por la restituibilidad del uso previo.

Razonada así la falta de crédito restitutorio por razón del uso, sólo quedaría por valorar su razonabilidad a la luz de dos aspectos: el alcance de la obligación restitutoria del profesional cuando se hubiere satisfecho el precio antes de desistir y el alcance de la restitución de los gastos sufragados por el consumidor. En cuanto a lo primero, es común observar que el enriquecimiento por el uso del bien *queda en cualquier caso compensado* por el enriquecimiento por el uso del precio por parte del vendedor o profesional³⁷ (entendido en ambos casos dicho enriquecimiento, al menos, como enriquecimiento por ahorro de gastos). Baste recordar, sin embargo, que el vendedor sí debe restituir intereses (art. 1.303 CC). Ciertamente, ocurrirá que, siendo estos los legales³⁸, resultarán normalmente muy inferiores a los intereses remuneratorios que pudiera llegar a devengar un préstamo por un importe equivalente al precio satisfecho, y con los que cabría identificar su valor de uso. En cuanto a lo segundo, dado que no se restituye el uso, tampoco deberían reembolsarse al consumidor los gastos necesarios *ordinarios* que haya requerido la conservación del producto. El art. 74.3 RDL 1/2007, sin embargo, no distingue.

³⁶ El supuesto lo sugieren casos como el resuelto, en un ámbito tan distinto como es el sucesorio, por la SAP Barcelona, de 2 de febrero de 2010 (Sección 13.ª; Ponente: D. Fernando Utrillas) (RJC, III, 2010, p. 39 y ss.), en el que la reclamación tardía, pero dentro del plazo de prescripción, se estima contraria a la buena fe cuando «existan hechos, actos o conductas suyos (en este caso, de quién reclama), que engendren, rectamente entendidos, en el obligado, la confianza de que aquellos no se actuarán».

³⁷ CARRASCO PERERA, Ángel, «Restitución de provechos» (II), cit, p. 68; GARCÍA VICENTE, José Ramón, *Ley de contratos...*, p. 209).

³⁸ DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, PARRA LUCÁN, M.ª Angeles, *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 259.

4.2 El uso en la contratación fuera de establecimiento mercantil y el uso en caso de consumidor no informado

A propósito del ámbito de aplicación de los arts. 73 y ss. RDL 1/2007, y más allá de su configuración como normas generales de aplicación supletoria a todo supuesto de reconocimiento legal o convencional de la facultad de desistimiento (arg. ex. arts. 68.3 y 79, párrafo 1.º RDL 1/2007), interesa valorar su aplicabilidad a los supuestos de contratación fuera de establecimiento mercantil y a los supuestos de falta del empresario contratante a su deber de información y documentación relativos al derecho de desistimiento (art. 69.1 RDL 1/2007). Lo primero porque según se razonó –aunque con contraargumentos–, el fundamento de la facultad de desistir en aquél ámbito no justificaría ningún uso; lo segundo porque no parece razonable aplicar el mismo régimen de liquidación a quien conoce de él antes o al contratar (arts. 60 g y 69 RDL 1/2007), que a quien lo hace después³⁹.

Si bien podría sustentarse la no aplicación del art. 74.2 al contrato *door-to-door* o, incluso, sugerir la restituibilidad de todo uso aplicado al producto (y no sólo del que lo deprecia), son más los argumentos legales que permiten defender, *de lege lata*, lo contrario. Uno sería que el art. 110 RDL 1/2007 se remite a las disposiciones generales sin más excepción que la relativa al plazo; otro, que el antecedente del art. 74 se encuentra, precisamente, en el art. 6 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. De este modo, el argumento de la sujeción de los contratos a distancia y fuera de establecimiento a un único régimen que contempla, en mayor o menor medida, un uso no restituible, es un argumento efectivo en el derecho español que desmiente, en el ámbito de la contratación fuera de establecimiento, la necesaria ligazón entre el fundamento de la facultad de desistir y el alcance del uso no restituible. Cómo se vio, en la Unión Europea aquella unificación es hoy sólo una propuesta⁴⁰.

¿*Quid* a propósito del consumidor desinformado? Está fuera de toda duda que si, habiendo recibido la información y documentación preceptivas, el consumidor no va a responder por el uso «normal» del producto, con igual o más razón no será exigible su restitución a quien contrata desconociendo su derecho de desistir del contrato y sus consecuencias. Con todo, y a efectos de garantizar la efectividad del derecho comunitario en este particular, se sugeriría una lectura de las consecuencias de la falta del profesional a su deber de información y documentación, no tanto en la línea de conceder una protección adicional al consumidor desinformado, sino en la de sancionar indirectamente al profesional. El RDL 1/2007 contempla el incumplimiento de la obligación prevista en el art. 69: primero, a efectos de prolongar el plazo de reflexión (art. 71.3 RDL 1/2007); segundo, en sede de liquidación de la relación contractual y a efectos de rebajar el nivel de diligencia exigible al

³⁹ Mientras los deberes de información y documentación ex art. 69.1 RDL 1/2007 alcanzan al «derecho de desistir del contrato y los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio», el de información previa previsto en el art. 60 se limita a la «existencia del derecho que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercerlo».

⁴⁰ Curiosamente, además, ocurre en este particular que mientras la PDDC se inspira, a propósito de la restitución del uso, en el contrato a distancia (de ahí, que aluda al uso para verificar la naturaleza y funcionamiento del producto), el derecho español ha tomado como modelo la regulación existente del contrato fuera de establecimiento mercantil.

consumidor en caso de imposibilidad de devolver la mercancía (art. 75.2 RDL 1/2007). El art. 74 RDL 1/2007, a diferencia del régimen que proporciona el art. 17 de la PDDC, nada dice y nada excepciona. Siendo ello así, y en la línea apuntada, cabría no sólo alterar el régimen de restitución por razón del uso (por ejemplo, exonerando al consumidor de toda responsabilidad por la depreciación debida al uso, fuera o no conforme a la naturaleza del producto) sino, incluso, modificar el régimen de la restitución de las prestaciones principales. Un modelo a seguir lo proporciona el art. 1.304 CC que, a propósito del contrato celebrado por el incapaz, limita aquella devolución al enriquecimiento efectivo. Ocurre, sin embargo, que una medida de esta naturaleza podría acabar perjudicando al consumidor: así, en aquellos supuestos en que el enriquecimiento consista precisamente en el uso y su valor exceda del precio satisfecho. Sin ir más lejos, la Sentencia Messner trae causa, precisamente, de una reclamación cuyo importe supera el precio abonado. En este caso, sin embargo, si la restitución realmente se fundara en el enriquecimiento, no podrían resultar ajenas a su valoración las deficiencias que presentaba el producto; así, el ya aludido defecto de pantalla.

Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo,
Comparado y Comunitario

ALEMANIA

Bibliografía (2010)

MARTIN EBERS *

I. PRINCIPIOS EUROPEOS Y MARCO COMÚN DE REFERENCIA

- LAROCHE, Pierre – Chirico, Filomena (eds.): *Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group within CoPECL*, Sellier European Law Publishers, München 2010.
- Study Group on a European Civil Code (ed.): *Donation, Principles of European Law*, prepared by Martin Schmidt-Kessel, Sellier European Law Publishers, München 2010.
- Study Group on a European Civil Code (ed.): *Mandate Contracts, Principles of European Law*, prepared by Marco Loos and Odavia Bueno Diaz, Sellier European Law Publishers, München 2010.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO – PERSPECTIVA GENERAL

- GEBAUER, Martin – WIEDMANN, Thomas (eds.): *Zivilrecht unter europäischem Einfluss: die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, 2. Aufl., Boorberg, Stuttgart 2010.
- SCHULZE, Reiner – ZULEEG, Manfred – KADELBACH, Stefan (eds.): *Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2010.

III. DERECHO PRIVADO EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

- BECHTOLD, Stefan: *Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts. Ein rechtsökonomischer Beitrag zu einer Rechtssetzungslehre des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- BUCK-HEEB, Petra – Dieckmann, Andreas: *Selbstregulierung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- LENGAUER, Alina: *Drittwirkung von Grundfreiheiten. Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht*, Springer, Berlin/Heidelberg 2010.
- RIESENHUBER, Karl (ed.): *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 2. Aufl., de Gruyter, Köln 2010.
- ROTH, Herbert (ed.): *Europäisierung des Rechts. Ringvorlesung der Juristischen Fakultät Universität Regensburg 2009/2010*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

- SCHMID, Christoph U.: *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union. Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- SCHMIDT, Frederik: *Die unternehmerische Freiheit im Unionsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

IV. DERECHO DE CONSUMO

- ANGERMANN, Juliane: *Die Verletzung vertragsschlussbezogener Informationspflichten des Europäischen Privatrechts. Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionierung fehlerhafter Informationserteilung nach nationalem Recht*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- BÖRGER, Andreas: *Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten. Eine Untersuchung gemeinschaftlicher Vorgaben und deren Umsetzung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*, Sellier European Law Publishers, München 2010.
- GRÜBLER, Ulrike: *Digitale Güter und Verbraucherschutz. Eine Untersuchung am Beispiel des Online-Erwerbs von Musikdownloads*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- GRUNEWALD, Barbara – Peifer, Karl-Nikolaus: *Verbraucherschutz im Zivilrecht*, Springer, Berlin/Heidelberg 2010.
- HENKE, Matthias Felix: *Enthält die Liste des Anhangs der Klauselrichtlinie 93/13/EWG Grundregeln des europäischen Vertragsrechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- KUNZ, Daniel: *Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union: Status quo und Weiterentwicklung*, Lang, Frankfurt am Main 2010.
- MARTENS, Matthias: *Die Entwicklung der Widerrufsrechte des Verbrauchers bis zur Umsetzung der Richtlinie 2008/48/EG. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der zeitlichen Dimension*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- OBERFEUCHTNER, Ralph: *Finanzierungsleasing und Verbraucherschutz. Fragen der Reichweite und Beschränkbarkeit*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans – TICHY, Lubos (eds.): *Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Sellier European Law Publishers, München 2010.
- REICH, Anke: *Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Haustürwerbung in Deutschland*, Heymanns, Köln 2010.
- SPARMANN, Ingo: *Das Widerrufsrecht im Fernabsatz als Kauf auf Probe. Zum Gestaltungsspielraum des nationalen Umsetzungsgesetzgebers*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.
- STÜRNER, Michael: *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht*, Sellier European Law Publishers, München 2010.

V. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- BACHMANN, Thomas: *Die elektive Konkurrenz. Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

- HARKE, Jan Dirk (ed.): *Drittbeteiligung am Schuldverhältnis. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Springer, Berlin/Heidelberg 2010.
- HILLIG, Jan-Bertram A.: *Die Mängelhaftung des Bauunternehmers im deutschen und englischen Recht*, Lang, Frankfurt am Main 2010.
- KIENE, Sörren Claas: *Vertragsaufhebung und Rücktritt des Käufers im UN-Kaufrecht und BGB. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- MÜCKL, Patrick: *Der Vertragsbruch des Dienstleisters. Deutsches Recht, Englisches Recht und Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens*, Sellier European Law Publishers, München 2010.

VI. DERECHO DE DAÑOS – RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

- KOCH, Bernhard A. (ed.): *Damage Caused by Genetically Modified Organisms. Comparative Survey of Redress. Options for Harm to Persons, Property or the Environment*, de Gruyter, Köln 2010.
- KOZIOL, Helmut – STEININGER, Barbara C. (eds.): *European Tort Law Yearbook 2009*, de Gruyter, Köln 2010.
- OSKIERSKI, Jan-Thomas: *Schadensersatz im Europäischen Recht. Eine vergleichende Untersuchung des Acquis Communautaire und der EMRK*, Nomos, Baden-Baden 2010.

VII. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

- GROSS, Daniela: *Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung auf der Grundlage der Richtlinie 2000/78/EG*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- STENSLIK, Bastian-Peter: *Diskriminierende Arbeitgeberkündigungen und die europäischen Diskriminierungsverbote*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.
- LAUBER, Anna Verena: *Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz. Autonomie, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht Englands, Deutschlands und der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden 2010.

VIII. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y MONOPOLIOS

- BERNHARD, Jochen: *Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen. Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- STOLZE, Christian: *Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU. Unter besonderer Berücksichtigung der Sanktionssysteme*, Kovacs, Hamburg 2010.
- WESSELBURG, Alexander: *Drittsschutz bei Verstößen gegen das Kartellverbot. Unter Berücksichtigung der Wechselwirkungen zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Durchsetzung*, Nomos, Baden-Baden 2010.

WUNDERLE, Timo: *Verbraucherschutz im Europäischen Lauterkeitsrecht. Theoretische Grundlagen, gegenwärtiger Stand sowie Perspektiven der Rechtsentwicklung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

IX. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

DUBIEL, Martin: *Der Erfüllungsortbegriff des Vertragsgerichtsstands im deutschen, europäischen und internationalen Zivilprozessrecht*, Lang, Frankfurt am Main 2010.

GROSS, Christian: *Die internationale Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes, Vor dem Hintergrund der EuGVO und des Lugano-Übereinkommens. Unter Berücksichtigung der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Lang, Frankfurt am Main 2010.

Heinig, Jens: *Grenzen von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht*, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., Jena 2010.

KÖCKERT, Ulrike: *Die Beteiligung Dritter im internationalen Zivilverfahrensrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

LOHRI, Gino: *Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke nach Art. 116 Abs. 1 IPRG. Unter besonderer Berücksichtigung der «Unidroit Principles of International Commercial Contracts», der «Principles of European Contract Law» sowie des «Draft Common Frame of Reference»*, Schulthess, Genf 2010.

RAUSCHER, Thomas (ed.): *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, 4 Bände, Sellier European Law Publishers, München 2010.

REIHER, Hannes: *Der Vertragsbegriff im europäischen Internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zur Abgrenzung der Verordnungen Rom I und Rom II*, Nomos, Baden-Baden 2010.

URLAUB, Jasmin: *Einseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte im Internationalen Privatrecht. Eine Untersuchung zum Vertragsbegriff der Rom I-Verordnung*, Kovač, Hamburg 2010.

ESPAÑA

Bibliografía

ESTHER ARROYO AMAYUELAS *

I. CONTRATOS INTERNACIONALES

CASTELLANOS RUIZ, E.: *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009, 286 pp. ISBN 8498365504.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS

CUENCA GÓMEZ, P.: *Estudios sobre el impacto de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dyckinson, 2010, 653 pp. ISBN: 8498499629.

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

- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *El Convenio europeo de Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2010, 133 pp. ISBN(13): 9788430951161.
- ORTIZ HERRERA, S.: *Los Derechos Fundamentales en los Tratados europeos evolución y situación actual*, Madrid, Universidad San Pablo-CEU, 2010, 25 pp. ISBN(13): 9788492456994.
- RIPOL CARULLA, S. *et alii*: *España en Estrasburgo tres décadas bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2010, 1508 pp. ISBN(13): 9788499035918.

III. DERECHO PENAL EUROPEO

- AAVV: *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, Madrid, 2010, 687 pp. ISBN: (13): 9788492596300.

IV. DERECHO PROCESAL

- CALDERÓN CUADRADO, M.^a P.-IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (Coords.): *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Pamplona, Aranzadi, 2009, 391 pp. ISBN 8483559321.
- GISBERT POMATA, M. *et alii*: *Los procesos para el cobro de deudas monitorio, cambiario, monitorio europeo y europeo de escasa cuantía*, Madrid, Cívitas, 2010, 688 pp. ISBN(13): 9788447030750.
- GONZALEZ CANO, M.^a I.: *El proceso europeo de escasa cuantía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 126 pp. ISBN 8498765359.
- LÓPEZ SIMÓ, F. – GARAU SOBRINO, F.: *El proceso europeo de escasa cuantía comentarios al Reglamento (CE) n.º861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*, Madrid, Dyckinson, 2010, 420 pp. ISBN(13): 9788497722674.
- SOSPEDRA NAVAS, F. (coord.): *Práctica del proceso civil*, T. 1, vol. 5 (Procesos europeos), Madrid, Cívitas, 2009, 1066 pp. ISBN: 8447032358.

V. DERECHO DE SUCESIONES

- FUGARDO ESTIVILL, J. M.^a: *En torno a la propuesta de reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Colección «Notariado Hoy», Barcelona, Bosch, 2010, 275 pp. ISBN(13): 9788497907934.

VI. PROTECCIÓN DEL CRÉDITO

- RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Integridad del patrimonio y protección del crédito: las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional*, Madrid, Cívitas, 2010, 204 pp. ISBN 8447034017.

VII. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

- YÁÑEZ VIVERO, I.: *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz: un análisis en el marco del Derecho europeo de daños*, Pamplona, Aranzadi, 2010, 251 pp. ISBN(13): 9788499031958.

VIII. OTROS

- BADIA MARTÍN, A. *et alii* (coord.): *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, 1360 pp. ISBN(13): 9788497686648.
- KRAMER, L.: *Derecho medioambiental comunitario*, Madrid, Ministerio de Medio Ambiente, 2009, 493 pp. ISBN (13): 9788449109249.

FRANCIA

Bibliografía (mayo – octubre 2010)

CÉDRIC MONTFORT *

I. MANUALES, GENERALIDADES

- BLUMANN, Claude – DUBOIS, Louis: *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 4è. ed., Litec, Paris, 2010. ISBN, 978-2-7110-1164-3.
- DOUTRIAUX, Yves: *Les institutions de l'union européenne après le traité de Lisbonne*, La Documentation française, Paris, 2010. ISBN 978-2-11-008208-4.
- NOURISSAT, Cyril: *Droit des affaires de l'Union européenne*, 3è. éd., Dalloz, Paris, 2010. ISBN 978-2-247-07529-4.
- RIDEAU, Joël: *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6è. éd., LGDJ, Paris, 2010. ISBN 978-2-275-03381-5.
- ROUX, Jérôme: *Droit général de l'Union européenne*, 3è. éd., LITEC, Paris, 2010. ISBN 978-2-7110-1435-4.

II. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- AUDIT, Bernard – D'AVOUT, Louis: *Droit international privé*, 6è. éd., Economica, Paris, 2010. ISBN 978-2-7178-5884-6.
- BUREAU, Dominique – MUIR-WATT, Horatia: *Droit international privé* (deux tomes), PUF, Paris, 2010. ISBN 978-2-13-057774-4.
- NOURISSAT, Cyril – TREPPOZ, Edouard: *Droit international privé et propriété intellectuelle – Un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, Lamy Paris, 2010. ISBN 978-2-7212-1298-6.

III. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – DERECHOS FUNDAMENTALES

- BOSLY, Henri D. – VANDERMEERSCH, Damien: *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice – Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2918-1.

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

- BOUMGBHAR, Mouloud: *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pédone, Paris, 2010. ISBN 978-2-233-00596-0.
- CONSEIL DE L'EUROPE: *Education des Roms et des gens du voyage en Europe* – Recommandation CM/Rec 2009(4) adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 juin 2009 et exposé des motifs, mai 2010, Conseil de l'Europe, Strasbourg, ISBN 978-92-8716-683-8.
- DAL GEORGES, Albert: *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, Paris, 2010. ISBN 978-2-8044-4002-2.
- DECAUX, Emmanuel: *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2858-0.
- FAVREAU, Bertrand: *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2864-1.
- EDEL, Frédéric: *Interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2010. ISBN 978-92-8716-816-0.
- DE SCHUTTER, Carlier Jean-Yves – VERDUSSEN, Marc: *Human Rights in the Web of Governance: towards a learning-based fundamental rights policy for the European Union*, Vol. 9, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2821-4.
- KILINÇ, Umit: *La liberté d'expression en Turquie à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, Paris, 2010. ISBN 978-2-296-12444-8.
- POTVIN-SOLIS, Laurence: *Septième journées d'études du pôle européen Jean Monnet 27, 28 et 29 Novembre 2006 – Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2886-3.
- TAVERNIER, Paul: *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme – La jurisprudence en 2008*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2877-1.

IV. DERECHO CONTRACTUAL

- D'AUZON, Olivier: *Contrats commerciaux en français et en anglais – 40 modèles prêts à l'emploi*, 3^e éd., Eyrolles, Paris, 2010. ISBN 978-2-212-54707-8.
- MINE, Michel – BOUDINEAU, Christine – LE NOUVEL, Anne – MERCAT-BRUNS, Marie – SILHOL, Bruno: *Le droit social international et européen en pratique*, Eyrolles, Paris, 2010. ISBN 978-2-212-54678-1.
- TEYSSIE, Bernard: *Droit européen du travail*, 4^e éd., Litec Paris, 2010. ISBN 978-2-7110-1160-5.

V. DERECHO DE SOCIEDADES – INSOLVENCIA – FINANZAS

- LEBEN, Charles: *Procédure arbitrale relative aux investissements internationaux – Aspects récents*, Anthémis, Paris, 2010. ISBN 978-2-87455-207-6.
- MALECKI, Catherine – COURET, Alain: *Les défis actuels du droit financier – The current challenges of financial law*, Joly, Paris, 2010. ISBN 978-2-306-00018-2.

VI. DIVERSOS

- VON BAR, Christian – SWANN, Stephen: *Principles of European Law – Unjustified Enrichment*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2922-8.
- BERNARD, Elsa: *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2795-8.
- CLEMENT, Marc: *Droit européen de l'environnement – Jurisprudence commentée*, Larcier, Paris, 2010. ISBN 978-2-8044-3813-5.
- COUR DE CASSATION, *Quelles perspectives pour un ministère public européen? – Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Cour de cassation, Paris, 2010. ISBN 978-2-247-08565-1.
- DERIEUX, Emmanuel – GRANCHET, Agnes: *Droit des Medias – Droit Français, Européen et International*, 6è. éd., LGDJ, Paris, 2010. ISBN 978-2-275-03498-0.
- GUINCHARD, Serge – CHAINAIS, Cécile – FERRAND, Frédérique: *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30è. éd., Dalloz, Paris, 2010. ISBN 978-2-247-09047-1.
- LARDEUX, Gwendoline – LEGEAIS, Raymond – PEDAMON, Michel – WITZ, Claude, *Code civil allemand – Bürgerliches Gesetzbuch*. Traduction commentée, Dalloz-Sirey, Paris, 2010. ISBN 978-2-247-09003-7.
- MOLINIER, Joël – Lotarski, Jaroslaw: *Droit du contentieux de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2010. ISBN 978-2-275-03588-8.
- NAOME, Caroline: *Le renvoi préjudiciel en droit européen – Guide pratique*, 2è. éd., Larcier, Paris, 2010. ISBN 978-2-8044-3696-4.
- DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, 3è. éd., Université de Bruxelles, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8004-1476-8.
- WATHELET, Melchior – WILDEMEERSCH, Jonathan: *Contentieux européen*, Larcier, Liège, 2010. ISBN 978-2-8044-4140-1.

Jurisprudencia

Sí, Derecho europeo, pero ¿qué hacemos con él?

Dos decisiones de la *Cour de Cassation* demuestran las vacilaciones de los tribunales franceses a la hora de determinar la fuerza vinculante del Derecho europeo. La *ordonnance* dictada con carácter urgente el 22 de junio de 2010 por el TJCE (asuntos C 188 y 189/10) da respuesta a la pregunta formulada por la *Cour de cassation* a propósito del carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad que, desde hace no mucho tiempo, están legitimados para interponer los justiciables (*vid.* crónica precedente, ADC, 2010, 3). Recordemos que este nuevo control fue considerado prioritario por el legislador francés, que así resaltaba la primacía de la Constitución francesa sobre los Tratados internacionales. Naturalmente, el TJCE evita entrar directamente en la cuestión de la superioridad de un derecho sobre el otro, pero su respuesta es clara: el carácter prioritario del control de constitucionalidad es contrario al art. 267 TFUE, en la medida en que impide a los jueces franceses dirigirse con carácter preferente al Tribunal de Justicia y asegurar la efectividad del Derecho comunitario. Respuesta previsible.

Por lo demás, este control de constitucionalidad es el que ha permitido invalidar el régimen jurídico de las detenciones preventivas (*Conseil constitutionnel*, 30 de julio de 2010, DC n.º 2010-14/22). El Consejo sancionó el

hecho de que el detenido no había sido informado de su derecho a guardar silencio y que no tuvo derecho a la asistencia letrada, puesto que se impidió a su abogado el acceso a su dossier y a estar presente en los interrogatorios. Aun así, el Consejo constitucional dejó un margen temporal al legislador francés, hasta el mes de julio de 2011, para modificar la ley francesa. Una sentencia de la Sala Penal de la *Cour de cassation*, de 19 de octubre de 2010, acaba de adoptar la misma solución, pero esta vez al amparo del art. 6.1 del Tratado. Ello no obstante, por razones de seguridad jurídica, la *Cour* no ha anulado los juicios verbales con el interrogatorio de los recurrentes en casación ni, por tanto, los procedimientos ya llevados a cabo antes de julio de 2010.

En definitiva, la *Cour de cassation* no ignora el Derecho europeo, puesto que su interpretación ciertamente converge con la que sostienen los tribunales europeos, a los que cada vez cita con mayor frecuencia. Con todo, sí que parece ignorar su eficacia. En otras palabras y dicho de manera más prosaica ¿cómo explicar al procesado que debe ser puesto en prisión preventiva en condiciones irregulares, que sus declaraciones a la policía deben ser ignoradas, pero que, a la vista del principio de seguridad jurídica, todo se queda como estaba?

ITALIA

Bibliografía

MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO,
STEFANO TROIANO, BARBARA PASA

- I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (Mirko Faccioli*, Mauro Tescaro**, Stefano Troiano***)
- AA. VV.: *Contratto e impresa / Europa*, n. 1 (enero-febrero), 2010. El volumen contiene algunos artículos de notable interés a propósito de la circulación de modelos jurisprudenciales en Europa, con especial referencia a la importación, en Italia, de la doctrina alemana sobre deberes de protección; remedios frente al incumplimiento de obligaciones contractuales; el valor del precedente extranjero en la jurisprudencia italiana; la armonización de la política de financiación de la industria aeroportuaria europea.
- BERTI DE MARINIS, G.: «Il credito al consumo tra problematiche e innovazioni», *Rassegna di diritto civile*, n. 2, 2010, pp. 626 ss. Se resume el contenido de la Jornada internacional sobre crédito al consumo celebrada en Terni el 29 de abril de 2009.
- CATRICALÀ, A. –TROIANO, P. (a cura di): *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, Utet, 2010. Comentario amplio y en profundidad de distintas normas de distinta naturaleza, tanto de origen nacional como comunitario o internacional en el ámbito del derecho de la competencia. Resultan de especial interés los comentarios dedicados a las prácticas comerciales desleales en contratos con consumidores (art. 11 ss. Código del Consumo) y a las acciones colectivas (art. 140 bis. Código del Consumo).

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

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

*** *Professore ordinario di Diritto privato* (Università di Verona).

- PAGLIANTINI, S. (a cura di): *Le forme della nullità*, Torino, Giappichelli, 2009. Conjunto de escritos, de diversos autores, dedicados a las «nuevas» nulidades que son fruto de las normas comunitarias de protección a los consumidores. En particular, se estudian los perfiles de la disciplina de este tipo de nulidad y lo que la separa del régimen general –por ejemplo, la regla de nulidad parcial necesaria y la de la apreciación de oficio–. Merece especial atención la responsabilidad del notario como consecuencia de la redacción de actos nulos.
- PAGLIANTINI, S. (a cura di): *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, Giappichelli, 2010. Diversos autores se enfrentan a un tema candente en el derecho italiano, cual es el del abuso del derecho y la relación con la buena fe. En particular, se analiza el derecho de desistimiento en los contratos de consumo y los envíos no solicitados.
- PERLINGIERI, P.: «Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica», *Rivista di diritto civile*, n. 3, 2010, pp. 317 ss. Se analiza la interpretación de las normas jurídicas, con particular atención al «diálogo» entre los tribunales europeos, como punto de partida para la construcción de un orden público constitucional europeo.
- SICA, S. – ZENO-ZENCOVICH, V.: «Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3, 2010, pp. 377 ss. Los autores se plantean la necesidad de regular, incluso a nivel transnacional, los nuevos problemas que surgen a partir del desarrollo de actividades en la red de internet.

A propósito de las acciones de clase y el art. 140-bis del Codice del consumo, son de interés las siguientes publicaciones:

- ALPA, G.: «L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, 2010, pp. 379 ss.
- DE STEFANO, F.: «L'azione di classe», *Giurisprudenza di merito*, n. 6, 2010, p. 1498 ss.
- PROTO PISANI, A.: «Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori», *Foro italiano*, n. 9, 2010, V, c. 2051 ss.
- TOSCHI VESPASIANI, F.: «Riflessioni sparse in tema di azione di classe», *Studium Iuris*, n. 6, 2010, pp. 605 ss.;
- SANGIOVANNI, V.: «Class action e tutela contrattuale degli investitori», *Obbligazioni e contratti*, n. 8-9, 2010, pp. 611 ss.

Sobre las prácticas comerciales desleales y, en especial, las relaciones entre consumidores y profesionales y los art. 18 ss. codice del consumo, *vid.*:

- CAMARDI, C.: «Pratiche commerciali scorrette e invalidità», *Obbligazioni e contratti*, n. 6, 2010, pp. 408 ss.
- GUERINONI, E.: *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2010.
- ROSSI CARLEO, L.: «Consumatore, consumatore medio, investitore, e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», *Europa e diritto privato*, n. 3, 2010, pp. 685 ss.
- ZORZI, N.: «Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori», *Contratto e impresa*, n. 3, 2010, pp. 671 ss.

II. DERECHO COMPARADO (Bárbara Pasa *)

La doctrina italiana publica artículos en inglés en la nueva revista *Comparative Law Review on line* (acceso libre): www.comparativelawreview.com

Otros artículos de revista interesantes des de en el punto de vista de derecho comparado

- BAFFI, Enrico: «La tutela dei consumatori contro le clausole abusive: le teorie americane e il diritto italiano», *I Contratti*, 2010, fasc. 4, pp. 392-404.
- QUERCI, Agnese: *Il vaccino contro l'influenza a/h1n1: «pillole» di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2010, fasc. 4 pp. 335-345.
- FUSARO, Andrea: «L'uso del diritto comparato nella giurisprudenza italiana sul regime patrimoniale della famiglia», *La nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010, fasc. 3 pp. 166-174.
- VETTORI, Gustavo – MALHERBE, Jacques, «Deduzione degli interessi sul capitale di rischio: ordinamento fiscale brasiliano e belga a confronto», *Studi Tributari Europei*, 2010, fasc. 1, p. 39.
- MUSURACA, Antonella, *Gruppi societari, responsabilità e cash pooling come possibile strumento di abuso di dominio alla luce della novella tedesca «moming»*, *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2010, fasc. 5, pp. 13-41.
- FAMIGLIETTI, Gianluca: «In tema di diritto sammarinese», Nota a Collegio garante della costituzionalità delle norme di San Marino, 21 luglio 2009 n. 8, in *Il Foro Italiano*, 2010, fasc. 1, pp. 48-49.
- PALIMERI, Alessandro: «Distribuzione di “luxury goods” e commercio elettronico: ancora grandi incertezze nella prassi europea», Nota a Tribunale di commercio di Parigi 30 novembre 2009, *Il Foro Italiano*, 2010, fasc. 1, pp. 52-55.

Monografías y Tratados

- AA.Vv.: *Divisione ereditaria, donazioni, profili di diritto tributario, internazionale privato e comparato*, Vol. 2, del *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da RESCIGNO, Pietro, coordinato da IEVA, Marco, 2a ed., Padova, CEDAM, 2010, pp. XVII-862, ISBN 978 8813264291.
- ACQUARONE, Lorenza (et al.): *Sistemi giuridici nel mondo*, con introduzione di CRESPI REGHIZZI, Gabriele, Torino, Giappichelli, 2010, pp. XVIII-312, ISBN 978 8834898895.
- ALLINI, Alessandra: *Il trust: caratteristiche e rappresentazione contabile*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. VIII-122, ISBN 978 8834897225.
- BENFATTI, Francesca: *Le forme della proprietà: studio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. VI-238, ISBN 978 8814154716.
- BISCONTINI, Giorgio: *Autonomia privata e cooperazione nei contratti agrari*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XXI-334, ISBN 978 8814152675.
- LAS CASAS, Antonio: *Tutele dell'investimento precontrattuale e razionalità economica: profili comparatistici*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 458, ISBN 978 8834897317.
- ONIDA, Francesco: *Il giro del mondo in duecentocinquanta pagine: itinerario di diritto ecclesiastico comparato*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 253, ISBN 978 8815134523.
- ROLLA, Giancarlo: *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Vol. 4, Milano, Giuffrè, 2010, pp. VIII-257, ISBN 978 8814154511.

* *Ricercatrice di Diritto Privato Comparato* (Università degli Studi di Torino).

ROOK BASILE, Eva – CARMIGNANI, Sonia – LUCIFERO, Nicola: *Strutture agrarie e metamorfosi del paesaggio: dalla natura delle cose alla natura dei fatti*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. XVI-282, ISBN 978 8814153639.

Legislación

MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO

Decreto Legislativo 26 marzo 2010, n. 59 (*Suplemento ordinario* n. 75 a la *G.U.* n. 94 de 23 abril 2010), de transposición de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior. La norma contiene numerosas disposiciones de naturaleza diversa, la mayoría de carácter administrativo, aunque con impacto directo sobre el Derecho privado y los contratos de servicios.

Ley 4 de junio 2010, n. 96 (*G.U.* 25 junio 2010, n. 146 (*Suplemento ordinario* n. 138), de promulgación de la Ley comunitaria 2009, esto es, la ley que para el 2009 contiene las disposiciones que contienen las obligaciones para la República italiana, que son el resultado de su pertenencia a la Comunidad europea. Se trata de 55 artículos, subdivididos en tres capítulos. El primero (arts. 1-10) confiere al Gobierno la delegación para la transposición de un número considerable de directivas CE (mencionadas en anexo) y fija los principios y criterios generales de la delegación. Además se modifican algunas disposiciones de la Ley de 4 de febrero de 2005, n. 11. El Cap. II contiene una serie de disposiciones (arts. 11-51) dando criterios específicos para la actuación del Gobierno en la promulgación de los decretos legislativos de transposición. Finalmente, el Cap. III (arts. 52-55) se refiere específicamente a los criterios para la transposición de normas en el ámbito de cooperación policial y judicial en materia penal. Se señalan, además, las directivas cuya transposición corresponde al gobierno y, entre ellas, la Directiva 2008/95/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas; la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal; y la Directiva 2008/122/CE, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

Decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, transpone la Directiva 2008/48/CE, sobre crédito al consumo y modifica el Título VI del texto único bancario (d. legisl. n. 385 del 1993) en lo que concierne al régimen jurídico de los sujetos que operan en el sector financiero, los agentes de actividad financiera y los mediadores de crédito (*Suplemento ordinario* n. 212 a la *G.U.* 4 setiembre 2010, n. 207). La norma cuenta con cinco títulos: el Título I (arts. 1-3) transpone la directiva 2008/48; el Título II (arts. 4-6) trata de la coordinación del Título VI del decreto legislativo n. 385 de 1993 con otras normas en materia de transparencia. El Título III (arts. 7-10) revisa el régimen jurídico de los sujetos que actúan en el sector financiero. El Título IV, sobre la disciplina de los agentes financieros y mediadores de crédito se subdivide, a su vez, en cuatro capítulos: el Cap. I (art. 11) modifica el decreto legislativo n. 385 del 1993; el Cap. II (arts. 12-18) añade nuevas normas de transposición; el Cap. III (arts. 19-24) se ocupa de los organismos competentes y elenca los agentes del mercado crediticio; el Cap. IV (art. 25) regula las sanciones. El Título V (arts. 26-30) contiene disposiciones finales.

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

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS *

Desde que el 21 de abril de 2009 la Comisión publicara el Informe sobre la aplicación del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el Libro Verde sobre su revisión (ver Crónica anterior), la futura reforma del Reglamento 44/2001 es, sin duda, uno de los temas que más atención ha recibido por parte de la doctrina e instituciones implicadas. Como es bien sabido, el Reglamento 44/2001 es una de las piezas fundamentales del espacio de libertad, seguridad y justicia

1. Seminarios

Han sido varios los seminarios que se han celebrado, tanto en España como en otros Estados miembros, para debatir sobre los distintos aspectos de la reforma. Entre ellos, cabe destacar:

a) Bruselas I: La reforma de la litigación internacional en Europa (Madrid 15 y 16 de marzo 2010), acto organizado con motivo de la presidencia española de la UE y que contó con la presencia de varias autoridades: Sr. D. Francisco CAAMAÑO, Ministro de Justicia, Sra. D.^a Viviane REDING, Comisaria Europea, Sr. D. Carlos CARNICER, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, Sr. D. Antonio HERNÁNDEZ-GIL, Decano del Ilustre Colegio de Abogados Madrid.

b) Litigación civil internacional: nuevas perspectivas europeas y de terceros estados, IV Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado (Universidad Complutense de Madrid 11 y 12 marzo de 2010), organizado por los profesores J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO, de la Universidad Complutense (Madrid).

c) Seminario internacional sobre la revisión del Reglamento de Bruselas I, organizado por la Universidad Rey Juan Carlos y el Col·legi de Notaris de Catalunya, celebrado en Barcelona, el 21 de octubre de 2010.

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

2. **Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [2009/2140(INI)]. Sus puntos más relevantes son los siguientes:**

a) **Concepto amplio de Derecho Internacional Privado:** Se recomienda a la Comisión que reexamine la interrelación entre los distintos Reglamentos que rigen la materia la competencia judicial, la ejecución de resoluciones judiciales y la ley aplicable y que unifique y armonice la terminología y los conceptos de los distintos Reglamentos (p. ej., litispendencia, cláusulas de competencia, etc.). Es importante disponer de un marco jurídico coherente y de fácil acceso. El objetivo final podría ser una amplia codificación de Derecho internacional privado.

b) **Supresión del *exequátur*:** se pide la supresión del *exequátur* pero siempre y cuando vaya acompañada de salvaguardas apropiadas. Se propone la creación de un procedimiento excepcional accesible en el Estado miembro en el que se solicita la ejecución, procedimiento que podrá iniciar la parte contra la que se pide ejecución y para el que debe haber plazos procesales armonizados. Debe velarse porque no tengan carácter irreversibles las medidas de ejecución adoptadas antes de que expire el plazo para solicitar la aplicación de este procedimiento o de que dicho procedimiento haya concluido. Los motivos de presentación de la demanda coinciden con los motivos de denegación del reconocimiento del Reglamento 44/2001.

c) **Actos auténticos:** Los actos auténticos no deben ser directamente ejecutables sin la posibilidad de recurrirlos ante las autoridades judiciales del Estado requerido.

d) **Ámbito de aplicación del Reglamento:** Las obligaciones de alimentos incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009, deben quedar excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I, aunque reitera que el objetivo final debe ser un corpus legislativo amplio que abarque todas las materias. Para el Parlamento es importante que el art. 1.2 d) deje claro que no sólo los procedimientos de arbitraje quedan excluidos sino también los procedimientos judiciales que tengan por objeto principal, incidental o preliminar la validez o alcance de la competencia arbitral. En el art. 31 debe añadirse un apartado en el que se disponga que no se reconocerán las resoluciones cuando el tribunal del Estado miembro de origen, al decidir en su resolución sobre la validez o el alcance de una cláusula arbitral, haya infringido alguna norma de la legislación sobre arbitraje en el Estado miembro en que se solicita la ejecución, a no ser que la resolución de ese Estado miembro produzca el mismo resultado que se hubiera alcanzado de aplicarse la legislación sobre arbitraje del Estado en que se solicita la ejecución.

e) **Elección de foro:** Como solución al problema de las acciones «torpedo», el Parlamento aboga por liberar al tribunal designado en un acuerdo de elección de foro de su obligación de suspender el procedimiento con arreglo a la excepción de litispendencia. Además, toda disputa sobre competencia debe decidirse rápidamente como cuestión preliminar por el tribunal designado. Se prevé que se añada una disposición sobre la oponibilidad de los acuerdos de elección de foro frente a terceros.

f) ***Forum non conveniens*:** Con el fin de evitar problemas como el planteado en la sentencia Owusu, se propone una solución similar a la de la art. 15 del Reglamento 2201/2003, que permita que los tribunales de un Estado

miembro competentes para conocer sobre el fondo suspendan el procedimiento si consideran que un tribunal de otro Estado miembro o de un Estado tercero está mejor situado para conocer del asunto o de una parte del mismo.

g) **Funcionamiento del Reglamento en el ordenamiento jurídico internacional:** El Parlamento considera que no se ha examinado suficientemente la cuestión de si debe dotarse a las normas del Reglamento de efecto reflejo y que sería prematuro dar este paso sin un estudio pormenorizado, amplias consultas y un debate político con una importante contribución del Parlamento. Habida cuenta del gran número de acuerdos bilaterales entre Estados miembros y terceros países, y de las cuestiones de reciprocidad y reconocimiento internacional, el problema tiene alcance mundial y la solución debe buscarse paralelamente en la Conferencia de La Haya mediante la reanudación de las negociaciones para un convenio internacional sobre resoluciones judiciales. Hasta entonces, las normas de la Comunidad sobre competencia exclusiva respecto de los derechos reales inmobiliarios o contratos de arrendamiento de bienes inmuebles se podrían ampliar a los procedimientos iniciados en un tercer Estado. También aboga por modificar el Reglamento para permitir dotar de efecto reflejo a las cláusulas exclusivas de elección de foro en favor de tribunales de terceros Estados.

h) **Definición del domicilio de las personas físicas y jurídicas:** Sería deseable contar con una definición europea autónoma, aplicable a todos los instrumentos jurídicos comunitarios, del domicilio de las personas físicas, en especial para evitar situaciones en que una persona pueda tener más de un domicilio. Rechaza una definición uniforme de las sociedades en el Reglamento 44/2001 ya que una decisión de esta naturaleza debe debatirse y decidirse en el marco del desarrollo de la legislación europea sobre sociedades.

i) **Tipos de interés:** El Reglamento debería establecer una norma que impida a un tribunal de ejecución negarse a aplicar las normas automáticas sobre tipos de interés del tribunal del Estado de origen, aplicando en su lugar el tipo de interés nacional y únicamente a partir de la fecha de la resolución por la que se otorga la ejecución con arreglo al procedimiento excepcional.

j) **Propiedad industrial:** Para evitar el problema de las acciones «torpedo», debe liberarse al tribunal ante el que se haya presentado la segunda demanda de la obligación de suspender el procedimiento con arreglo a las normas sobre litispendencia cuando es evidente que el tribunal ante el que se haya presentado la primera demanda carece de competencia. Se rechaza, no obstante, la idea de que las acciones declarativas negativas deben excluirse por completo del principio de competencia del tribunal ante el que se presenta la primera demanda, ya que estas acciones pueden tener una finalidad comercial legítima. Se considera que las incoherencias terminológicas entre el Reglamento 593/2008 y el Reglamento 44/2001 deben eliminarse mediante la inclusión en el art. 15.1 del Reglamento 44/2001 de la definición del término «profesional», incorporado en el art. 6.1 del Reglamento 593/2008, así como mediante la sustitución de la expresión «[...] contrato de transporte, salvo en el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento» (art. 15.3 Reglamento 44/2001) por una referencia a la Directiva 90/314/CEE.

k) **Competencia en materia de contratos individuales de trabajo:** A la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Comisión debería considerar la posibilidad de encontrar una solución que aporte una mayor seguridad jurídica y la adecuada protección de la parte más vulnerable para los empleados que no ejercen su actividad en un único Estado miem-

bro (por ejemplo, conductores de camiones de transporte internacional o auxiliares de vuelo).

l) Derechos de la personalidad: El principio que se deriva de la sentencia Shevill debe precisarse. Para mitigar la supuesta tendencia de los tribunales de determinados Estados a declararse territorialmente competentes cuando la conexión con el Estado en el que se presenta la demanda es débil, debe añadirse un considerando que precise que, en principio, los tribunales de tal país sólo pueden declararse competentes si existe una conexión suficiente, sustancial o significativa con dicho país.

m) Medidas provisionales: Para garantizar un mejor acceso a la tutela judicial, las órdenes cuya finalidad sea obtener información y pruebas o proteger pruebas deben estar subsumidas en el concepto de medidas provisionales y cautelares. Debe atribuirse competencia para dichas medidas a los tribunales del Estado miembro donde se encuentre la información o las pruebas que se buscan, junto a la competencia de los tribunales competentes para el fondo. Las «medidas provisionales y cautelares» deben definirse en un considerando en los términos empleados en la sentencia *St. Paul Dairy*. La distinción hecha en la sentencia *Van Uden*, entre los asuntos en que el tribunal que acuerda las medidas es competente para el fondo y aquellos en que no lo es, debe sustituirse por el criterio que atiende a si las medidas se piden en apoyo de un procedimiento pendiente o que va iniciarse en dicho Estado miembro o Estado no miembro (en cuyo caso no deben aplicarse las restricciones del art. 31) o a si se piden en apoyo de un procedimiento en otro Estado miembro (en cuyo caso deben aplicarse las restricciones del art. 31). Insta a que se introduzca un considerando para superar las dificultades planteadas por el requisito reconocido en la sentencia *Van Uden* de un «vínculo de conexión real» con la competencia territorial del Estado miembro del tribunal que acuerda dicha medida, para aclarar que, al decidir si se acuerda, renueva, modifica o retira una medida provisional en apoyo de un procedimiento en otro Estado miembro, los tribunales nacionales deben tener en cuenta todas las circunstancias. El tribunal que conoce del fondo no debe poder retirar, modificar o adaptar las medidas provisionales acordadas por un tribunal de otro Estado miembro, ya que esto no estaría en consonancia con el principio de confianza mutua del Reglamento. Existen dudas sobre el fundamento para que un tribunal pueda revisar una resolución adoptada por un tribunal de otro Estado y sobre la ley que se aplicaría en estas circunstancias.

n) Recurso colectivo: El Parlamento insiste en que el próximo trabajo de la Comisión sobre los instrumentos de recurso colectivo puede requerir la consideración de normas de competencia especial para las acciones colectivas.

o) Asuntos varios: Habida cuenta de las dificultades específicas del Derecho internacional privado, de la importancia de la normativa de la UE sobre conflictos de leyes para las empresas, los ciudadanos y los abogados internacionales, y la necesidad de una jurisprudencia coherente, ha llegado el momento de crear una sala especial del Tribunal de Justicia que se ocupe de las decisiones prejudiciales relativas al Derecho internacional privado.

3. Dictamen del Comité Económico y Social

El 22 de septiembre se publicó en el DOCE [C 255/48] el Dictamen del Comité Económico y social sobre el «Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n.º 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento

y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil» [COM(2009) 175 final]. Las conclusiones y recomendaciones a las que llega el CESE son las siguientes:

a) Se comparte el punto de vista de la Comisión consistente en proceder a la supresión del *exequátur*, para facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales en el mercado interior y la ejecución de dichas resoluciones a los ciudadanos y a las empresas.

b) Se considera oportuna la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 a las resoluciones administrativas. Solicita a la Comisión que proceda a los estudios necesarios para suprimir los obstáculos actualmente existentes.

c) Se considera importante la adopción de medidas que faciliten la utilización transnacional del arbitraje, estando a favor del establecimiento de una norma de conflicto supranacional y uniforme relativa a la validez de los acuerdos de arbitraje que remitiera a la ley del Estado en que tiene lugar el arbitraje. Todo ello, sin cambiar nada del modo en que funciona la Convención de Nueva York o, al menos, tomándola como base para la adopción de nuevas medidas.

d) Se considera que un enfoque común de carácter supranacional, que establezca normas claras y precisas en materia de competencia internacional, reforzará la protección jurídica de los ciudadanos y garantizará la aplicación armoniosa de la legislación comunitaria de carácter vinculante. Para ello, deberían incluirse normas relativas a los demandados domiciliados en terceros países, crear normas de competencia subsidiaria, adoptar medidas para impedir la utilización de foro de conveniencia e impulsar la utilización de cláusulas tipo de elección de foro.

e) Deberían adoptarse normas que incrementen la seguridad jurídica y reduzcan los elevados costes que ocasiona la posibilidad de duplicación de litigios en materia de propiedad intelectual ante los tribunales nacionales.

f) Para los procesos judiciales en los que se diluciden derechos de carácter imperativo y tuitivo, como pueden ser los derivados del contrato de trabajo o las relaciones de consumo, se deberá modificar el Reglamento 44/2001, para permitir la acumulación de acciones judiciales que puedan hacer efectivo el ejercicio de acciones colectivas ante los tribunales de justicia.

II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL *

En el periodo cubierto por esta crónica no se ha producido la más mínima modificación de las normas procesales del Derecho de la Unión Europea. Tras los esfuerzos realizados en materia de procesos para el cobro de créditos sobre todo (reglamentos sobre el proceso monitorio, ejecución de créditos no impugnados y proceso de escasa cuantía), parece que las autoridades comunitarias han decidido darse un respiro, en espera de los resultados que den estos reglamentos en materia procesal.

* Profesor titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona.

De ser así, la decisión es procedente y, en lo sustancial, correcta. Los reglamentos citados son defectuosos en algunos aspectos clave, que ya se han ido denunciando en crónicas anteriores, y sería improcedente seguir legislando sin antes ver el resultado que han dado las normas ya en vigor, y los inconvenientes que han provocado los anunciados errores. Porque, sin duda, queda mucho por hacer. Y no exactamente en materia de mediación o de procesos colectivos, temáticas sobre las que sí existen proyectos en marcha, pero que quizás no tendrán la eficacia y frecuencia de uso que se desea, como de hecho, por desgracia, está sucediendo ya con los reglamentos sobre cuestiones crediticias antes mencionados.

Por citar una materia que podría ser verdaderamente útil, no sería descartable que en el futuro se pensara en un reglamento de arbitraje de consumo *on line*, que unificara y simplificara las oportunidades procesales de todos los ciudadanos de la Unión ante estas útiles jurisdicciones, que están llamadas a conocer de los litigios que con mayor frecuencia aquejan a los justiciables, sin que normalmente hallen una solución justa para sus reclamaciones. El hecho de poder celebrar un proceso casi enteramente en línea, salvo casos excepcionales, prescindiendo prácticamente por completo de los tribunales ordinarios, favorecería la confianza del consumidor en la prestación de servicios de una empresa radicada en otro Estado de la Unión. Y con ello se favorecería la transnacionalidad de la prestación de servicios de consumo, con la garantía de que por muy alejado que esté el servidor, el consumidor encontrará una solución rápida y prácticamente gratuita a su litigio.

No obstante, el tema es más complejo de lo que parece y no puede realizarse una regulación sobre el mismo con precipitación. Existe sobrada experiencia (en línea y presencial) sobre este tema, así como útil doctrina –aunque no siempre unánime– sobre los diversos aspectos de este arbitraje. Todo ello debería ser aprovechado en un futuro proyecto de reglamento. Pero también hay que pensar en cómo resolver una cuestión que también afecta a otros reglamentos de la Unión: cómo resolver los inconvenientes procesales que provoca la riqueza lingüística de la Unión, que debe ser en todo caso preservada. También existen mecanismos, no tan complejos, que pueden facilitar estas dificultades.

III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS *

- I. **Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas** (Bruselas, 1.7.2010, COM(2010)348 final). Accessible en: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm

Con el fin de reforzar el mercado interior, el Libro verde abre un proceso de consultas que pretende conocer cuál es la mejor opción para avanzar en

* Profesora Titular de Derecho civil, Universitat 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.

materia de Derecho contractual europeo. Los resultados deberán ser tenidos en cuenta por el grupo de expertos que actualmente trabaja en la reelaboración del Proyecto de Marco Común de Referencia (*vid.* crónica anterior, ADC, 2010, 3). Las consultas se publicarán en el sitio Internet de la Comisión (<http://ec.europa.eu/yourvoice/>).

En concreto la Comisión plantea cuál debe ser la naturaleza jurídica del instrumento de Derecho contractual europeo, qué tipo de contratos debería contemplar, y cuál debería ser su ámbito de aplicación material:

a) En cuanto a la naturaleza jurídica del instrumento, se plantean siete opciones: 1. Publicación de los resultados del grupo de expertos (que facilitaría su estudio y aplicación espontánea); 2. Una «caja de instrumentos» opcional para el legislador (también a disposición de los legisladores nacionales); 3. Una Recomendación de la Comisión sobre Derecho contractual europeo (al estilo de los Principios Unidroit, que tanto podría servir como modelo al legislador como servir de instrumento opcional para los contratantes); 4. Un reglamento que contenga un instrumento optativo sobre Derecho contractual europeo (el llamado «segundo régimen», *vid. infra*); 5. Una directiva sobre Derecho contractual europeo (que incorporaría las previsiones que finalmente acaben incorporándose en la Directiva horizontal sobre derechos de los consumidores); 6. Un Reglamento sobre Derecho contractual europeo; 7. Un Reglamento de Código civil europeo (que debería ir más allá del Derecho de contratos y regular materias como la responsabilidad civil, el enriquecimiento injusto y la gestión de negocios ajenos. No se menciona, sin embargo, ni el Derecho de familia ni de sucesiones, ni el inmobiliario).

Aunque las opciones se plantean en términos de exclusión, no parece que las tres primeras sean incompatibles o, en su caso, podría pensarse que la número 3 absorbe a las anteriores y que ésta, o, alternativamente, la número 4, representan las opciones que tradicionalmente se han barajado en relación con las funciones del MCR. Sin embargo, las tres primeras son insuficientes para lograr un elevado nivel de armonización, exactamente igual que la opción 5, aunque por razones distintas. Por ello, la propia Comisión toma partido a favor de su inconveniencia. La opción 4 es la que impulsa el Comité Económico y Social Europeo en su dictamen «Le 28^e régime – une option pour moins légiférer au niveau communautaire» (INT/499, de 27 de mayo de 2010; consultable en: <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.fr.opinions.10021>). A pesar de la referencia al «28 ordenamiento jurídico de la Unión europea», en realidad el dictamen pone el acento en su naturaleza de «segundo régimen», puesto que estaría llamado a coexistir con el ordenamiento jurídico nacional en cada país. Se trataría, de nuevo, de permitir a las partes la elección de uno u otro ordenamiento, pero nótese que ambos serían «derecho interno», dado que la forma de promulgación de tal instrumento opcional sería un reglamento. Tal opcionalidad es lo que diferencia esta alternativa de la número 6 que, por el contrario, obligaría a suprimir la diversidad de legislaciones nacionales. Si bien esto último genera problemas con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, sin embargo evita la proliferación de normas que, por el contrario, propicia la opción 4. La opción 7 parece quedar descartada de entrada, a la vista de los problemas competenciales que existen.

b) La pregunta relativa a qué tipo de contratos debería contemplar, se refiere al ámbito de aplicación subjetivo (¿tanto contratos de B2C como B2B?) y territorial (¿tanto contratos en el ámbito doméstico como transfronterizos?). En relación con la primera cuestión, la Comisión se inclina, con razón, por generalizar el instrumento a todo tipo de contratos, sin perjuicio de la incorporación de normas específicas de protección a los consumidores en algunos tipos contractuales específicos. En cuanto a la aplicación territorial, se dejan abiertas las dos posibilidades apuntadas, con sus respectivos pros y contras. Se advierte también que otra hipótesis sería limitar el instrumento al contexto específico de la contratación *on line* y, a pesar de que en ese caso la cuestión pierde importancia, tampoco se elimina la duda de cuál debiera ser su ámbito territorial de aplicación. Aunque el libro verde no lo plantea específicamente, la cuestión enlaza con la estrategia armonizadora planteada por la Comisaria Reding para la futura Directiva sobre los derechos de los consumidores, que sólo prevé la armonización máxima, en los contratos transnacionales, para determinados contratos atendiendo a su forma de conclusión y, entre ellos, los que se celebran a distancia (*vid.* anterior crónica, 2010, 3 y, recientemente, Speech/10/441, «Doing the Single Market Justice», Bruselas, 16 de septiembre de 2010; consultable en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/441&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>).

c) Finalmente, en lo que respecta al ámbito de aplicación material, se trata de saber cuál debería ser el contenido del instrumento: ¿se debe limitar al Derecho de contratos (*vgr.* definición de contrato, obligaciones precontractuales, formación, derecho de desistimiento, representación, causas de nulidad, interpretación, contenido y efectos de los contratos, cumplimiento, recursos por incumplimiento, pluralidad de deudores y acreedores, sustitución de partes, compensación y confusión, prescripción)? ¿O deben incluirse otras materias como el enriquecimiento injusto, la responsabilidad extracontractual, la adquisición y pérdida de la propiedad, o las garantías mobiliarias? En relación con el Derecho de contratos, se plantea, además, si junto a las disposiciones generales deberían incluirse disposiciones específicas para los tipos más usuales de contrato y, entre los más importantes para el mercado interior, el contrato de compraventa. Se descarta, con todo, una regulación general del contrato de servicios (a pesar de que ya está regulado en el MCR) y se propone una aproximación sectorial a sólo algunos contratos de servicios, en particular: leasing y seguros (materias ambas para las que también se cuenta con principios elaborados por los investigadores), dado –se alega– su proximidad con el contrato de compraventa.

II. Publicadas las síntesis de las conclusiones de los cinco primeros encuentros del Grupo de Expertos para la reelaboración del MCR

Los informes que dan cuenta de la evolución de los trabajos se encuentran disponibles en la página web de la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad (http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies_consumer_intro_en.htm).

- III. **Proyecto de opinión de la comisión de asuntos jurídicos para la comisión de mercado interior y protección del consumidor sobre la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre derechos de los consumidores [COM(2008)0614 – C7-0349/2008 – 2008/0196(COD)]** (disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+COMPARL+PE-445.885+02+DOC+PDF+V0//es&language=es>). Enmiendas, documento 13 de octubre de 2010 (<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/draftOpinionsCom/comparlDossier.do?dossier=JURI%2f7%2f00126&body=JURI&language=ES>)
- IV. **STJUE de 27 de enero de 2010, Inconsult Anstalt y la Autoridad del Mercado Financiero (Finanzmarktaufsicht): Concepto de «soporte duradero (DO C 305, de 11 noviembre 2010)**

La Comisión de Recursos de la Autoridad del Mercado Financiero (*Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht*), Liechtenstein, presenta una solicitud al Tribunal sobre la interpretación del artículo 2, apartado 12, de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros, en relación con los criterios por los que un sitio Internet puede considerarse un «soporte duradero».

El fallo es el siguiente:

- 1) Para que un sitio Internet pueda considerarse un «soporte duradero» en el sentido del artículo 2, apartado 12, de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros, debe permitir al cliente almacenar la información mencionada en el artículo 12 de la Directiva;
- 2) Para que pueda considerarse un «soporte duradero», un sitio Internet deberá permitir al cliente almacenar la información requerida en el artículo 12 de la Directiva de modo que ésta sea accesible durante un periodo de tiempo adaptado al objetivo de la información, es decir, mientras sea de interés para el cliente con el fin de proteger los intereses derivados de sus relaciones con el intermediario de seguro. Este periodo podría incluir el tiempo de duración de las negociaciones contractuales aún cuando no se concluya ningún contrato de seguro, el periodo en el que un contrato de seguro está en vigor y, en la medida en que sea necesario, el periodo siguiente a la expiración del contrato;
- 3) Para que pueda considerarse un «soporte duradero» un sitio Internet debe permitir la reproducción exacta de la información almacenada, es decir, la información ha de almacenarse de modo que sea imposible para el intermediario de seguro modificarla unilateralmente;
- 4) Para que un sitio Internet pueda considerarse un «soporte duradero» no tiene importancia alguna el hecho de que un cliente haya consentido o no de forma expresa en suministrar información a través de Internet.

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR *

1. *Draft Common Frame of Reference*

Como es sabido, en el DCFR 2009 aparecían algunas instituciones relacionadas con los derechos reales como la adquisición y pérdida del dominio de las cosas, garantías reales mobiliarias y los *trusts*. Pues bien, recientemente la Comisión Europea ha promulgado el Libro Verde sobre opciones políticas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para los consumidores y las empresas (de 1 de julio de 2010), en el que se barajan distintas posibilidades para, en su caso, la adopción de un instrumento futuro, que oscilan desde un instrumento no vinculante hasta un código civil europeo.

Además, la Comisión ha nombrado un grupo de expertos que ha de seleccionar aquellas materias del DCFR que finalmente serán objeto de armonización [COM(2010)348 final], con lo que sigue sin clarificarse el destino final del DCFR.

De ambos textos se extrae una clara orientación hacia el derecho de contratos, pero no queda descartada la posibilidad de que se incluyan materias conexas. Así el Libro Verde 2010 señala que: «Un instrumento de Derecho contractual europeo podría cubrir, amén de los asuntos enumerados en la sección 4.3.1, otros conexos como la restitución, la responsabilidad extracontractual, la adquisición y pérdida de dominio de bienes y la garantía de la propiedad de bienes muebles». Y, por su parte, la Decisión de 26 de abril de 2010 indica que el Grupo para la creación del marco común de referencia llevará a cabo su trabajo no sólo en base al DCFR y al *acquis communautaire* sino también «utilizando el proyecto de marco común de referencia como punto de partida y teniendo en cuenta otros trabajos de investigación realizados en este campo». De esta manera, los trabajos «oficiales» no quedan constreñidos al DCFR ni, dentro de él, a la materia de contratos, sino que pueden incluirse instituciones propias de los derechos reales, estén o no en el DCFR.

2. *Common Core de Trento*

Prosiguen los trabajos sobre derechos reales tras el *16th General Meeting Common Core of European Private Law* (<http://www.common-core.org>) de Julio de 2010 en Turín. Algunos libros están ya en proyecto de ser editados a la espera de los últimos cambios (el de propiedad horizontal) o de alguna actualización de *reports* debido al nuevo contexto jurídico-económico de crisis financiera mundial, especialmente por lo que se refiere a los *meta-legal formants* (como es obvio el caso para las hipotecas). De este modo, tenemos las siguientes obras: C. van der Merwe, F. Fiorentini and G. Watt (eds), *Security Rights in Immovable Property in European Law*; C. van der Merwe, R. Caterina and A. Verbeke (eds), *Time-Limited Interests in Land in European Law*; E. Cooke, L. Martínez and A. Pradi (eds), *Transfer of Immoveable Property in European Law*.

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

3. *Verband deutscher Pfandbriefbanken*

El grupo de la *Runder Tisch* auspiciada por la *Verband deutscher Pfandbriefbanken* y dirigida por el Dr. Otmar Stöcker prosigue con sus trabajos sobre la flexibilización de la hipoteca, con especial interés en la hipoteca sobre derechos de superficie, propiedades especiales y condominios. Destaca la publicación a mediados de 2010 de la 2ª edición revisada y extendida del Volumen III sobre *Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe*, cubriendo el estudio de la hipoteca de 22 jurisdicciones. La próxima reunión de la Mesa Redonda es a principios de diciembre 2010.

4. Libros

Como resultados de investigaciones en material de derechos reales en Europa, deben destacarse dos publicaciones que saldrán en breve (ambas en Sellier, para principios de 2011), lo que evidencia el creciente interés sobre el estudio de los derechos reales en Europa:

a) *Party Autonomy in International Property Law*, de Roel Westwrik y Jeroen van der Weide (eds.). Parte de la idea de que la autonomía de las partes no ha sido abiertamente admitida en el ámbito de los derechos reales. Los ordenamientos europeos y muchos del resto del mundo han basado la ley aplicable en el principio *lex rei sitae*. Este principio está en crisis dada la creciente necesidad de flexibilizar las operaciones transnacionales. Esto ha llevado a preguntarse sobre la eficacia de los derechos reales sobre muebles cuando se rebasan fronteras, si dichos derechos reales de un determinado ordenamiento deben ser reconocidos en otro ordenamiento, y cómo deben ser tratados en caso de concurso.

b) *The Future of European Property Law*, Sjer van Erp, Arthur Salomons y Bram Akkermans (eds.). Parte de la premisa de que la armonización europea tiene un creciente impacto en los sistemas de derechos reales en los Estados miembros. Las tensiones entre ellos son más elevadas que en otras áreas de derecho al ser muchas de sus reglas de derecho necesario. Son objeto de especial estudio los aspectos relacionados con el dominio y los derechos reales en el DCFR, los negocios garantizados y la hipoteca (incluyendo la eurohipoteca).

A estas importantes y crecientes contribuciones a la ciencia jurídica europea relacionada con los derechos reales debe añadirse la reciente tesis doctoral, defendida con éxito por el Dr. Héctor Simón en la Universidad Rovira i Virgili en julio 2010 y que lleva por título «La armonización de los derechos reales en Europa», donde realiza un estudio de cómo está la situación de la armonización de los derechos reales en Europa en la actualidad y, dentro de ello, realiza un profundo estudio de la eurohipoteca y de su relación con el derecho hipotecario español. El trabajo parte de la hipótesis de que los derechos reales son necesarios para conseguir las libertades comunitarias (que comprenden la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores, capitales y mercancías) en el mercado interior (artículo 26.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). La actual política legislativa de la Comisión Europea respecto al Derecho privado europeo se centra en el derecho contractual, lo que puede constatarse tanto de las directivas promulgadas en este ámbito en materia de consumo como de la voluntad de la Comisión de crear un Marco

Común de Referencia basado en el derecho de contratos, sin prestar demasiada atención a los derechos reales. Su fragmentaria regulación no permite a la Unión Europea alcanzar un auténtico mercado interior. La tesis realiza un estudio desde el derecho comparado e histórico: *a*) en primer lugar, propone las bases de un sistema de propiedad europea, así como una regulación adecuada de los derechos reales que permita a la Unión Europea la consecución de dichas libertades; y *b*) en segundo lugar, analiza un modelo de derecho real, como el de garantía real inmobiliaria previsto en las *Basic Guidelines for a Eurohypothec* (la eurohipoteca) y su incidencia en estas libertades, especialmente en el contexto actual de crisis. En el trabajo puede encontrarse abundante legislación, doctrina y jurisprudencia del proceso de armonización de los derechos reales en Europa.

5. Jurisprudencia

Finalizo esta crónica con la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) de 8 de julio de 2010 [TJCE 2010\222]. Caso Comisión Europea contra Portugal. Es un nuevo caso de las llamadas «acciones de oro». El Tribunal considera que en el supuesto de que se privatizan empresas públicas y el Estado se reserve el derecho de veto sobre las mismas, esta operación sólo es acorde con el derecho comunitario si responde a razones de interés público. Realiza para ello una interpretación del art. 295 Tratado Constitutivo CE (actual art. 345 Tratado del Funcionamiento de la UE) de tal manera que aunque éste indique que «el Tratado [...] no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros», «basta con recordar que, según reiterada jurisprudencia, dicho artículo no sustrae los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado, por lo que no puede invocarse para justificar obstáculos a las libertades previstas por el Tratado que sean consecuencia de privilegios que se atribuyan a los Estados miembros en su condición de accionistas de una empresa privatizada».

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS *

1. Un nuevo régimen económico matrimonial europeo: el Tratado bilateral entre Francia y Alemania de 4 de febrero de 2010

La firma en París, el 4 de febrero de 2010, de un Tratado bilateral entre la República Francesa y Alemania, instaurando un régimen económico matrimonial común constituye un hito muy importante para el Derecho de familia europeo. Son varias las perspectivas desde las que es de interés dicho Tratado. De una parte, el propio contenido y condiciones de aplicabilidad del nuevo régimen económico presentan importantes novedades. De otra parte, la iniciativa franco-alemana puede ser de interés para el Derecho de familia europeo y el Derecho Privado europeo, en general, habida cuenta de las limitaciones de la competencia comunitaria para avanzar en la unificación y armonización del Derecho material. Finalmente, y puesto que el carácter

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

abierto del Tratado permite que pueda ser ratificado por los demás Estados miembros, convendría plantearse la oportunidad de una eventual ratificación española, que se vería, no obstante, condicionada por el carácter plurilegislativo del Derecho Privado español.

El Convenio sobre el régimen matrimonial común franco-alemán es fruto de la cooperación especial que desde 1963 mantienen Francia y Alemania. Las bases de dicha cooperación se establecen en el Tratado del Eliseo (<http://www.deutschland-frankreich.diplo.de>). En 2003, con ocasión de la celebración del cuadragésimo aniversario de dicho Tratado, se acordó una cooperación especial en el marco de la Unión Europea. Francia y Alemania decidieron actuar como motores de la integración y, entre otras acciones, preconizar la armonización de sus respectivos Derechos civiles, en particular, en el ámbito del Derecho de familia. El primer resultado de dicha cooperación es el Tratado bilateral estableciendo un régimen económico matrimonial común, que tras su firma en febrero de 2010 deberá ser ratificado por ambos Estados.

El Convenio contiene disposiciones de Derecho sustantivo estableciendo un régimen económico matrimonial legal. Dichas reglas se incorporarán a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, que, por consiguiente, acabarán conteniendo normas uniformes en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges. Un aspecto irresuelto es la interpretación uniforme del régimen común, que no está garantizada pues no existe un Tribunal superior común. En este sentido, convendría articular en un futuro algún sistema de comunicación de las decisiones judiciales que recaigan en los distintos Estados parte del Tratado e inspirarse en las soluciones de otros textos uniformes como el Convenio de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías o los Principios *Unidroit* en materia de contratos internacionales.

El régimen económico matrimonial que el Tratado establece será aplicable siempre que las relaciones económicas de los cónyuges se rijan por el Derecho francés o alemán y los cónyuges hayan elegido dicho régimen en la forma legalmente establecida, pues se trata de un régimen legal de carácter opcional, cuya aplicación dependerá de un acto voluntario por parte de los cónyuges. La forma legal de dicho acuerdo se somete a las normas designadas por el Derecho internacional privado, que en esta materia es todavía nacional. Tratándose de un régimen opcional no es previsible una aplicación mayoritaria, pues en la práctica son pocas las parejas que otorgan capitulaciones e incluso entre las que las otorgan probablemente sea minoritaria la elección del nuevo régimen.

Ha de destacarse que el régimen es aplicable en supuestos internos e internacionales. En este último caso, su aplicabilidad depende de que las normas de Derecho internacional privado, sean las francesas, las alemanas o las de un Estado tercero, designen al Derecho material francés o alemán. El régimen podría, por tanto, regir las relaciones económicas entre dos cónyuges franceses o alemanes, o con residencia habitual en Francia o Alemania en el momento del otorgamiento de las capitulaciones, si como consecuencia de la aplicación del art. 9.3 del Código Civil español rigiera el Derecho francés o alemán.

Un análisis de las condiciones de aplicabilidad revela el carácter limitado del impacto del Tratado. En primer lugar, y como ya se ha apuntado, el régimen matrimonial común no desplaza a los regímenes supletorios sino que es simplemente un régimen legal opcional que se añade a los que se regulan en los respectivos Códigos civiles. Su éxito dependerá de que consiga en la práctica abrirse un hueco. Conviene, además, tener presente que pese a que las partes lo hayan elegido en un momento en el que sus relaciones económicas se regían por el Derecho alemán o francés, no está garantizado que tal

elección sea respetada con posterioridad. En el Reino Unido, por ejemplo, la reciente decisión de 20 de octubre de 2010 del Tribunal Supremo en el asunto *Radmacher c. Granatino* confirma que las relaciones económicas de una pareja residente en Inglaterra se regulan conforme al Derecho inglés, si bien la existencia de capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero podrá ser tenida en cuenta por los tribunales ingleses en el ejercicio de las facultades discrecionales de las que disponen para realizar un reparto equitativo en caso de divorcio.

El régimen que el Tratado establece es un régimen de participación inspirado tanto por el régimen alemán supletorio de la *Zugewinnngemeinschaft* como por el régimen opcional francés de la *participation aux acquêts*. No se trata de un régimen especialmente concebido para los matrimonios internacionales. El principal atractivo que para este tipo de parejas presenta el régimen deriva no tanto de sus características intrínsecas, como de su carácter uniforme, pues en la práctica la aplicación de Derecho extranjero presenta muchas dificultades. En el Informe explicativo que acompaña al Tratado se pone de manifiesto que, como consecuencia de dichas dificultades, las parejas francesas que adquieren bienes inmuebles en Alemania someten a dichos bienes a un régimen económico matrimonial alemán a fin de poder inscribir la adquisición en el Registro de la propiedad alemán. Ello implica el fraccionamiento de las relaciones económicas conyugales, pues el resto de bienes continúa rigiéndose por el Derecho francés. Tal necesidad desaparecería, según los relatores, en caso de que las relaciones económicas entre los cónyuges se sometieran al régimen común. Se trata, no obstante, de un paliativo con importantes limitaciones. En primer lugar, porque las dificultades a las que se alude continuaran siendo experimentadas por aquellas parejas, que son mayoría, sujetas al régimen legal supletorio. Y en segundo término, porque el remedio para evitar dichas dificultades exige que se opte por un régimen económico matrimonial, que, sobre todo desde la perspectiva francesa, resulta relativamente desconocido para los operadores jurídicos y, en general, se considera excesivamente complejo. Por tanto, entendemos que sigue estando pendiente la tarea de intentar atajar de manera directa las dificultades que se presentan en el ámbito registral. No parece, en efecto, lógico que en una época en la que puede inscribirse sin problemas una forma societaria extranjera la inscripción de un régimen económico matrimonial extranjero resulte tan dificultosa.

El nuevo régimen matrimonial común contiene algunas soluciones modernas que no lograron imponerse en la reciente reforma de la *Zugewinnngemeinschaft* del año 2009. Por este motivo, podría ser especialmente atractivo para las parejas alemanas en supuestos internos. A título de ejemplo puede señalarse que las indemnizaciones por daños físicos o morales recibidas con posterioridad a la entrada en vigor del régimen no se computan en el patrimonio inicial del cónyuge receptor, tal y como se establece en el régimen alemán. Son también importantes las diferencias por lo que respecta a la valoración del patrimonio inicial. Si bien se adopta como regla general la solución alemana de determinar el valor del patrimonio inicial en la fecha de entrada en vigor del régimen, se introduce una importante excepción inspirada en el Derecho francés por lo que respecta a la valoración de los bienes inmuebles. Respecto a estos bienes, que generalmente son los de mayor importancia económica, el valor se determina en la fecha de finalización del régimen, de manera que los incrementos de valor no computan como incrementos patrimoniales que hay que repartir. Ello se justifica porque tales incrementos sue-

len tener causas ajenas a las relaciones conyugales. Finalmente otro aspecto destacable es que se establece que, como regla, cada uno de los cónyuges debe poder continuar disfrutando de la mitad de su patrimonio tras la disolución del régimen, lo que implica establecer un límite cuantitativo al derecho de participación del otro cónyuge.

Como ya se ha señalado con anterioridad, el Tratado inaugura un nuevo método para proceder a la unificación de determinados ámbitos del Derecho civil material. Pese a que desde el Tratado de Lisboa la cooperación en materia civil puede incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (art. 81.1 TFUE), en materia de Derecho de familia rige la regla de la unanimidad (art.81.3 TFUE), que en la práctica imposibilita la armonización del Derecho material de la persona y la familia. De ahí, que la vía intergubernamental parezca idónea para poder avanzar e incluso se haya preconizado su utilización en otros ámbitos del Derecho Privado. Sin embargo, desde otra perspectiva resulta criticable el carácter bilateral de la iniciativa, pues los demás Estados eventualmente interesados en la iniciativa no han participado en la elaboración del texto y su única opción es aceptarlo o rechazarlo. De generalizarse la vía iniciada por Alemania y Francia se produciría además una proliferación de textos bilaterales y un incremento del número de regímenes económicos matrimoniales legales existentes en Europa. Podría asimismo señalarse que en tanto el Libro verde en materia de régimen económico matrimonial plantea la opción de establecer un régimen matrimonial europeo se trata de una iniciativa prematura.

Puesto que el Tratado está abierto a la firma y ratificación de los demás Estados miembros de la Unión, sería conveniente estudiar seriamente su eventual ratificación por parte española. No debe desconocerse que las relaciones con Francia y Alemania son especialmente intensas y que existe un número importante de parejas mixtas o residentes en dichos países que podrían estar eventualmente interesadas en dicho régimen. Por otro lado, el régimen de participación es un régimen legal en alguno de los Derechos españoles como en el Derecho civil común y el Derecho catalán, por lo que bastaría con ajustar las disposiciones relativas a dicho régimen a las disposiciones del Tratado bilateral. Evidentemente una cuestión a tener especialmente en cuenta, de estimarse oportuna su ratificación, es el carácter plurilegislativo del Derecho español en materia de régimen económico, pues no es aceptable que la ratificación del Tratado sustraiga la materia a los legisladores forales. El Derecho de los Tratados conoce, sin embargo, fórmulas para ratificar un Tratado internacional solo respecto a una parte de las unidades autónomas que forman un Estado. Estas fórmulas son regularmente utilizadas por Estados plurilegislativos como Canadá o el Reino Unido. También este aspecto resultaría novedoso para el Derecho español y abriría nuevas perspectivas. Exigiría, no obstante, que el legislador español asumiera su carácter de legislador neutro y «supraforal» en determinadas materias, lo que en el actual clima político no parece fácil.

La iniciativa franco-alemana es una iniciativa valiente. Genera dificultades no menores, que se han puesto parcialmente de manifiesto en esta presentación, pero se trata de una iniciativa de riesgos limitados habida cuenta del carácter opcional del régimen. En cualquier caso demuestra que dos de los motores de Europa no descartan la armonización e incluso uniformización de sectores del Derecho civil. Ello en sí mismo constituye un gran avance.

2. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2010, asunto C-400/10 PPU, J. McB c. L.E.

De entre las decisiones dictadas por el Tribunal de Justicia sobre el Reglamento 2201/2003 (Reglamento Bruselas II bis), la sentencia McB destaca por su significado para el Derecho europeo de la familia, pues plantea hasta qué punto los objetivos del Reglamento son compatibles con el contenido de un determinado Derecho de familia nacional.

La intervención del Tribunal de Justicia se produce como consecuencia de la ruptura de una pareja de hecho formada por un ciudadano irlandés y una ciudadana británica, que durante más de diez años cohabitaron en distintos lugares y tuvieron tres hijos en común. Tras la ruptura, la madre abandonó el domicilio común, situado en Irlanda, trasladándose, sin el consentimiento paterno, con los niños al Reino Unido. El padre intentó infructuosamente instar el retorno de los menores al amparo del Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, que forman en esta materia un bloque normativo que ha de aplicarse conjuntamente [*vid.* arts. 11.1 y 60 e) del Reglamento].

En el contexto del procedimiento de retorno, la *High Court of Justice of England and Wales* solicitó una decisión irlandesa que declarara la ilicitud del traslado. En primera instancia, la *High Court* de Irlanda declaró que el traslado no era ilícito porque conforme al Derecho irlandés, el solicitante del retorno carecía de derechos de custodia. El padre de los niños recurrió en apelación al Tribunal Supremo de Irlanda, que es quien plantea la duda acerca de la compatibilidad de su propio ordenamiento con el Reglamento 2201/2003, apuntando la posible incidencia del art. 7 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (derecho a la vida privada).

Conforme estipulan tanto el Reglamento 2201/2003 como el Convenio de La Haya de 1980, la ilicitud del traslado de un niño deriva de que dicho traslado infrinja los derechos de custodia de otra persona, institución u organismo, definiéndose dichos derechos de manera autónoma como el derecho al cuidado cotidiano del niño y, en especial, el derecho a determinar su lugar de residencia (art. 2.7 del Reglamento). Por tanto, que el Sr. J. McB tuviera o no acción para solicitar el retorno de sus hijos a Irlanda acaba dependiendo de que el Derecho irlandés, como Derecho del lugar de residencia habitual de los niños con anterioridad al traslado, otorgue al solicitante del retorno el derecho a determinar el lugar de residencia de los niños. Mientras que en algunos ordenamientos como en el español el estado civil carece de relevancia, en otros ordenamientos, como en el irlandés el padre de hijos nacidos fuera del matrimonio carece de derecho *ex lege* a determinar el lugar de residencia de los niños, siendo necesaria la obtención de una decisión judicial. Lo que se plantea en esta decisión es la compatibilidad de dicha regulación con el Reglamento comunitario, teniendo en cuenta la incidencia del derecho a la vida familiar reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales, pues el padre de los menores trasladados no había instado el otorgamiento de derechos de custodia.

El Tribunal de Justicia acaba afirmando la compatibilidad del Derecho sustantivo irlandés con el Reglamento esencialmente en virtud de dos argumentos. Se señala, en primer lugar, que la necesidad de interpretar de manera autónoma los conceptos del Derecho comunitario no alcanza a dichos conceptos en la medida en que remitan al Derecho de los Estados miembros. En este sentido se resalta que mientras que en el Reglamento se determina el

contenido del derecho de custodia, la determinación de sus titulares se deja en manos del derecho vigente en el Estado de la Unión en el que el niño tuviera su residencia habitual inmediatamente antes del traslado. Por tanto, la interpretación autónoma no alcanzaría a tal extremo.

Por lo que respecta a la eventual incidencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se descarta, aludiendo a que la misma rige solo cuando se aplica el Derecho de la Unión y no cuando se está aplicando el Derecho de sus Estados miembros. Por otro lado, y teniendo en cuenta que por lo que respecta al derecho a la vida familiar se produce una correspondencia entre la Carta Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos que obliga al Tribunal de Justicia de la Unión a interpretar dicho derecho de la misma forma en que lo hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se aduce que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha venido considerando que no es incompatible con el Derecho de los Estados miembros que la adquisición de la responsabilidad parental se subordine a la obtención de una decisión judicial en caso de que los progenitores de un niño no estén casados. Solo en aquellos supuestos en los que la madre tiene un derecho de veto absoluto sobre la adquisición paterna de la responsabilidad parental se apreciaría violación del Convenio Europeo, tal y como ha constatado recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Zaunegger c. Alemania* (sentencia de 3 de diciembre de 2009).

VI. DERECHO ANTIDISCRIMINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ *

I. Directivas

Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo (DOUE L180 de 15 de julio de 2010)

En la Exposición de Motivos de esta Directiva se afirma que la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan actividad autónomas, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad (DO L 359 de 19 de diciembre de 1986) no ha sido eficaz y su ámbito de aplicación debe reconsiderarse. Por ello, en aras a la claridad, la Directiva 2010/41/UE deroga la Directiva 86/13/CEE con efectos a partir del 5 de agosto de 2012 (art. 17 Directiva 2010/41/UE).

La presente Directiva no debe aplicarse a las materias ya cubiertas por otras Directivas que llevan a la práctica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres como la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DOUE L 373, de 21 de diciembre de 2004). Tampoco a Directivas que regulan la aplicación

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

del principio de igualdad de trato que abarcan las actividades autónomas como la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DOUE L 6 de 10 de enero de 1979) o la Directiva 2006/54/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DOUE L 204 de 26 de julio de 2006).

El ámbito de aplicación de la Directiva (art. 2) son los trabajadores autónomos, es decir, las personas que ejerzan, en las condiciones establecidas en la legislación nacional, una actividad lucrativa por cuenta propia. También los cónyuges de los trabajadores autónomos o, en la medida en que estén reconocidas en la legislación nacional, sus parejas de hecho, que no sean empleados o socios de estos últimos, y que participen, de manera habitual y en las condiciones establecidas por el Derecho nacional, en las actividades del trabajador autónomo efectuando, bien las mismas tareas, bien tareas auxiliares.

El principio de igualdad de trato significa que no se practicará discriminación alguna por razón de sexo en los sectores público y privado, ya sea directa o indirectamente, por ejemplo en relación con la creación, el equipamiento o la ampliación de una empresa o con el inicio o la ampliación de cualquier otra forma de actividad autónoma (art. 4.1). Con el objeto de impedir la discriminación por razón de sexo, la Directiva se aplicará tanto a supuestos de discriminación directa como indirecta y los supuestos de acoso y acoso sexual se consideran formas de discriminación.

En relación a la acción positiva, el art. 5 de la Directiva establece que los Estados miembros podrán mantener o adoptar medidas con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, por ejemplo, para fomentar iniciativas de actividad empresarial entre las mujeres, o para evitar o compensar desventajas en la carrera profesional de las personas de determinado sexo.

Por otra parte, los Estados miembros tomarán medidas para que las condiciones de constitución de una sociedad entre cónyuges o, en la medida en que las reconozca la legislación nacional, entre parejas de hecho no sean más restrictivas que las de constitución de una sociedad entre otras personas (art. 6).

Cuando en un Estado miembro exista un sistema de protección social de trabajadores autónomos, el Estado tomará medidas para asegurar que los cónyuges o parejas de hecho de aquéllos puedan disfrutar de protección social con arreglo al Derecho nacional, si bien los Estados miembros deberán decidir si dicha protección social se aplica de forma obligatoria o voluntaria (art. 7).

Respecto a las prestaciones por maternidad, el art. 8 de la Directiva establece que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras autónomas, las cónyuges o parejas de hecho de los trabajadores autónomos disfruten de un subsidio por maternidad que les permita interrumpir su actividad por causa de embarazo o maternidad durante por lo menos 14 semanas, si bien los Estados miembros podrán decidir si dicho subsidio se concede de forma obligatoria o voluntaria. Los Estados miembros tomarán, además, ya sea de forma alternativa o complementaria al subsidio, las medidas necesarias para que las trabajadoras autónomas, las cónyuges y las parejas de hecho tengan acceso a servicios que ofrezcan sustituciones temporales o a los servicios sociales existentes en el país.

Los Estados miembros deberán garantizar la existencia de procedimientos judiciales o administrativos, incluidos, si se considera oportuno, procedimien-

tos de conciliación, para hacer que se cumpla la presente Directiva. Éstos deben ser accesibles a toda persona que considere que ha sufrido pérdidas o daños por haberse vulnerado el principio de igualdad de trato, incluso aunque haya terminado la relación en la que se considere que ha sufrido la discriminación.

Respecto a la indemnización o reparación, el art. 10 de la Directiva establece: «*Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori.*».

Por tanto, la indemnización, que debe ser real y efectiva, tendrá carácter disuasorio y proporcional al perjuicio sufrido. La utilización del término indemnización «disuasoria» parece hacer referencia a la función preventiva que cumple, junto a su función principal reparadora, la responsabilidad civil. Por ello, surge la duda de si con ello se podría dar entrada a la aplicación de los denominados «*punitives damages*» propios del derecho anglosajón.

Por otra parte, la prohibición de que la indemnización esté limitada por un tope máximo fijado *a priori*, elimina la posibilidad de fijar baremos indemnizatorios e implica que la indemnización debe guiarse por el principio de reparación integral del daño.

Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el organismo correspondiente sea competente para la promoción, análisis, seguimiento y apoyo entre todas las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva (art. 11) y velará por que las disposiciones de la Directiva se pongan en conocimiento de los interesados por todos los medios apropiados (art. 13).

La Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 18). Los Estados miembros deberán adaptar la Directiva antes del 5 de agosto de 2012 si bien, cuando así lo justifiquen dificultades particulares, dispondrán de un periodo adicional de dos años para cumplir con lo dispuesto en el art. 7 de la Directiva y en relación a los cónyuges y parejas de hecho con el art. 8 de la Directiva (art. 16). En cualquier caso, el nivel de protección de la Directiva establece un mínimo de manera que los Estados miembros no podrán tomar medidas que no garanticen la protección establecida pero sí podrán dictar disposiciones más favorables (art. 14). Con el objeto de conseguir la transversalidad de la perspectiva de género, los Estados miembros tendrán en cuenta el objetivo de la igualdad en la elaboración y aplicación de todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas (art. 12).

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

STJUE (Sala Cuarta) de 29 de julio de 2010, Asunto C-577/08 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE, por el *arbeidshof te Antwerpen* (Bélgica), mediante resolución de 18 de diciembre de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de diciembre de 2008, en el procedimiento entre *Rijksdienst voor Pensioenen* y *Elisabeth Brouwer*

La Sra. Brouwer, de nacionalidad y con domicilio belga, trabajó en los Países Bajos como trabajadora fronteriza desde el 15 de agosto de 1960 al 31 de diciembre de 1998. A partir del 1 de enero de 1999 dejó de trabajar y

empezó a percibir prestaciones en concepto de jubilación anticipada en Bélgica. Sin embargo, el 1 de junio de 2004 la Sra. Brouwer impugnó el importe de la pensión que le había sido concedido por entender que su cálculo se basaba en salarios ficticios y/o globales que, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1968 y el 31 de diciembre de 1994, eran inferiores para las trabajadoras que para sus colegas masculinos.

El Gobierno belga alegó en sus observaciones escritas que no existía tal discriminación por cuanto en dicho periodo existía una diferencia considerable entre trabajadores y trabajadoras, empleados en diferentes sectores, en lo que respecta a la retribución, a menudo con un plan de trabajo reducido para las mujeres todo lo cual se traducía en que la retribución que había que tomar en consideración para el cálculo de los salarios medios sobre los que determinar las pensiones era diferente. Sin embargo, el Gobierno belga cambió su postura en la vista reconociendo la existencia de una desigualdad de trato y afirmó que se habían llevado a cabo las gestiones oportunas para su corrección y para adecuarse a la Directiva 79/7. Solicitaba, además, que se limitaran en el tiempo los efectos de la sentencia dado que concurrían los requisitos de buena fe en el supuesto de interpretación errónea de una disposición de Derecho comunitario y la existencia de un riesgo de repercusiones económicas graves de dicha sentencia para el Estado miembro en cuestión.

El Tribunal entiende que durante el periodo comprendido entre el 23 de diciembre de 1984 y el 31 de diciembre de 1994, aunque no antes, el reino de Bélgica incumplió las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 79/7 en lo que respecta al cálculo de pensiones de jubilación al aplicar, hasta el 1 de enero de 1995, para un mismo trabajo o trabajo de igual valor un método de cálculo discriminatorio basado en salarios diarios ficticios y/o globales superiores para los trabajadores fronterizos masculinos que los utilizados en el caso de las trabajadoras fronterizas. Por ello, concluye que el art. 4.1 de la Directiva 79/7 se opone a la normativa nacional belga analizada. Entiende además que no pueden limitarse en el tiempo los efectos de la sentencia pues no se ha demostrado la existencia de una incertidumbre objetiva en cuanto al alcance del art. 4.1 de la Directiva 79/7 y que, limitar los efectos sobre la base de la mera existencia de repercusiones económicas graves, supondría un menoscabo sustancial de la protección jurisdiccional de los derechos que los particulares obtienen del Derecho comunitario.

STJUE (Sala Tercera) de 15 de julio de 2010, asunto C-70/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE por el Verwaltungsgerichtshof (Austria), mediante resolución de 21 de enero de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 2009, en el procedimiento entre Alexander Hengartner, Rudolf Gasser y Landesregierung Vorarlberg

El 8 de enero de 2002 los Sres. Hengartner y Gasser, nacionales suizos, celebraron con una sociedad de caza un contrato de arrendamiento de un coto de caza sito en Austria por una duración de seis años reuniéndose allí periódicamente para cazar. Mediante resolución de la Administración tributaria del Land de Vorarlberg de 1 de abril de 2007 se giró a los demandantes en el litigio principal liquidación del impuesto sobre la caza aplicándoseles un tipo de gravamen del 35 % de la base imponible. Los demandantes iniciaron acciones administrativas y judiciales por entender que la caza constituye una

actividad económica y por ello, para evitar una discriminación por nacionalidad, se les debía haber aplicado un tipo de gravamen del 15 %.

La Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra, firmaron, entre otros, el Acuerdo sobre la libre circulación de personas (LCEur 2002/1102) uno de cuyos objetivos es conceder a favor de los nacionales de los Estados miembros y de la Confederación Suiza, un derecho de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, de establecimiento como trabajador autónomo y el derecho de residir en el territorio de las partes contratantes, y en particular liberalizar la prestación de servicios de corta duración. Mediante la cuestión prejudicial se solicita que se dilucide si las disposiciones del acuerdo se oponen a que un Estado miembro perciba de los ciudadanos suizos un impuesto regional cuando el tipo de gravamen que se aplica a estos últimos es más elevado que aquél al que están sujetos los nacionales de los Estados miembros de la Unión.

El art. 2 del Acuerdo contempla el principio de no discriminación pero no prohíbe con carácter general y absoluto toda discriminación de los nacionales de una de las partes contratantes que residen en el territorio de la otra parte sino únicamente las discriminaciones basadas en la nacionalidad siempre que la situación de dichos nacionales esté incluida dentro del ámbito de aplicación material de las disposiciones de los anexos I a III del mismo Acuerdo. Y en ellos no existe ninguna norma específica cuya finalidad sea que los destinatarios de servicios se beneficien del principio de no discriminación en el marco de la aplicación de normas tributarias relativas a transacciones comerciales que tienen por objeto una prestación de servicios.

A mayor abundamiento el Tribunal declara que la Confederación Suiza no se adhirió al mercado interior de la Comunidad, que tiene por objeto suprimir todos los obstáculos para crear un espacio de libertad total de circulación que comprende, entre otras cosas, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento. Por ello, la interpretación de las normas de Derecho comunitario relativas a dicho mercado interior no puede extenderse automáticamente a la interpretación del Acuerdo salvo que él mismo contenga disposiciones expresas en ese sentido.

Por consiguiente, el Tribunal concluye que las disposiciones del Acuerdo no se oponen a que un nacional de una de las partes contratantes sea sometido en el territorio de la otra parte contratante, en cuanto destinatario de servicios, a un tratamiento diferente al que reciben las personas que tienen su residencia principal en dicho territorio, los ciudadanos de la Unión y las personas que se asimilan a éstos en virtud del derecho de la Unión, en lo que atañe a la recaudación de un impuesto que grava una prestación de servicios, como es la cesión de un derecho de caza.

STSJUE (Sala Tercera) de 1 de julio de 2010, asunto C-194/08, que tiene por objeto una petición de decisión planteada, con arreglo art. 234 CE, por el Verwaltungsgerichtshof (Austria), mediante resolución de 28 de marzo de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de mayo del 2008, en el procedimiento entre Susanne Gassmayr y Bundesminister für Wissenschaft und Forschung

La demandante trabajó desde el 1 de enero de 1995 como médico interno en la clínica universitaria de anestesia de la Universidad de Graz donde percibía un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de

trabajo durante las horas extraordinarias que efectuaba además de las ordinarias. Mediante escrito de 9 de febrero de 2004, dirigido a su empresario, la demandante expuso que, aunque durante el periodo de prohibición de trabajar debido a su condición de mujer embarazada y después a causa del permiso de maternidad, no le fue posible prestar los servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo, tenía derecho a reclamar el pago de un complemento correspondiente al promedio de las prestaciones realizadas de disponibilidad en el lugar de trabajo. Dicha solicitud fue denegada por el empresario.

El Tribunal nacional plantea al TSJUE si el art. 11 puntos 1, 2 y 3 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 (LCEur 1992/3598), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia tiene eficacia directa y, de ser ello así, si deben interpretarse estas disposiciones en el sentido de que durante el periodo de prohibición de trabajar por embarazo o por maternidad se mantiene el derecho a percibir un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.

El TSJUE declara que, según reiterada jurisprudencia, en todos los casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, ya sea porque éste no haya adaptado el derecho nacional a la directiva en el plazo señalado o bien porque lo haya hecho de forma incorrecta. Las disposiciones del art. 11 puntos 1, 2 y 3 de la Directiva 92/85 cumplen los requisitos necesarios para tener efecto directo por lo que crea a favor de los particulares derechos que éstos pueden invocar frente a un Estado miembro que no haya adaptado la legislación nacional a la directiva o lo haya hecho incorrectamente, derechos que los tribunales nacionales están obligados a proteger.

Sin embargo, afirma que el análisis de dicho art. 11 de la Directiva 92/85 y del objetivo de protección de seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o está en periodo de lactancia, pone de manifiesto que una trabajadora embarazada como la del litigio que está dispensada provisionalmente de trabajar y cuya remuneración correspondiente al salario anterior a dicha dispensa se compone de un salario base y ciertos complementos, entre ellos el de la obligación de disponibilidad, no tiene derecho en virtud de dicha disposición al pago de dichos complementos. Ahora bien, si bien es cierto que dicha interpretación permite cierto margen de apreciación a los Estados miembros para definir las condiciones de remuneración, no puede nunca comprometer el mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada pues de lo contrario se vulnerarían los objetivos de la Directiva.

Las mismas consideraciones hace el Tribunal respecto de la percepción de dicho complemento durante el permiso por maternidad pues conforme al art. 11 puntos 2 y 3 de la Directiva 92/85, el empresario debe garantizar durante el permiso de maternidad el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada, y los ingresos garantizados a la trabajadora durante ese permiso, ya se abonen como una prestación, como una remuneración o como una combinación de ambas. Cuando un trabajador dis-

fruta de un permiso de maternidad la protección mínima exigida por la Directiva 92/85 en su art. 11.2 y 3, no supone, por tanto, el mantenimiento íntegro de la remuneración de la interesada ni el pago del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo sino el mantenimiento de una remuneración adecuada. Por ello, una obligación nacional en ese sentido no es contraria al art. 11 de la Directiva 92/85.

III. Otros documentos

Comunicación de la Comisión, por la que se hace una Declaración de la Comisión Europea con motivo de la Internacional de 2010 Día de la Mujer en conmemoración del 15.º aniversario de la adopción de una Declaración y Plataforma de Acción en la Conferencia Mundial de Beijing sobre la mujer de las Naciones Unidas y del 30.º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer

La Comisión declara como principios a seguir para la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres:

1. Igual independencia económica. La discriminación, los estereotipos educacionales, segregación del mercado laboral, condiciones de empleo precarias, trabajo a tiempo parcial involuntario y el desequilibrio en la responsabilidad de las cargas familiares afectan a las oportunidades vitales y la independencia económica de las mujeres. Por ello, debe asegurarse que las mujeres utilizan todo su potencial y habilidades para facilitar una mejor distribución de género en el mercado de trabajo y la realización de trabajos de mayor calidad por las mujeres.

2. Igualdad de salario a igual trabajo o trabajo de igual valor. Las mujeres en la UE todavía perciben un 18% menos de remuneración por hora trabajada lo cual repercute en su vida laboral pero también en su jubilación, en el acceso a la financiación y en el mayor riesgo de pobreza. La Comisión reitera su compromiso para la promoción de instrumentos legislativos y extralegislativos para eliminar las diferencias salariales por género.

3. Igualdad en la toma de decisiones. La Comisión afirma que la mujer todavía no tiene acceso en condiciones de igualdad a los puestos de poder y toma de decisiones. Por ello, se compromete a utilizar sus facultades, incluidas las medidas de incentivos de la Unión, para promover el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad y que ello tenga reflejo también en la propia Comisión.

4. Dignidad, integridad y fin de la violencia de género. La Comisión reitera su compromiso en la garantía de los derechos fundamentales y en la eliminación de desigualdades de género en el acceso a los servicios de salud. Europa no puede permitir la violencia de género y por ello debe procurar una comprehensiva y efectiva estructura policial para evitarla. Europa debe luchar contra la mutilación genital y otras formas de violencia.

5. Igualdad de género más allá de la Unión. El objetivo de la igualdad no debe limitarse al ámbito de la Unión Europea sino que debe incorporarse también en las relaciones de política exterior con otros Estados.

VII. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

JAVIER POU DE AVILÉS SANS *

1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Sala 3.^a), de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08, que tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Audiencia Provincial de Barcelona mediante Auto de 15 de septiembre de 2008, en el procedimiento entre Padawan, S.L. y Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), y en el que participan: Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Asociación de Artistas Intérpretes o Ejecutantes – Sociedad de Gestión de España (AIE), Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO)

1) El concepto de «compensación equitativa», que figura en un precepto de una directiva que no efectúa ninguna remisión a los Derechos nacionales, debe considerarse un concepto autónomo de Derecho de la Unión y ha de interpretarse de manera uniforme en el territorio de ésta. Si bien los Estados miembros pueden, en virtud del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, decidir con carácter facultativo acerca del establecimiento de una excepción de copia privada al derecho exclusivo de reproducción del autor, consagrado por el Derecho de la Unión, aquellos que utilicen dicha facultad deben regular el abono de una compensación equitativa a favor de los autores perjudicados por la aplicación de dicha excepción. Ahora bien, una interpretación según la cual los Estados miembros que han establecido tal excepción idéntica, prevista por el Derecho de la Unión y que incluye como elemento esencial, a tenor de los considerandos trigésimo quinto y trigésimo octavo de dicha Directiva, el concepto de «compensación equitativa», tienen libertad para precisar los parámetros de forma incoherente y no armonizada, susceptible de variar de un Estado miembro a otro, sería contraria al objetivo de dicha Directiva, indicado en el apartado anterior.

2) El concepto y la cuantía de la compensación equitativa están vinculados al perjuicio causado al autor mediante la reproducción para uso privado, no autorizada, de su obra protegida. Desde esta perspectiva, la compensación equitativa debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por el autor. De ello se deduce que la compensación equitativa debe calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas debido al establecimiento de la excepción de copia privada. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 ha de interpretarse en el sentido de que el «justo equilibrio» que debe respetarse entre los afectados implica que la compensación

* Profesor Asociado de Derecho Civil U. Autónoma de Barcelona. Abogado.

equitativa ha de calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas como consecuencia del establecimiento de la excepción de copia privada. Se ajusta a los requisitos del «justo equilibrio» la previsión de que las personas que disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y que, a este título, de derecho o de hecho, ponen esos equipos a disposición de usuarios privados o les prestan un servicio de reproducción sean los deudores de la financiación de la compensación equitativa, en la medida en que dichas personas tienen la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados.

3) La aplicación indiscriminada del canon por copia privada en relación con todo tipo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluido el supuesto, citado explícitamente por el órgano jurisdiccional remitente, de que éstos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada, no resulta conforme con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/29. En cambio, una vez que los equipos en cuestión se han puesto a disposición de personas físicas para fines privados, no es necesario verificar en modo alguno que éstas hayan realizado efectivamente copias privadas mediante aquéllos ni que, por lo tanto, hayan causado efectivamente un perjuicio a los autores de obras protegidas. En efecto, se presume legítimamente que dichas personas físicas se benefician íntegramente de tal puesta a disposición, es decir, se supone que explotan plenamente las funciones de que están dotados los equipos, incluida la de reproducción. De ello se desprende que la mera capacidad de dichos equipos o aparatos para realizar copias basta para justificar la aplicación del canon por copia privada, siempre y cuando dichos equipos o aparatos se hayan puesto a disposición de personas físicas en condición de usuarios privados. Esta interpretación se ve confirmada por el tenor del trigésimo quinto considerando de la Directiva 2001/29. Éste menciona, como criterio útil para determinar la cuantía de la compensación equitativa, no simplemente el «daño» como tal, sino el «posible» daño. El carácter potencial del perjuicio causado a los autores de obras protegidas reside en la realización del requisito previo necesario, consistente en la puesta a disposición de una persona física de equipos o aparatos que permitan efectuar copias, lo cual no tiene que dar lugar necesariamente a la realización efectiva de copias privadas.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones tercera y cuarta que el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas. En consecuencia, la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29.

2. Jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas

STPICE (Sala 2.^a), de 22 de junio de 2010, asunto T-255/08, que tiene por objeto un recurso interpuesto contra la resolución de la Segunda Sala de Recurso de la OAMI de 1 de marzo de 2008 (asunto R 516/2007-2), relativa a un procedimiento de oposición entre la Sra. Eugenio Montero Padilla y el Sr. José María Padilla Requena

1) El derecho de autor no puede constituir un «signo utilizado en el tráfico económico», en el sentido del artículo 8, apartado 4, del Reglamento n.º 40/94. En efecto, del sistema del artículo 52 de dicho Reglamento (actualmente artículo 53 del Reglamento n.º 207/2009) se desprende que un derecho de autor no es un signo de esta índole. Esta última disposición establece, en su apartado 1, letra c) (actualmente artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 207/2009, que una marca comunitaria se declarará nula cuando exista un derecho anterior contemplado en el artículo 8, apartado 4, y se cumplan las condiciones enunciadas en dicho apartado. El apartado 2, letra c), del mismo artículo (actualmente artículo 53, apartado 2, letra c), del Reglamento n.º 207/2009) dispone que una marca comunitaria también se declarará nula si su uso puede prohibirse en virtud de «otro» derecho anterior y en particular de un derecho de autor. De ello se sigue que el derecho de autor no forma parte de los derechos anteriores a que se refiere el artículo 8, apartado 4, del Reglamento n.º 40/94

2) En lo que atañe al Derecho de la Unión, en el presente caso basta señalar que, en el marco de un procedimiento de oposición, los derechos de autor no pueden ser invocados como fundamento de una oposición al registro de una marca comunitaria. De ello se sigue que los derechos de autor sobre la obra de José Padilla de los que es titular la demandante no pueden oponerse al registro de la marca comunitaria solicitada, (*«Jose Padilla»*) ni en virtud del Derecho español, ni en virtud del Derecho comunitario.

3. Resoluciones del Parlamento Europeo

Resolución del Parlamento Europeo de 24 de marzo de 2009, sobre los estudios artísticos en la Unión Europea (2010/C 117 E/04) (DOUE de 6 de mayo de 2010)

El Parlamento Europeo pide al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros que: 1.º Reconozcan la importancia de promover la educación artística y la creatividad en el contexto de una economía basada en el conocimiento, de acuerdo con la Estrategia de Lisboa; 2.º Definan el papel de la educación artística como herramienta pedagógica esencial para revalorizar la cultura en un mundo globalizado y multicultural; 3.º Establezcan estrategias comunes para la promoción de políticas de educación artística y de formación del profesorado especializado en esta disciplina; 4.º Reconozcan el importante papel de los artistas en la sociedad y la necesidad de fijar competencias específicas para la enseñanza artística en el proceso educativo; 5.º Animen a los representantes nacionales en el recién creado Grupo de Tra-

bajo de Educación y Cultura en el marco del Método Abierto de Coordinación (MAC) a examinar el cometido de las artes en los diferentes contextos educativos (formal, informal y no formal) y en todos los niveles educativos (desde maternal a la formación profesional y la educación superior artística), así como la formación necesaria para los profesores especializados; 6.º Animen a los representantes nacionales en los grupos de trabajo sobre las industrias culturales del MAC a abordar como tema central la formación profesional y el desarrollo profesional continuo de artistas, gestores, profesores, facilitadores y otros profesionales del sector cultural; 7.º Pidan a las partes interesadas pertinentes de la sociedad civil que compartan sus conocimientos y pericias en este ámbito con vistas al proceso en curso en el MAC; 8.º Mejoren la impartición de formación profesional en el sector artístico reconociendo la educación superior artística en todos los tres niveles descritos en la declaración de Bolonia (graduado, maestría, doctorado), mejorando así la movilidad de los artistas dentro de la Unión Europea; 9.º Prevean mecanismos especiales para promover la educación artística en el contexto del programa cultural plurianual; 10.º Reconozcan la importancia de las actividades artísticas colectivas y aficionadas.

Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 23 de abril de 2009, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines. (2010/C 184 E/69) (DOUE de 8 de julio de 2010)

El Parlamento Europeo, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifique la Directiva 2006/116/CE, relativa al plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines, encarga a su Presidente que transmita la Posición del Parlamento al Consejo y a la Comisión que consiste, en resumen, en la modificación de la Directiva 2006/116/CE en los siguientes términos fundamentales:

a) El plazo de protección de una composición musical con letra expirará en setenta años tras el fallecimiento de la última de las siguientes personas: el autor de la letra y el compositor de la composición musical. Si, dentro de dicho periodo, se comunica lícitamente al público por un medio distinto al fonograma, los derechos expirarán cincuenta años después de la fecha de la primera comunicación al público, o setenta años desde dicha fecha si se comunica mediante fonograma.

b) Reconocer el Derecho del artista intérprete o ejecutante de poner fin al contrato de concesión si el productor no pone a la venta un número suficiente de copias de un fonograma, o no lo pone a disposición del público, transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o desde su comunicación lícita al público.

c) Reconocer el Derecho del artista intérprete o ejecutante de percibir una remuneración anual adicional por cada año completo una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o desde la comunicación lícita al público. Dicha remuneración será igual al 20% de los ingresos obtenidos por el productor de fonogramas en el año precedente.

4. Convenios Internacionales

Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor

En el BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010, se publicó el Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI por parte del estado español, convenio que entró en vigor para España el 14 de marzo de 2010.

Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas

En el BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010, se publicó el Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI por parte del estado español, convenio que entró en vigor para España el 14 de marzo de 2010.

5. Supervisor Europeo de Protección de Datos

Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 22 de febrero de 2010, sobre las negociaciones que mantiene la Unión Europea sobre un Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA) (2010/C 147/01) (DOUE de 5 de junio de 2010). Las conclusiones son las siguientes

a) El SEPD recomienda encarecidamente a la Comisión Europea que estable un diálogo público y transparente sobre el ACTA, posiblemente a través de una consulta pública, lo que también contribuiría a garantizar que las medidas que se vayan a adoptar sean conformes con las exigencias legales de la UE en materia de intimidad y protección de datos.

b) En el curso de las actuales negociaciones sobre el ACTA, el SEPD insta a la Comisión Europea a que logre un equilibrio adecuado entre las exigencias de protección de los derechos de propiedad intelectual y el derecho a la intimidad y la protección de datos. El SEPD insiste en que es especialmente importante que la intimidad y la protección de datos se tengan en cuenta desde el inicio de las negociaciones, antes de acordar cualquier medida, para no tener que buscar posteriormente soluciones alternativas conformes con la intimidad.

c) Aunque la propiedad intelectual es importante para la sociedad y debe ser protegida, no debe situarse por encima de los derechos fundamentales de las personas a la intimidad, la protección de datos y otros derechos como la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y la libertad de expresión.

d) En la medida en que el actual proyecto de ACTA incluye o, al menos indirectamente, impulsa las políticas de desconexión de internet al tercer aviso, el ACTA limitaría en gran medida los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos europeos, en particular la protección de los datos personales y la intimidad.

e) En opinión del SEPD, las políticas de desconexión de internet al tercer aviso no son necesarias para lograr el propósito de garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual. El SEPD está convencido de que existen soluciones alternativas menos intrusivas o, al menos, que las políticas previstas se pueden ejecutar de una manera menos intrusiva o con un alcance más limitado, especialmente por medio de la supervisión selectiva ad hoc.

f) Las políticas de desconexión de internet al tercer aviso también son problemáticas en un nivel jurídico más detallado, en particular debido a que el tratamiento de datos judiciales, en especial a través de organizaciones privadas, debe basarse en un fundamento jurídico adecuado. Asimismo, la operación de los sistemas de tres avisos puede suponer el almacenamiento de ficheros de registro durante un plazo más largo, lo que sería contrario a la legislación vigente.

g) Además, en la medida en que el ACTA implique intercambios de datos personales entre autoridades y/o organizaciones privadas situadas en los países firmantes, el SEPD insta a la UE a que aplique garantías apropiadas. Estas garantías deben aplicarse a todas las transferencias de datos realizadas en el contexto del ACTA –ya sea en materia de derecho civil o penal o en el ámbito digital– y deben ser conformes con los principios de protección de datos establecidos en el Convenio n.º 108 y la Directiva 95/46/CE. El SEPD recomienda que dichas garantías adopten la forma de acuerdos vinculantes entre los remitentes de la UE y los destinatarios de países terceros.

h) Además, el SEPD desea ser consultado sobre las medidas que deban aplicarse con respecto a las transferencias de datos que se realicen al amparo del ACTA, a fin de comprobar que son proporcionadas y que garantizan un nivel de protección de datos adecuado.

Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 18 de marzo de 2010, acerca de la promoción de la confianza en la sociedad de la información mediante el impulso de la protección de datos y la privacidad. (2010/C 280/01) (DOUE de 16 de octubre de 2010). Las conclusiones son las siguientes

a) La confianza, o más bien la falta de confianza, se considera una cuestión básica en la aparición y el despliegue adecuado de tecnologías de la información y la comunicación. Si las personas no confían en las TIC, es probable que estas tecnologías fracasen. La confianza en las TIC depende de diferentes factores; garantizar que estas tecnologías no minen los derechos fundamentales de privacidad y protección de los datos personales es uno de los más importantes.

b) Para seguir reforzando el marco jurídico de la protección de los datos y la privacidad, cuyos principios son completamente válidos en la sociedad de la información, el SEPD propone a la Comisión integrar la privacidad desde el diseño en diferentes niveles de la ley y la elaboración de políticas.

c) El SEPD recomienda a la Comisión seguir cuatro líneas de acción:

- Proponer que en el marco jurídico de la protección de datos se incluya una disposición general sobre privacidad desde el diseño. Esta disposición debería ser neutral desde el punto de vista tecnológico y de cumplimiento obligatorio en las diferentes fases;
- Elaborar esta disposición general en disposiciones concretas cuando se propongan instrumentos jurídicos concretos en los diferentes sectores. Estas disposiciones concretas ya se podrían incluir en instrumentos legales, basándose en el artículo 17 de la Directiva sobre protección de datos (y otras leyes existentes);
- Incluir la PdD en la Agenda Digital Europea como principio rector;
- Introducir la PdD como principio en otras iniciativas de la UE (principalmente, no legislativas).

d) En tres ámbitos concretos de las TIC, el SEPD recomienda a la Comisión evaluar la necesidad de presentar propuestas para concretar la aplicación del principio de privacidad desde el diseño:

- En relación con la identificación por radiofrecuencia (RFID), proponer medidas legislativas que regulen las principales cuestiones relativas al uso de la RFID en caso de que fracase la aplicación efectiva del marco jurídico existente mediante autorregulación. En particular, establecer el principio de consentimiento expreso en el punto de venta, según el cual todas las etiquetas de RFID que lleven los productos destinados al consumo se desactivarían por defecto en el punto de venta salvo que el usuario hubiese consentido expresamente a mantenerlas activas;
- En relación con las redes sociales, preparar legislación que incluya, como mínimo, una obligación general de establecer parámetros de privacidad, acompañada de exigencias más concretas, sobre la restricción del acceso a los perfiles de usuario a los contactos seleccionados por el propio usuario, y disponer que los perfiles de acceso restringido no se puedan encontrar con motores de búsqueda internos o externos;
- En relación con la publicidad *on-line*, estudiar una legislación que obligue a que los parámetros del navegador rechacen por defecto las *cookies* de terceras partes y obliguen a los usuarios a pasar por un asistente de privacidad cuando instalen el navegador por primera vez o lo actualicen.

e) Por último, el SEPD sugiere a la Comisión que estudie la posibilidad de incluir el principio de responsabilización en la Directiva de protección de datos existente y que desarrolle un marco de normas y procedimientos para aplicar las disposiciones relativas a la notificación de violaciones de seguridad incluidas en la Directiva sobre privacidad, y ampliarlas para que se apliquen en general a todos los responsables del tratamiento.

VIII. DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA *

I. Legislación

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Reglamento (UE) n.º 583/2010 de la Comisión de 1 de julio de 2010 por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a los datos fundamentales para el inversor y a las condiciones que deben cumplirse al facilitarse esos datos o el folleto en un soporte duradero distinto del papel o a través de un sitio web Texto pertinente a efectos del EEE (DOUE número L176 de 10/07/2010, pp. 1-15)

La Directiva 2009/65/CE define los principios fundamentales que han de guiar la elaboración y divulgación de los datos fundamentales para el inver-

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

sor. No obstante, los pormenores en cuanto al contenido y el formato de dicha información se dejaron pendientes de una ulterior concreción a través de disposiciones de aplicación lo bastante precisas como para garantizar que los inversores reciban la información que necesiten en relación con estructuras de fondos específicas. Para llevar a cabo tal concreción se optó por un Reglamento, pues sólo este tipo de acto puede garantizar la armonización del contenido íntegro de los datos fundamentales que han de proporcionarse a los inversores. Por otra parte, la eficacia del documento de datos fundamentales para el inversor será mayor si está sujeto a idénticos requisitos en todos los Estados miembros, de forma que se garantice la coherencia y comparabilidad de la información referente a las posibilidades de inversión (Cdos. 1 y 2 Reglamento 583/2010).

Respecto del contenido, el art. 20.1.º e) Reglamento 583/2010 establece que la sección «Información práctica» del documento de datos fundamentales para el inversor contendrá la siguiente declaración para los inversores en todos los Estados miembros en los que se comercialice el OICVM (organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios): «[Insértese el nombre de la sociedad de inversión o de la sociedad de gestión] únicamente incurrirá en responsabilidad por las declaraciones contenidas en el presente documento que resulten engañosas, inexactas o incoherentes frente a las correspondientes partes del folleto del OICVM.»

Conforme a su art. 39, el presente Reglamento entrará en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y será aplicable a partir del 1 de julio de 2011 [cfr. cdo (18): A fin de permitir que las sociedades de gestión y sociedades de inversión se adapten de manera eficiente y eficaz a los nuevos requisitos establecidos en el presente Reglamento, resulta oportuno que la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento coincida con la de transposición de la Directiva 2009/65/CE].

Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante (DOUE número L 207 de 6/8/2010, páginas 14 a 29)

La generalización e incremento del trasplante de órganos humanos, en especial, en las dos últimas décadas, lleva a plantear la exigencia de calidad y seguridad que permitan minimizar para los receptores los riesgos asociados a los órganos trasplantados, especialmente, el riesgo de transmisión de enfermedades. De ahí la necesidad de adoptar medidas preventivas durante la obtención, transporte y utilización de los órganos (*vid.* Cdos. 1-3).

La adopción de estas medidas en el ámbito comunitario se justifica por el intercambio de órganos entre Estados miembros. Ahora bien, para reducir los riesgos y maximizar las ventajas del trasplante, los Estados miembros tienen que disponer de un marco efectivo de calidad y seguridad, que debe aplicarse y mantenerse en todas las etapas desde la donación hasta el trasplante o la eliminación, y debe abarcar al personal sanitario, la organización, las instalaciones, el equipo, los materiales, la documentación y el registro de datos de que se trate (Cdos. 4-6).

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, la Directiva 2010/53/UE contempla la trazabilidad, los eventos adversos, y los requisitos del consentimiento. Así, el art. 10 prevé que los Estados miembros velarán por que todos los órganos obtenidos, asignados y trasplantados en su territorio puedan trazarse del donante al receptor y viceversa, para proteger la salud de donantes

y receptores. Respecto de los eventos y reacciones adversos graves, el art. 11 dispone que los Estados miembros velarán por que exista un sistema para notificar, investigar, registrar y transmitir la información pertinente y necesaria sobre los eventos adversos graves que puedan influir en la calidad y seguridad de los órganos y sean atribuibles a la evaluación, la caracterización, la obtención, la preservación y el transporte de órganos, así como cualquier reacción adversa grave observada durante el trasplante o después del mismo que pueda relacionarse con esas actividades. En materia de consentimiento, el art. 14 establece que sólo procederá la obtención de órganos una vez cumplidos todos los requisitos de consentimiento, autorización o ausencia de toda objeción vigentes en el Estado miembro en cuestión.

Finalmente, se presta atención especial a la calidad y la seguridad de la donación en vida (art. 15), de modo que los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para garantizar la máxima protección posible de los donantes vivos con el fin de asegurar plenamente la calidad y la seguridad de los órganos para el trasplante. En este sentido, los Estados miembros se esforzarán por llevar a cabo un seguimiento de los donantes vivos y contarán con un sistema acorde con las normas nacionales a fin de identificar, notificar y gestionar cualquier evento que pueda estar relacionado con la calidad y seguridad del órgano donado y, por consiguiente, con la seguridad del receptor, así como toda reacción adversa grave del donante vivo que pueda derivarse de la donación.

De acuerdo con el art 31, los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 27 de agosto de 2012, sin perjuicio de que cualquier Estado miembro mantenga o introduzca normas más estrictas, siempre que se ajusten a las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte (DOUE número L 207 de 6/8/2010, 1-13)

A la vista de los problemas medioambientales y sociales ocasionados por la creciente congestión de las infraestructuras viarias y el aumento del consumo de energía debidos al incremento del volumen de transporte por carretera en la Unión, al crecimiento de la economía europea y a las necesidades de los ciudadanos en el ámbito de la movilidad, la Unión apuesta por la utilización de sistemas de transporte inteligentes (STI). Los STI son aplicaciones avanzadas que proporcionan servicios innovadores en relación con los diferentes modos de transporte y la gestión del tráfico y permiten a los distintos usuarios estar mejor informados y hacer un uso más seguro, más coordinado y «más inteligente» de las redes de transporte (Cdos. 1 y 3 Directiva 2010/40/UE).

A propósito de su implementación y uso, los Estados miembros velarán por que las cuestiones relacionadas con la responsabilidad, se aborden de acuerdo con el Derecho de la Unión, en particular la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, así como con la normativa nacional pertinente (art. 11 Directiva 2010/40/UE).

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

Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, para su adaptación a la normativa comunitaria (BOE núm. 159 de 1/7/2010, 57586-57625)

La auditoría de cuentas es un servicio que, prestado a la entidad auditada, afecta e interesa no sólo a ésta, sino también a terceros que se relacionen o puedan relacionarse con la misma, habida cuenta que todos pueden conocer la calidad de la información económico-contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas, sin que pueda limitarse su uso y distribución.

La presente Ley, que entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE (salvo la modificación introducida en el artículo 105.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, disposición final sexta) incorpora la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo (disposición final tercera).

En un contexto de creciente globalización e internacionalización, la Directiva 2006/43/CE pretende alcanzar una mayor armonización de los requisitos que se exigen para el ejercicio de la actividad de auditoría en el ámbito de la Unión Europea, así como de los principios que deben regir el sistema de supervisión pública en dicho ámbito.

En materia de responsabilidad civil de los auditores, la Comisión Europea –siguiendo el mandato de la Directiva 2006/43/CE– elaboró un informe sobre el impacto de las normas nacionales vigentes en esta materia en la realización de auditorías sobre los mercados europeos de capitales y sobre los regímenes de seguro de los auditores; informe que sirvió de base para la Recomendación de 5 de junio de 2008, en la que la Comisión aconseja a los Estados miembros que se limite la responsabilidad de los auditores que realicen la auditoría de las sociedades cotizadas, salvo en los casos de incumplimiento deliberado, tanto frente a la auditada como frente a terceros, sin impedir que las partes perjudicadas obtengan un resarcimiento justo.

De acuerdo con el Preámbulo de la Ley 12/2010, esta Recomendación inspira el art. 11 (Responsabilidad civil), según el cual, los auditores de cuentas y sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las siguientes particularidades.

En primer lugar (art. 11.2.º), la responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional a la responsabilidad directa por los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional. La responsabilidad civil del auditor de cuentas será exigible en forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por un tercero.

En este sentido, el art. 2.3.º (Informe de auditoría de cuentas) establece que el informe de auditoría de cuentas anuales será emitido bajo la responsabilidad de quien o quienes lo hubieran realizado, y deberá estar firmado por éstos. No

obstante, el auditor de cuentas que realice la auditoría de cuentas o de documentos contables consolidados asume la plena responsabilidad del informe de auditoría emitido, aun cuando la auditoría de las cuentas anuales de las sociedades participadas haya sido realizada por otros auditores (art. 4.2.º).

En segundo lugar (art. 11.3.º), cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente, dentro de los límites señalados en el apartado precedente, tanto el citado auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad. Propiamente, este precepto no constituye una particularidad, sino la aplicación de lo dispuesto por el art. 11 (Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales) de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, a las sociedades de auditoría (cfr. disposición adicional segunda LSP, sobre extensión del régimen de responsabilidad).

En tercer lugar (art. 11.4.º), la acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor y de la sociedad auditora prescribirá a los cuatro años de la fecha del informe. El preámbulo de la Ley 12/2010 explica que el plazo para exigir responsabilidad al auditor se equipara al establecido para los socios gerentes y administradores de las entidades mercantiles. Expresamente, sólo se contempla la responsabilidad contractual, por lo que la responsabilidad extracontractual, en principio, no se verá afectada por esta limitación temporal. La cuestión es también importante en relación con la obligación los auditores de asegurar su responsabilidad (art. 12 Fianza).

II. Jurisprudencia

A. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea – Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 29 de julio de 2010 (asunto C-377/09).—En relación con una petición de decisión prejudicial planteada por el *Tribunal de commerce* de Bruselas (Bélgica), a propósito de la determinación de la jurisdicción competente, se señala que el hecho de que la normativa nacional en la que se basa una acción de responsabilidad extracontractual dirigida contra la Comunidad constituya un régimen legal especial, diferente del régimen común del Estado miembro en cuestión en materia de responsabilidad civil, no puede dar lugar a la exclusión de dicha acción del ámbito de aplicación del artículo 235 CE; así, la tesis de la demandante en el litigio principal, según la cual, además de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual en el sentido del artículo 288 CE, párrafo segundo, existe una tercera categoría de responsabilidad que, en virtud del artículo 240 CE, sería competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, carece de fundamento.

B. TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información alojamiento o almacenamiento de datos.—Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 mayo de 2010. El tribunal aplica la doctrina contenida en la STS de 9 de diciembre de 2009, sobre interpretación de los arts. 13.2.º y 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en relación con los

arts. 15 y 16 de la Directiva 2000/31/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. En concreto, sobre el conocimiento efectivo como requisito de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada, considera que no cabe declarar la responsabilidad pues la sociedad demandada no conocía ni podía conocer directamente o a partir de datos aptos para posibilitar la aprehensión de la realidad, que quien le suministraba el contenido lesivo para el demandante no era él, sino otra persona que utilizaba indebidamente su nombre con el ánimo de perjudicarlo; y conocedora con posterioridad de esa realidad, merced al requerimiento del perjudicado, retiró el comentario sin tacha de negligencia.

Crónica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (junio 2010-octubre 2010)

LEIRE MUGUETA GARCÍA *

Asunto Gutiérrez Suárez c. España (demanda 16023/07) sentencia de 1 de junio de 2010. Art. 10 del CEDH (libertad de expresión y libertad de comunicar informaciones).

El demandante, residente en Madrid, es periodista. El 18 de diciembre de 1995, el periódico de tirada nacional «Diario 16», del que el demandante era director, publicó en portada una información relativa a la incautación en Algeciras de 4.638 kilos de hachís, ocultos un camión de la empresa de exportación de frutas «Dominios Reales» perteneciente a la familia real alauita. El artículo estaba anunciado en portada con el titular «Una empresa familiar de Hassan II implicada en el narcotráfico» y desarrollado en la página 12 bajo el subtítulo «Cinco toneladas de hachís descubiertas en un cargamento de la empresa de Hassan II». En el texto se aludía a artículos periodísticos de otros medios que hacían referencia al tráfico de drogas como principal fuente de divisas de Marruecos y señalaban como responsables a ciertas personalidades políticas marroquíes del círculo cercano al monarca.

El 31 de mayo de 1996, el rey Hassan II de Marruecos interpuso una demanda de protección del derecho al honor contra la empresa editora de «Diario 16», el demandante, director de dicho periódico, y el periodista autor del artículo objeto del litigio. El 25 de noviembre de 1997, el Juzgado de Primera Instancia núm. 61 de Madrid estimó la demanda, declarando que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del rey Hassan II. La sentencia concluyó que la información no era veraz, en la medida en que la implicación de la empresa «Dominios Reales» no pasaba de haber sido utilizada, sin su consentimiento, en una operación concreta de narcotráfico. Para el órgano judicial, resultaba tendenciosa la configuración del titular, que resaltaba en negrita las palabras «Hassan II» y «narcotráfico». El juez tuvo en cuenta, además, que el artículo pasaba por alto que la operación de tráfico de drogas en causa fue llevada a cabo por tres ciudadanos españoles sin ninguna vinculación con la empresa «Dominios Reales», conforme a una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz en 1996. Asimismo, el juez consideró que la información resultaba privada de interés público por el hecho de haber sido publicada meses después de que se llevara a cabo la incautación de la droga. El periodista autor del artículo, el demandante y la empresa editora fueron condenados a indemnizar al monarca marroquí con una cuantía a determinar en el momento de ejecución de la sentencia, por el daño moral causado, así como a publicar el texto de la sentencia en el periódico.

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

Contra esta sentencia, el demandante y los otros condenados recurrieron en apelación. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el 21 de enero de 1999 confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. La Audiencia concluyó que la información publicada no era veraz, ya que no fue comprobada mediante el acceso a las diligencias de la Guardia Civil y el sumario de la causa penal casi concluido.

El demandante y el periodista autor del artículo interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo, mediante sentencia de 24 de junio de 2004, desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida. Consideró que la vulneración al honor se encontraba en los titulares y no propiamente en el contenido de la información.

El demandante y el periodista autor del artículo interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración de su derecho a la libertad de información garantizado por el artículo 20.1 d) de la Constitución. Por auto de 15 de noviembre de 2006, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso.

La demanda ante el TEDH fue presentada el 4 de abril de 2007. Invocando el artículo 10 CEDH, el demandante se quejaba de haber sido condenado vulnerando el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de comunicar informaciones, siendo veraz la información publicada en el periódico del que era director.

Examinando las circunstancias del caso, el TEDH admite que la información en litigio era de interés general, y considera que en la medida en que estaba siendo objeto de una investigación ante los tribunales penales españoles, podía dar lugar con anterioridad o al mismo tiempo, a discusiones en revistas especializadas, en la prensa de tirada nacional o en el seno del público en general.

El TEDH observa que las resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal constitucional no mencionaban el carácter inexacto de la información para confirmar la condena del demandante, sino que hacían referencia a los titulares del artículo en litigio y a cierta información omitida en relación con los procesos policial y judicial en curso. A este respecto, el TEDH considera que hay que leer el titular de la información y su contenido, teniendo en cuenta tanto el carácter veraz de los hechos como el efecto de llamar la atención de los lectores perseguido con el titular. Recuerda en este sentido que la libertad periodística incluye el posible recurso a cierta dosis de exageración, incluso provocación. En lo que concierne a la falta alegada de detalles sobre los procesos en curso, el TEDH señala que el artículo publicado hacía referencia a las informaciones que disponía el periodista en el momento de escribirlo, y considera que no se podía exigir al autor que conociera el futuro resultado del proceso penal en curso, ni que buscara información policial y judicial que son de naturaleza reservada. En opinión del TEDH, cuando la prensa contribuye al debate público sobre cuestiones que suscitan una preocupación legítima, debe en principio poder apoyarse en fuentes no identificadas, sin tener que realizar búsquedas independientes, con el fin de que las informaciones difundidas sean veraces. Si no, la prensa no podría desempeñar su papel indispensable de «perro guardián». El TEDH no percibe razón alguna para dudar que el demandante actuara de buena fe y, por tanto, considera que los motivos invocados por las jurisdicciones nacionales no son convincentes.

Además, el TEDH considera que en este caso no existía un vínculo razonable de proporcionalidad entre las restricciones impuestas a la libertad de

expresión del demandante y la finalidad legítima perseguida. Opina que la información en litigio no era susceptible de afectar a la reputación de una persona de manera tan grave, de forma que tuviera un peso importante en la balanza que exige el criterio de necesidad previsto en el artículo 10.2 CEDH. El TEDH concluye, por seis votos contra uno, que ha habido violación del artículo 10 CEDH.

Se adjunta a la sentencia una opinión del Juez Zupančič manifestando su desacuerdo.

Asunto Schalk et Kopf c. Austria (demanda núm. 30141/04), sentencia de 24 de junio de 2010. Art. 12 del CEDH (derecho al matrimonio), Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), Art. 14 CEDH (prohibición de discriminación).

Los demandantes, residentes en Viena, forman una pareja del mismo sexo. En septiembre de 2002, solicitaron ante la Oficina de Asuntos de Estado civil (*Standesamt*) la realización de los trámites para contraer matrimonio. La Oficina municipal de Viena (*Magistrat*) rechazó su solicitud, ya que dos personas del mismo sexo no podían casarse conforme a la legislación en vigor. Esta decisión fue confirmada posteriormente por el Gobernador provincial de Viena (*Landeshauptmann*) en abril de 2003.

Los demandantes interpusieron un recurso constitucional, alegando que la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio vulneraba sus derechos al respeto de la vida privada y familiar y a la no discriminación. En diciembre de 2003, el Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) rechazó el recurso, considerando que ni la Constitución Federal austriaca ni el Convenio europeo de Derechos Humanos requerían que el concepto de matrimonio, orientado a la posibilidad fundamental de la paternidad, fuera extendido a otra clase de relaciones. Además, el Tribunal consideró que el hecho de que las relaciones entre personas del mismo sexo estuvieran incluidas en el concepto de vida privada, y por tanto, disfrutaran de la protección del artículo 8 CEDH, que también prohíbe la discriminación por razones objetivas (artículo 14 CEDH), no creaba una obligación de modificar la regulación legal del matrimonio.

El 1 de enero de 2010 entró en vigor en Austria una Ley de Uniones Registradas que ofrece a las parejas del mismo sexo un mecanismo formal que permite que se reconozcan estas relaciones, dotándolas de efectos jurídicos. Aunque esta norma reconoce a las uniones registradas la mayor parte de los derechos y obligaciones reconocidos a los matrimonios, persisten algunas diferencias. Por ejemplo, no se permite a estas parejas la adopción de un hijo, la adopción del hijo del otro miembro de la pareja, ni el recurso a la inseminación artificial.

El 5 de agosto de 2004, los demandantes presentaron su demanda ante el TEDH. Invocando el artículo 12 CEDH, se quejaban de la negativa de las autoridades austriacas a autorizarles a contraer matrimonio. Invocando el artículo 14 CEDH combinado con el artículo 8 CEDH, los demandantes se consideraban víctimas de una discriminación basada en su orientación sexual tanto por el hecho de no poder casarse, como porque antes de la entrada en vigor de la Ley de Uniones Registradas no tenían otra manera de reconocer legalmente su relación. El 25 de febrero de 2010, se celebró una vista pública en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo.

Por lo que respecta a la queja relativa al artículo 12 CEDH, el TEDH constata que no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la cuestión del matrimonio homosexual. Observa también que a nivel de la Unión Europea, el artículo de la Carta de Derechos Fundamentales que consagra el derecho al matrimonio no habla de hombre y mujer, dejando así que sea cada Estado miembro el que decida si permite el matrimonio entre personas de un mismo sexo en su ordenamiento. El TEDH considera que las autoridades nacionales son las mejor situadas para valorar y responder a las necesidades sociales en la materia, ya que el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales profundamente ancladas que difieren ampliamente de una sociedad a otra. El TEDH concluye que el artículo 12 CEDH no obligaba al Estado austriaco a permitir el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, como la de los demandantes. Por tanto, concluye, por unanimidad, que no ha habido violación de este artículo.

En cuanto a la queja relativa al artículo 14 CEDH combinado con el artículo 8 CEDH, el TEDH considera que la relación de los demandantes, una pareja del mismo sexo, que viven juntos en una unión estable de facto, entra dentro del concepto de «vida familiar», exactamente igual que lo estaría una pareja de distinto sexo en la misma situación. El TEDH estima que las parejas del mismo sexo tienen la misma capacidad que las de sexo contrario para comprometerse en relaciones estables, por lo que se encuentran en una situación análoga en lo relativo a la necesidad de que su unión sea reconocida y protegida legalmente. Sin embargo, teniendo en cuenta que el Convenio debe contemplarse como un todo, el TEDH no puede ignorar la conclusión a la que ha llegado en relación con el artículo 12 CEDH, por lo que no considera que la obligación de otorgar el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo se deduzca del artículo 14 CEDH combinado con el artículo 8 CEDH. Asimismo, dado que la entrada en vigor de la Ley de Uniones registradas permite ahora a los demandantes el reconocimiento legal de su relación, el TEDH no estima necesario pronunciarse sobre si la ausencia de mecanismos de reconocimiento jurídico para las parejas homosexuales constituye una violación del artículo 14 CEDH combinado con el artículo 8 CEDH. El TEDH considera igualmente que no se puede reprochar al Estado austriaco que no hubiese adoptado antes la Ley sobre el concubinato oficial. A este respecto, el TEDH observa que pese a que en Europa está generándose un consenso sobre el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, los Estados que otorgan reconocimiento legal a estas parejas no son aún mayoría. Finalmente, el TEDH no se pronuncia sobre las diferencias que establece la nueva ley entre la unión registrada y el matrimonio en lo relativo a los derechos de paternidad, ya que los demandantes no alegaron haber sido directamente afectados por estas restricciones que aún persisten en materia de adopción o inseminación artificial que, por otra parte, muestran una tendencia que existe también en otros países miembros del Consejo de Europa. El TEDH concluye, por cuatro votos contra tres, a la no violación del artículo 14 CEDH combinado con el artículo 8 CEDH.

Se adjuntan a la sentencia una opinión discrepante formulada por los Jueces Rozakis, Spielmann y Jebens, y una opinión concordante de los Jueces Kovler y Malinverni.

Asunto Tendam c. España (demanda núm. 25720/05), sentencia de 13 de julio de 2010. Art. 6 del CEDH (presunción de inocencia) y Art. 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes).

El demandante es un ciudadano alemán nacido en 1937 y residente en Santa Cruz de Tenerife. En 1984, él y su esposa, de nacionalidad española, crearon una empresa de apicultura dedicada a la producción de miel.

El 25 de marzo de 1986, el demandante fue detenido en el marco de unas diligencias penales relativas al robo de varias colmenas de abejas. Al día siguiente, ingresó en prisión provisional, siendo puesto en libertad provisional el 6 de agosto de 1986, tras el pago de una fianza. Por sentencia de 12 de abril de 1993, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife condenó al demandante por un delito de robo a una pena de dos años y cuatro meses de prisión y al pago de una indemnización a la empresa de apicultura propietaria de las colmenas robadas. En apelación, la sentencia de 9 de septiembre de 1993 dictada por la Audiencia Provincial de Tenerife anuló la sentencia de primera instancia y absolvió al demandante, considerando que no había resultado probado que hubiera cometido el delito imputado. En enero de 1994, la fianza fue devuelta al demandante.

En marzo de 1986, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de La Orotava abrió diligencias penales contra el demandante en el marco de las cuales fueron realizados varios registros en su domicilio y su taller de electrónica, durante los cuales fueron incautados bienes. Algunos de éstos bienes fueron devueltos a las personas que habían denunciado previamente su robo. La devolución fue realizada en tanto que depósito a la espera del resultado del proceso penal.

Concluida la instrucción, por sentencia de 29 de octubre de 1993, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife absolvió al demandante del delito de ocultación de bienes, tras la retirada de cargos del Fiscal durante la vista pública. El 19 de noviembre de 1993, el demandante solicitó la devolución de los bienes incautados durante la instrucción, recuperando parte de los bienes en enero de 1994. En el acta de restitución, firmada por el Secretario del Juzgado de instrucción, el demandante denunció la desaparición de algunos bienes y el deterioro de los recuperados. Posteriormente, el demandante solicitó sin éxito la devolución de otra parte de los bienes incautados.

El demandante, basándose en las disposiciones pertinentes de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ), presentó una reclamación ante el Ministerio de Justicia, con el fin de obtener una indemnización por daños y perjuicios. Por decisión de 17 de noviembre de 1995, el Ministerio de Justicia rechazó la reclamación del demandante. Respecto a la indemnización solicitada por los ciento treinta y cinco días pasados en prisión provisional, el Ministerio señaló que el demandante fue absuelto en apelación debido a la ausencia de pruebas suficientes para fundar su condena y no por la inexistencia objetiva o subjetiva del hecho delictivo, por lo que no cumplía la exigencia enunciada en el artículo 294 LOPJ para tener derecho a una indemnización. En cuanto a la indemnización en concepto de mal funcionamiento de la justicia, el Ministerio consideró que el demandante no había aportado las pruebas necesarias para demostrar la desaparición o el deterioro de los bienes de los que decía ser propietario. Por otro lado, estimó que la entrega de ciertos bienes incautados a personas que decían ser sus propietarias estaba justificada en la medida en que se trataba de un proceso penal por robo.

Contra esta decisión, el demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional que lo desestimó por sentencia de 4 de febrero de 1998. Tras recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al artículo 294 LOPJ, confirmó íntegramente la decisión ministerial recurrida.

El demandante recurrió en casación ante el Tribunal Supremo que desestimó su recurso por sentencia de 27 de enero de 2003. En un voto particular, dos magistrados manifestaron que la carga de la prueba relativa a los bienes desaparecidos o deteriorados debía corresponder a la Administración de Justicia y no al demandante. Contra esta decisión, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue declarado inadmisibile el 17 de enero de 2005.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 9 de julio de 2005. Invocando el artículo 6.2 CEDH, el demandante se quejaba del rechazo de las jurisdicciones españolas de acordarle la indemnización solicitada por el tiempo que pasó en prisión provisional. Asimismo, invocando el artículo 1 del Protocolo núm. 1, se quejaba de la desaparición y el deterioro de sus bienes incautados en el marco del proceso penal por ocultación. Por último, el demandante alegaba también la vulneración de los artículos 3, 5 y 8 del CEDH. Se quejaba de haber sido encarcelado preventivamente por un delito menor y de haber sido tratado como un vulgar delincuente por las autoridades españolas, así como de múltiples violaciones de su derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

En su sentencia de 13 de julio de 2010, el TEDH constata que el Ministerio de Justicia basó el rechazo de la indemnización solicitada por el demandante en el hecho de que éste había sido absuelto por la ausencia de pruebas de cargo suficientes. Aunque se basa en el artículo 294 de la LOPJ, el TEDH considera que esta motivación, sin matiz ni reserva, deja planear una duda sobre la inocencia del demandante. Este razonamiento, que distingue entre una absolución por falta de pruebas y una absolución que resulta de la constatación de la inexistencia de los hechos delictivos, ignora la absolución previa del imputado que debe de ser respetada por toda autoridad judicial, sean cuales fueren los motivos tenidos en cuenta por el juez penal. El TEDH observa igualmente que los tribunales internos se limitaron a confirmar el razonamiento del Ministerio de Justicia, sin remediar el problema planteado. Por consiguiente, el TEDH concluye, por unanimidad, que se ha producido una violación del artículo 6.2 CEDH.

En cuanto a la queja del artículo 1 del Protocolo núm. 1, el TEDH considera, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, que la carga de la prueba relativa a la situación de los bienes incautados concernía a la Administración de Justicia responsable de la conservación de los bienes durante todo el período de incautación y no al demandante, absuelto más de siete años después de la incautación. Al no haber presentado la Administración de Justicia ninguna justificación sobre la desaparición y el deterioro de los bienes incautados, los perjuicios causados le son imputables. El TEDH observa, además, que los tribunales internos que examinaron la reclamación del demandante no tuvieron en cuenta la responsabilidad de la Administración de Justicia en los hechos en causa, ni permitieron al demandante obtener una reparación por los perjuicios causados por la no conservación de los bienes incautados. En opinión del TEDH, al denegar la indemnización reclamada por el demandante, las autoridades nacionales hicieron que recayera sobre éste una carga desproporcionada y excesiva. Por tanto, el TEDH concluye, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Respecto a las quejas relativas a los artículos 3, 5 y 8 CEDH, el TEDH, tras examinar todos los elementos en su poder, no observa ninguna apariencia de violación de los derechos y libertades garantizados por el Convenio. El TEDH rechaza estas quejas como manifiestamente mal fundadas en virtud del artículo 35.3 y 4 CEDH.

Asunto Polanco Torres y Movilla Polanco c. España (demanda núm. 34147/06) sentencia de 21 de septiembre de 2010. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

La primera demandante es la madre de la segunda demandante e interviene en nombre propio. La segunda demandante interviene en nombre de su padre, C. M. magistrado y antiguo presidente de la sala civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, fallecido en 1998.

El Presidente de la Comunidad autónoma de Cantabria fue procesado por prevaricación y falsedad documental ante la sala del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria presidida por C. M. El 19 de mayo de 1994, el periódico de tirada nacional «El Mundo» publicó un artículo con el siguiente titular: «Familiares de la cúpula judicial cántabra operaron de forma irregular con Intra, según su contable». En dicho artículo se acusaba nominalmente a la primera demandante, identificada como esposa del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y a otras personas de estar implicadas en operaciones financieras irregulares llevadas a cabo con la sociedad Intra. La fuente de esta información eran unos disquetes informáticos que habían sido remitidos de forma anónima a la redacción del periódico, y que contenían presuntamente la contabilidad de la compañía Intra. Dicha contabilidad había desaparecido anteriormente de la compañía, que ejerció una acción penal contra su contable, al que despidió. El artículo citaba también como fuente las declaraciones del contable, quien había calificado las operaciones financieras en cuestión de irregulares y había descrito la práctica habitual de la compañía de ocultar la contabilidad de las operaciones al fisco. El artículo incorporaba un desmentido de la primera demandante negando rotundamente su relación con la compañía Intra. Exponía que el hecho de figurar en la contabilidad se debía probablemente a una maniobra del Presidente de la Comunidad autónoma de Cantabria para desacreditar a su marido, C. M.

Ese mismo día, el diario regional «Alerta» publicó un artículo que reproducía íntegramente el contenido del artículo publicado por el periódico «El Mundo».

La primera demandante y su esposo C. M. interpusieron una demanda de protección del derecho al honor contra la sociedad editora del periódico «El Mundo», su director, su presidente y el periodista autor del artículo objeto de litigio. Por sentencia de 6 de mayo de 1996, el Juez de Primera Instancia núm. 17 de Madrid estimó parcialmente su demanda, declarando que había habido una ingerencia ilegítima en el derecho al honor de C. M. y la primera demandante. El juez estimó que el periodista autor de la información no se había mostrado diligente ni había comprobado la veracidad de su fuente, ya que se había basado únicamente en las declaraciones del contable, sin adoptar medidas de verificación complementarias. La sociedad editora del periódico, su director y el periodista fueron condenados a indemnizar a los demandantes en la cantidad de 4.000.000 pesetas (24.040,50 euros) en concepto de daño moral, y a publicar la sentencia en el diario. Esta sentencia fue integra-

mente confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid en una sentencia dictada el 5 de febrero de 1998.

En agosto de 1998, C. M. falleció. Posteriormente, por sentencia de 11 de abril de 2000, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la sociedad editora del periódico, su director y el periodista autor del artículo objeto de litigio.

Estos últimos interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal constitucional, alegando la violación de su derecho a la libertad de información garantizado por el artículo 20.1 d) CE. Por sentencia de 27 de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado y declaró nulas las sentencias previamente dictadas por las jurisdicciones ordinarias. El Tribunal señaló que el periodista utilizó todas las posibilidades efectivas de contrastar la información, verificando la autenticidad de la contabilidad contenida en los disquetes informáticos acudiendo a la fuente de información más fiable, a saber el antiguo contable de la sociedad Intra. A diferencia de las jurisdicciones ordinarias, el Tribunal Constitucional consideró que el despido del contable no ponía en cuestión su fiabilidad, precisando que las eventuales responsabilidades derivadas de la ilegítima obtención de la información se exigirían por la vía que procediera, no constituyendo el objeto del juicio de ponderación realizado en amparo, ya que por muy ilegítima que pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor. Además, el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta que el periódico incorporó al artículo el desmentido de la primera demandante.

El periódico regional «Alerta» fue igualmente condenado por ingerencia ilegítima en el derecho al honor de C. M. y la primera demandante. Sin embargo, el recurso de amparo interpuesto por la sociedad editora de este periódico fue inadmitido por una resolución de 16 de noviembre de 2000. El Tribunal Constitucional tuvo en cuenta que a diferencia del periodista autor del artículo de «El Mundo», «Alerta» no adoptó ninguna medida para contrastar la veracidad de la información, limitándose a reproducir el artículo de «El Mundo».

La demanda fue presentada ante el TEDH el 3 de agosto de 2006. Invocando el artículo 8 CEDH, alegaban que la decisión del Tribunal Constitucional atentaba contra su derecho al respeto de su vida privada, ya que lesionó su derecho al honor y a la buena reputación. Asimismo, invocaban el artículo 14 CEDH (prohibición de discriminación) combinado con el artículo 8 CEDH, ya que el Tribunal constitucional otorgó el amparo solicitado en el caso de «El Mundo», y sin embargo inadmitió el recurso el presentado por «Alerta».

A la vista de la gravedad de las afirmaciones contenidas en el artículo de «El Mundo», el TEDH considera que a la hora de determinar si España ha respetado su obligación positiva de proteger la reputación y el honor de la demandante y su marido es necesario tener en cuenta no sólo el derecho al respeto a la vida privada de los interesados, sino también el derecho a la libertad de información de los periodistas.

En primer lugar el TEDH señala que la información contenida en el artículo es de interés general para el público español. El hecho de acusar directamente a unas personas determinadas, exigía por parte del periodista autor del artículo la obligación de proporcionar una base fáctica suficiente. A este respecto, el TEDH señala que al artículo en litigio se basaba en la comunicación de las informaciones contenidas en la contabilidad original de Intra. La autenticidad fue contrastada por el periodista con el antiguo contable de la compañía, cuyas manifestaciones se citaban entrecomilladas. De este modo, el periodista utilizó todas las posibilidades efectivas de las que disponía para

contrastar la veracidad de la información. Además, el periodista se puso en contacto con la primera demandante, dándole la posibilidad de comentar la información objeto de litigio. El periódico publicó el desmentido de la demandante en la misma página del artículo, ofreciendo así al público la ocasión de comparar las distintas versiones de las partes. Por estas razones, el TEDH considera que el artículo reunía los elementos característicos de un reportaje neutral. Asimismo, comparte los motivos expuestos por el Tribunal Constitucional para proteger la libertad de comunicar informaciones frente al derecho de las interesadas a la protección de su reputación, habida cuenta del particular interés general de la información en litigio y del cumplimiento por parte del periodista de su deber de diligencia. El TEDH concluye, por seis votos contra uno, que no ha habido violación del artículo 8 CEDH.

Por lo que respecta a la presunta discriminación sufrida por las demandantes, el TEDH considera que el recurso de «El Mundo» y el de «Alerta» ante el Tribunal Constitucional no son comparables, aunque se refieran a los mismos hechos y personas. A diferencia del periódico «El Mundo», el diario «Alerta» no verificó la autenticidad de las fuentes, limitándose a reproducir el artículo de «El Mundo» sin revelar su origen al lector. Por lo tanto, el TEDH estima que el diferente tratamiento de los dos casos no es discriminatorio y declara esta queja inadmisibles por estar manifiestamente mal fundada, en el sentido del artículo 35.3 y 4 CEDH.

Asunto Marcos Barrios c. España (demanda núm. 17122/07), sentencia de 21 de septiembre de 2010. Art. 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) y Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada).

El demandante nació en 1984 y reside en León. En diciembre de 2003, se incoaron diligencias penales contra el demandante, menor de edad en la época de los hechos, por un presunto delito de asesinato cometido en diciembre de 2000. Mediante una decisión motivada de 3 de febrero de 2004, el Juez de Instrucción ordenó que se intervinieran las líneas telefónicas de varias personas sospechosas de estar implicadas en los hechos del caso, entre ellas el demandante, con el fin de esclarecer lo ocurrido. Concluida la fase de instrucción, por sentencia de 21 de junio de 2004, dictada tras la celebración de un juicio oral, el Juzgado de Menores de León absolvió al demandante del delito de asesinato. Consideró que de acuerdo con la legislación aplicable, el Juzgado de Instrucción núm. 7 de León no era competente para autorizarlas, ya que el demandante era menor en la época de los hechos, debiendo haber sido el Juzgado de Menores quien decidiera sobre esta cuestión. En consecuencia, declaró nulas las escuchas. El Juez basó así su sentencia en otros elementos, principalmente las contradicciones constatadas en las declaraciones del testigo de cargo D. F., también imputado, leídas durante el juicio oral, y la insuficiencia de las otras pruebas de cargo.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular recurrieron en apelación y solicitaron la valoración de algunas pruebas (cf. la declaración de testigos) mediante la celebración de una vista. Por decisión de 20 de octubre de 2004, la Audiencia Provincial de León rechazó la demanda de pruebas, ya que las pruebas propuestas habían sido ya valoradas en primera instancia.

Por sentencia de 27 de enero de 2005, dictada sin la celebración de una vista pública, la Audiencia Provincial de León admitió el recurso y condenó al demandante a una pena de dos años de internamiento por un delito de asesinato. En primer lugar, confirmó la nulidad de las escuchas telefónicas debi-

do a la falta de competencia del Juez que las había ordenado, precisando que en todo caso no estaban en el origen de las otras pruebas que debían ser valoradas. A este respecto, la Audiencia consideró que las tres declaraciones prestadas por D. F. durante la instrucción, en presencia de su abogado, eran coherentes y ofrecían un gran número de detalles sobre lo ocurrido, coincidiendo las informaciones proporcionadas con los objetos encontrados en el lugar de los hechos y las heridas de la víctima constatadas en el informe del médico forense.

Invocando los artículos 18.3 y 24 de la Constitución, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por resolución de 23 de octubre de 2006, el Tribunal inadmitió el recurso.

El 11 de abril de 2007, el demandante interpuso la demanda ante el TEDH. Invocando el artículo 6.1 y 3 d) CEDH, se quejaba de la falta de vista pública ante la Audiencia Provincial y de no haber podido interrogar a los testigos en el marco de una nueva vista, estimando haber sido condenado sobre la base de pruebas insuficientes. Asimismo, el demandante invocaba el artículo 8 CEDH, ya que consideraba que la nulidad de las escuchas telefónicas debía haber provocado la del conjunto de medios de prueba, obtenidos directa o indirectamente de dichas escuchas.

Siguiendo el razonamiento de las sentencias *Iguall Coll y Bazo González c. España*, el TEDH considera que en el presente caso la Audiencia Provincial no se limitó a realizar una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronunció sobre una cuestión de hecho, a saber la credibilidad de las declaraciones de D.F., modificando así los hechos declarados probados por el juez de primera instancia. En opinión del TEDH, dicho examen implica, por sus características, un posicionamiento sobre los hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante. Al ser las cuestiones tratadas de naturaleza fáctica, el TEDH considera que la condena del demandante en apelación tras un cambio en la valoración de las declaraciones en cuestión y de otros elementos, sin que el demandante tuviera la ocasión de ser oído personalmente y de rebatirlas mediante un examen contradictorio en una vista pública, no es conforme con las exigencias del derecho a un proceso equitativo. Además, el TEDH constata que la Ley orgánica sobre la responsabilidad penal del menor, aplicable en este caso, prescribía la celebración de una vista pública. Concluye, por unanimidad, a la violación del artículo 6.1 CEDH.

Por otra parte, el TEDH considera que no es necesario examinar de forma separada la queja relativa al artículo 6.3 CEDH, teniendo en cuenta los motivos que le han llevado a constatar la violación del artículo 6.1 CEDH. En cuanto a la queja relativa al artículo 8 CEDH, el TEDH constata que ninguno de los elementos de prueba examinados por los tribunales internos derivaba de las escuchas telefónicas declaradas nulas y considera que esta parte de la demanda carece manifiestamente de fundamento, debiendo ser rechazada en aplicación del artículo 35.3 CEDH.

Asunto Mangouras c. España (demanda núm. 12050/04), sentencia de la Gran Sala de 28 de septiembre de 2010. Art. 5 del CEDH (derecho a la libertad y a la seguridad).

El demandante, ciudadano griego nacido en 1935, era el capitán del buque *Prestige* que en noviembre de 2002, cuando navegaba cerca de las costas de Galicia, sufrió una avería súbita y grave que provocó una vía de agua por la

que vertió al Océano Atlántico las 70.000 toneladas de fuel que transportaba. El vertido de la carga causó una catástrofe ecológica cuyos efectos para la fauna y flora marina que se hicieron sentir durante varios meses y se propagaron hasta las costas francesas.

Por una decisión de 17 de noviembre de 2002, el Juez de Instrucción núm. 4 de A Coruña ordenó la prisión provisional del demandante y fijó el importe de la fianza que debía pagarse para la puesta en libertad del interesado en 3.000.000 euros. El juez precisó que la gravedad de las infracciones en cuestión, la alarma que la contaminación marina había suscitado en la opinión pública y la nacionalidad extranjera del interesado, que no tenía vínculos particulares con España, justificaban el elevado importe de la fianza.

El demandante solicitó su puesta en libertad y subsidiariamente la reducción del importe de la fianza a 60.000 euros, suma que le parecía proporcionada a su situación personal. Por una resolución dictada el 27 de noviembre de 2002, el Juez de Instrucción núm. 1 de Corcubión (A Coruña) rechazó la solicitud formulada por el demandante. Consideró que la gravedad de los delitos imputados al demandante justificaba el mantenimiento de la medida de detención provisional. En cuanto al montante de la fianza, reiteró los argumentos del juez *a quo* y precisó que la presencia del demandante en el juicio era esencial para el esclarecimiento de los hechos ocurridos después de la aparición de la vía de agua. El 7 de diciembre de 2002, el mismo juez desestimó el recurso de reforma interpuesto por el demandante, confirmando la resolución impugnada. El recurso de apelación interpuesto por el demandante fue desestimado el 3 de enero de 2003 por la Audiencia Provincial de A Coruña.

El 6 de febrero de 2003, el Juez de Instrucción núm. 1 de Concurbiión dio cuenta del depósito de una garantía bancaria por el importe de la fianza exigida que había sido constituido –a título excepcional, espontáneo y humanitario– por el London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Limited, la compañía aseguradora del armador del *Prestige*. En consecuencia, el 7 de febrero de 2003, después de 83 días de detención, el demandante fue puesto en libertad provisional con ciertas obligaciones, como la de no abandonar el territorio nacional.

Invocando el artículo 17 de la Constitución, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por un auto de 29 de septiembre de 2003, el Tribunal Constitucional declaró el recurso inadmisibile.

En marzo de 2005, las autoridades españolas autorizaron al demandante a regresar a su país, donde reside actualmente. El procedimiento penal se encuentra pendiente.

La demanda ante el TEDH fue presentada el 25 de marzo de 2004. Invocando el artículo 5.3 CEDH, el demandante alegaba que el importe de la fianza pagada para su puesta en libertad era excesivamente elevado y que se había fijado sin tener en cuenta su situación personal. El 8 de enero de 2009, el TEDH dictó sentencia concluyendo, por unanimidad, a la no violación del artículo 5.3 CEDH. El 5 de julio de 2009, el colegio de la Gran Sala accedió a la solicitud de reenvío del asunto presentada por el demandante. El 23 de septiembre de 2009, se celebró una vista pública en el Palacio de los Derechos humanos de Estrasburgo.

El TEDH recuerda que en virtud del artículo 5.3 CEDH, el importe de la fianza debe apreciarse con relación al interesado y sus recursos, no siendo irrazonable, en ciertas circunstancias tener en cuenta también la importancia del perjuicio imputado. A este respecto, el TEDH considera que las nuevas

realidades deben tenerse en cuenta en la interpretación de las exigencias del artículo 5.3 CEDH, a saber la preocupación creciente y legítima por los delitos contra el medio ambiente y la tendencia a recurrir al derecho penal como medio de aplicación de las obligaciones medioambientales impuestas por el derecho europeo e internacional. El TEDH recuerda que el nivel de exigencia creciente en cuanto a la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales implica paralelamente una mayor firmeza en la valoración de los ataques a los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Por eso, no excluye que en una situación como la del presente caso el medio profesional en el cual se sitúa la actividad en cuestión deba tenerse en cuenta para determinar el montante de una fianza para que ésta siga siendo eficaz.

Teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales del presente caso y los enormes daños medioambientales causados por la contaminación marítima, el TEDH no considera extraño que los tribunales españoles adaptaran el importe de la fianza al nivel de las responsabilidades en las que se había incurrido, de modo que los responsables no tuvieran la tentación de sustraerse a la justicia perdiendo la fianza. A este respecto, el TEDH considera que no es seguro que una fianza que hubiese tenido en cuenta únicamente los recursos del demandante hubiese sido suficiente para garantizar su presencia en el juicio oral. Además, el TEDH estima que el hecho de que la aseguradora del armador efectuara el pago de la fianza confirma el buen juicio de los tribunales españoles cuando, al referirse a su «medio profesional», consideraron implícitamente que el demandante tenía vínculos con las personas llamadas a prestar la fianza.

Habida cuenta del contexto particular del caso y de las consecuencias medioambientales y económicas del vertido de la carga del buque, el TEDH considera razonable que los órganos jurisdiccionales tuvieran en cuenta la gravedad de las infracciones y la importancia del perjuicio imputado al demandante. El TEDH concluye, por diez votos contra siete, que no ha habido violación de artículo 5.3 CEDH.

Se adjunta a la sentencia una opinión discrepante común formulada por los Jueces Rozakis, Bratza, Cabral Barreto, Björgvinsson, Nicolau y Bianku.

Asunto San Argimiro Isasa c. España (demanda núm. 2507/07), sentencia de 28 de septiembre de 2010. Art. 3 del CEDH (prohibición de la tortura).

El 14 de mayo de 2002, el demandante fue detenido en Madrid como responsable, entre otros, de presuntos delitos de pertenencia a banda armada y terrorismo. Estuvo en detención incomunicada durante cinco días en la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid, siendo examinado en cinco ocasiones por un médico forense, e interrogado por agentes de la Guardia civil en presencia de un abogado nombrado de oficio. El primer día, el médico forense examinó al demandante y descubrió una serie de contusiones y hematomas en la cara, el brazo y el muslo izquierdos, así como marcas de esposas en las muñecas. El médico forense describía las lesiones como «compatibles con el desarrollo de la detención y las maniobras de inmovilización», precisando que el demandante había declarado que el trato recibido había sido «normal». En el informe de 15 de mayo de 2002, el médico forense constató nuevos hematomas sobre la cara o el hombro, sin dar explicación en cuanto a su posible origen. El 16, 17 y 18 de mayo, el demandante no respondió a la cuestión del trato recibido, limitándose el médico forense a comprobar la evolución favorable de las lesiones.

El 19 de mayo de 2002, el demandante fue conducido ante el Juez Central de Instrucción núm. 1 ante la Audiencia Nacional, donde declaró haber sido objeto de malos tratos durante el período de detención. Examinado por el médico forense ese día, el demandante se negó a responder a la pregunta del trato recibido y el médico forense señaló que no había detectado ningún rastro de violencia que tuviera un origen cronológico diferente al de las lesiones descubiertas en el primer informe.

El 27 de mayo de 2002, el demandante ingresó en prisión provisional en el centro penitenciario de Badajoz, donde fue examinado por un médico que descubrió que tenía una costilla rota en el costado izquierdo.

El 11 de junio de 2002, el demandante denunció ante el Juez de Instrucción de Guardia de San Sebastián haber sido víctima de malos tratos durante su arresto y su detención en Madrid, tales como golpes en la cabeza, sesiones de asfixia con una bolsa de plástico, humillaciones, vejaciones sexuales y amenazas de muerte y violación. El Juez se inhibió a favor del Juez de Instrucción núm. 43 de Madrid. Este último, ordenó la apertura de una investigación y posteriormente sobreseyó y archivó el caso por auto de 21 de julio de 2003. Consideró que las lesiones mencionadas en los informes del médico forense habían sido causadas en el momento de la detención y estaban justificadas por las circunstancias en las cuales se había producido la detención, a saber el demandante y otra persona estaban armados y llevaban en su vehículo una bomba preparada para ser utilizada.

Por resolución de 28 de noviembre de 2003, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación del demandante. Pese a considerar motivada la decisión apelada, estimó necesario completar la instrucción.

El Juez de Instrucción realizó pruebas adicionales, entre otras, un informe de 22 de abril de 2004 en el que el subdirector médico del centro penitenciario, además dar más información sobre la fractura de la costilla, señaló que el expediente del demandante no contenía el informe obligatorio del examen médico efectuado en el momento del ingreso en prisión. Por auto el 18 de octubre de 2004, el Juez de Instrucción ordenó el sobreseimiento provisional y el archivo del asunto.

El demandante interpuso recurso de apelación. Por una resolución de 9 de febrero de 2005, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. Consideró que las lesiones descubiertas en el primer informe e incluso la posible fractura de una costilla eran compatibles con el desarrollo violento de la detención del demandante, que fue echado al suelo con el fin de ser desarmado, momento en el que recibió algunos golpes. Por otra parte, la Audiencia señaló que el corto lapso de tiempo transcurrido entre la detención y el primer examen médico corroboraba que las lesiones se produjeron en el momento de la detención y no en el transcurso de los interrogatorios. En cuanto al examen de otras pruebas propuestas por el demandante, la Audiencia consideró que no era posible identificar a los agentes que participaron en la detención, ya que el demandante había reconocido que no pudo ver sus rostros y que los videos sobre la detención, si es que existían, no hubiesen podido demostrar que la totalidad de las lesiones denunciadas no fueron infligidas durante la detención.

Invocando los artículos 15 y 24 CE, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue declarado inadmisibile por estar desprovisto de contenido constitucional por una resolución de 3 de julio de 2006, notificada el 17 de julio de 2006.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 4 de enero de 2007. Invocando el artículo 3 CEDH, el demandante alegaba haber sufrido malos tratos durante su arresto y detención en Madrid, quejándose también de la ausencia de una investigación sobre los hechos tras su denuncia, así como del sobreseimiento dictado.

El TEDH considera que las investigaciones llevadas a cabo no han sido ni suficientemente profundas, ni efectivas para cumplir las exigencias del artículo 3 CEDH, a saber hacer posible la identificación y el castigo de los responsables. A este respecto, el TEDH señala que la Audiencia Provincial de Madrid rechazó el visionado de los vídeos de la detención solicitado por el demandante. El TEDH opina que este medio de prueba podría haber facilitado la identificación de los agentes implicados, así como establecer si las lesiones en cuestión correspondían efectivamente a la manera en la que se desarrolló la detención. El TEDH tiene en cuenta, además, los resultados no concluyentes del informe de 22 de abril de 2004, y considera que no es excesivo exigir a las autoridades españolas la adopción de medios suplementarios para dilucidar la fecha y las circunstancias en que sobrevino la factura. El TEDH, concluye, por unanimidad, que hubo violación del artículo 3 CEDH en su vertiente procesal por la ausencia de una investigación efectiva.

Por otra parte, el TEDH destaca la presencia real de lesiones en el demandante y el hecho de que éste alegara haber sufrido malos tratos en dos fases distintas: durante la detención y durante los interrogatorios efectuados en el tiempo que estuvo detenido. A la vista de las divergencias que existen entre las explicaciones dadas por las partes, el TEDH considera que los elementos de los que dispone no le permiten establecer más allá de toda duda razonable, que el demandante haya estado sometido a tratamientos contrarios al artículo 3 CEDH. A este respecto, el TEDH subraya que esta imposibilidad emana, en gran parte, de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades nacionales en respuesta a la denuncia de malos tratos presentada por el demandante. En consecuencia, el TEDH declara, por unanimidad, que no puede concluir que exista una violación del artículo 3 CEDH en su vertiente sustantiva.

Asunto Cardona Serrat (demanda núm. 38715/06), sentencia de 26 de octubre de 2010. Art. 6 del CEDH (derecho a un tribunal independiente e imparcial).

El demandante, nacido en 1955, se encontraba detenido en un centro penitenciario de Valencia en el momento de presentar su demanda ante el TEDH. El Juez de Instrucción n.º 1 de Valencia abrió diligencias penales contra el demandante y otras personas como presuntos responsables de delitos de abusos sexuales, prostitución y exhibición de pornografía. Durante la instrucción, el demandante estuvo en situación de libertad provisional por esta causa y en prisión por otra en la que fue condenado. Concluida la instrucción, se remitieron los autos a la Audiencia Provincial de Valencia para la celebración del juicio oral. El 29 de enero de 2002, tras la suspensión del juicio oral por la inasistencia por enfermedad acreditada del abogado de uno de los co-inculpados, el Ministerio Fiscal solicitó la prisión provisional sin fianza para el demandante. Por auto de 1 de febrero de 2002, una sala de la Audiencia Provincial compuesta por tres magistrados ordenó el ingreso en prisión del demandante teniendo en cuenta la naturaleza de los delitos que se le imputaban, la alarma social que podían crear y las posibles dificultades y

perturbaciones que podrían sufrir los testigos de cargo si llegaban a entrar en contacto con el acusado. Además, la sala señaló que los requisitos exigidos por los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se cumplían en este caso para adoptar tal medida.

El 20 de febrero de 2002, el demandante solicitó la recusación de dos de los magistrados de la sala de la Audiencia Provincial que había ordenado su ingreso en prisión provisional y que debían formar parte de la sala que iba a conocer del fondo del asunto. Sus pretensiones fueron rechazadas por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

Por sentencia de 28 de mayo de 2002, la Audiencia Provincial de Valencia consideró al demandante culpable de un delito continuado de abusos sexuales con la agravante de reincidencia, condenándolo a una pena de cuatro años y seis meses de prisión. La sala que dictó la sentencia estaba compuesta por tres magistrados, de los cuales dos habían formado parte también de la sala que acordó el ingreso en prisión provisional del demandante, siendo uno de ellos el presidente de las dos salas.

El demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que lo desestimó en una sentencia dictada el 11 de julio de 2003. Estimó que en el presente caso los motivos tenidos en cuenta para acordar el ingreso en prisión provisional del demandante no podían ser considerados como una actuación instructora, no revelando tampoco una predisposición favorable a la condena del acusado. En opinión del Tribunal Supremo, los motivos invocados simplemente mostraban que los magistrados en cuestión deseaban que el juicio oral se celebrase sin más demora y en las mejores condiciones para poder esclarecer lo ocurrido y aquietar la alarma social suscitada por la repercusión de los hechos.

Invocando el artículo 24 CE, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por sentencia de 8 de mayo de 2006, notificada el 17 de mayo de 2006, el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado.

El 15 de septiembre de 2006, el demandante presentó la demanda ante el TEDH. Invocando el artículo 6 CEDH, alegaba que la sala de la Audiencia Provincial que le condenó no fue imparcial.

El TEDH apunta que a diferencia de lo ocurrido en el asunto *Perote Pellón c. España*, en el presente caso la sala de la Audiencia Provincial no se limitó a prorrogar una medida de prisión provisional previamente adoptada, sino que ordenó el ingreso en prisión provisional del demandante, modificando la situación de éste, que se encontraba en situación de libertad provisional por esta causa penal. Entre los motivos que el auto de 1 de febrero 2002 exponía para justificar la medida, la sala de la Audiencia Provincial aludía al riesgo de que el demandante pudiera intimidar a los testigos de cargo si entraba en contacto con ellos. Este motivo que no había sido alegado por el Ministerio Fiscal para solicitar el ingreso en prisión provisional del demandante. Al adoptar esta motivación de oficio, el TEDH estima que la sala de la Audiencia Provincial no se estaba limitando a valorar de forma sumaria los hechos imputados para justificar la pertinencia de la medida de prisión provisional solicitada. Además, el TEDH considera que la motivación de la sala de la Audiencia Provincial, leída a la luz del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal citado en la resolución, podía hacer temer al demandante que los magistrados de la sala tenían una idea preconcebida sobre su responsabilidad penal, cuestión sobre la que estaban llamados a pronunciarse posteriormente como miembros del órgano de enjuiciamiento. Por otra parte, el

TEDH tiene en cuenta que en este caso se cuestionaba la imparcialidad de dos de los tres magistrados de la sala de la Audiencia Provincial que condenó al demandante, a diferencia de otros casos en los que se cuestionaba únicamente la imparcialidad de un solo magistrado en el seno de una jurisdicción colegial. En opinión del TEDH, dadas las circunstancias del presente caso, la imparcialidad objetiva de la jurisdicción de enjuiciamiento podía parecer condicionada, por lo que considera que las aprehensiones del demandante a este respecto pueden considerarse objetivamente justificadas. Por tanto, el TEDH concluye, por unanimidad, que en el presente caso se ha producido una violación del artículo 6.1 CEDH.

Se adjunta a la sentencia una opinión concordante de la Juez Fura.

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

Asunto Schwizgebel c. Suiza (demanda núm. 25762/07), sentencia de 10 de junio de 2010. Art. 14 del CEDH (prohibición de discriminación) y Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Rechazo de la solicitud de adopción de un segundo hijo realizada por una mujer soltera de cierta edad.

Asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza (demanda núm. 41615/07), sentencia de 6 de julio de 2010. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): La ejecución de la orden de devolución de un menor al país de residencia del padre, de cuyo territorio fue sacado ilegalmente por la madre, sería contraria al interés del menor.

Asunto Dadouch c. Malta (demanda núm. 38816/07), sentencia de 27 de julio de 2010. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Injustificado el plazo transcurrido para proceder a la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero.

Asunto J.M. c. Reino Unido (demanda núm. 37060/06), sentencia de 28 de septiembre de 2010. Art. 14 del CEDH (prohibición de discriminación) y Art. 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes): Diferencia de trato basada en la orientación sexual en relación con las obligaciones relativas al pago de la pensión alimenticia.

Asunto Suda c. República Checa (demanda núm. 1643/06), sentencia de 28 de octubre de 2010. Art. 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo): Cláusula de arbitraje incluida en un contrato en el que el accionista minoritario de una sociedad anónima no era parte.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LIDIA ARNAU RAVENTÓS *

STJUE 20 de mayo de 2010. Česká podnikatelská pojist'ovna as, Vienna Insurance Group v. Michal Bilas.—Petición de decisión prejudicial. Okresní soud y Chebu (República Checa). Interpretación del art. 24 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 plantea si la comparecencia del demandado que no impugna la competencia del juez que conoce del asunto principal constituye una prórroga tácita de la competencia. En este sentido, el art. 24 del Reglamento establece que, con independencia de los casos en los que la competencia del Tribunal resultare de otras disposiciones del propio Reglamento, será competente el del lugar ante el que comparezca el demandado, salvo que el objeto de dicha comparecencia fuera impugnar la competencia, o salvo que existiera otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del art. 22 del Reglamento. A propósito de esta segunda salvedad y dado que se trata de excepcionar la regla general, el supuesto debe ser objeto de interpretación restrictiva y, en consecuencia, existirá también prórroga tácita de la competencia por comparecencia del demandado aunque se vulneren otras reglas que no sean de competencia exclusiva. En todo caso, y dado que estas reglas siempre pretenden ofrecer una protección reforzada a la parte que se considera más débil, el juez está autorizado para verificar que el demandado que comparece sin impugnar la competencia, tiene pleno conocimiento de las consecuencias de su acto de comparecencia.

STJUE 1 de julio de 2010. Doris Povse v. Mauro Alpago.—Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación del Reglamento n.º 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. La primera cuestión se suscita a propósito del art. 10 del Reglamento, cuyo contenido viene dado por diversas normas atributivas de competencia en caso de sustracción de menores. Se pregunta, en particular, si en una situación de traslado ilícito de una menor, el art. 10, letra b, inciso iv, del Reglamento, ha de interpretarse en el sentido de que una medida provisional debe considerarse una «resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor» a efectos de dicha disposición. El art. 10, como regla general, confiere la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor antes de su traslado. Dicha competencia únicamente se transfiere si el menor ha adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y, además, se cumple uno de los requisitos alternativos que contempla ese mismo precepto. Dado el carácter excepcional de la norma, la interpretación de dichos requisitos debe ser restrictiva. Desde esta perspectiva, «una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor» es una resolución definitiva, mediante la

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

que el órgano jurisdiccional competente se pronuncia sobre la cuestión de la custodia del menor y que ya no está sujeta a otras resoluciones administrativas o judiciales. La segunda cuestión versa acerca del art. 11, apartado 8, del Reglamento. A tenor del precepto, aun cuando se hubiere dictado una resolución de no restitución de conformidad con el art. 13 del Convenio de La Haya, cualquier otra resolución judicial posterior que ordene aquella restitución será ejecutiva si fuere dictada por un órgano jurisdiccional competente conforme al Reglamento. Se pregunta, en particular, si la resolución judicial que ordena la restitución debe basarse en una resolución definitiva del mismo órgano jurisdiccional relativa al derecho de custodia del menor. Entiende el Tribunal que tal interpretación no tiene ningún fundamento; por el contrario, el art. 11 se refiere, simplemente, a «cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución». La tercera cuestión se plantea a propósito del art. 47 del Reglamento, relativo al procedimiento de ejecución. Se pregunta si una resolución que atribuye un derecho de custodia provisional, dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución y considerada ejecutiva conforme al Derecho de este último Estado, se opone a la ejecución de una resolución certificada, dictada anteriormente y que ordena la restitución del menor, por resultar incompatible con esta última. Según el Tribunal, el carácter incompatible, en el sentido del art. 47, apartado 2, 2.º párrafo, de una resolución certificada con una resolución ejecutiva posterior sólo puede comprobarse en relación con las eventuales resoluciones dictadas posteriormente por los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de origen (así, por ejemplo, declarando la nulidad o rectificando la resolución certificada). Permitir que la resolución ejecutiva posterior, incompatible con la certificada, pudiera proceder del Estado miembro de ejecución implicará tanto como soslayar –y muy fácilmente– el mecanismo previsto en el Reglamento. Se pregunta, en último lugar, si la ejecución de una resolución certificada puede denegarse, en el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a un cambio de circunstancias, podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor o si, por el contrario, tal modificación debe invocarse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, con la consiguiente suspensión de la ejecución de la resolución en el Estado miembro requerido, a la espera de que concluya el procedimiento en el Estado miembro de origen. Esta última es, en opinión del Tribunal, la vía adecuada para modificar la resolución certificada y la más respetuosa con el sistema competencial que contempla el Reglamento.

STJUE 3 de junio de 2010. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc).–Petición de decisión prejudicial. Tribunal Supremo (España). Interpretación de los arts. 4.2 y 8 de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. El art. 4.2 excluye que el carácter abusivo pueda apreciarse con relación al objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio o retribución y los bienes o servicios que deban proporcionarse en contrapartida. El art. 8 sanciona el carácter mínimo de la protección dispensada por la Directiva. Se plantea, a propósito de la llamada la cláusula de redondeo aplicada a los contratos de préstamo a tipo de interés variable destinados a la adquisición de vivienda, si es conforme con el derecho comunitario una disposición nacional que pretenda elevar el nivel de protección previsto en la Directiva permitiendo el control del carácter abusivo de las cláusulas relativas al objeto o prestaciones principales del contrato. El

Tribunal, a efectos de confirmar que el art. 8 se extiende a todo el ámbito de la Dir. (luego, también al art. 4.2), verifica, primero, que las cláusulas relativas al objeto principal se incluyen en el ámbito de aplicación material de la Dir., pese a que, en principio, se excluye «la apreciación (de su) carácter abusivo». Siendo ello así, y dada la generalidad de los términos del art. 8, se resuelve que éste se refiere también a aquellos pactos y, en consecuencia, puede elevarse el nivel de protección dispensado al consumidor permitiendo el control jurisdiccional de su carácter abusivo. La Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de contratación*, al no incorporar al derecho español el art. 4.2 de la Dir., opta por un sistema de mayor protección.

STJUE 15 de julio de 2010. Bianca Purrucker v. Guillermo Vallés Pérez.—Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Se pregunta si los arts. 21 y ss. del Reglamento, relativos al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, se aplica también a las medidas provisionales o cautelares aludidas en el art. 20. Este precepto permite que, en caso de urgencia, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro puedan acordar, respecto de personas o bienes que se hallaren en su territorio, medidas cautelares previstas en su propia legislación. Esto se permite incluso cuando según el propio Reglamento el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo fuera el de otro Estado Miembro. El art. 20 precisa que aquellas medidas cautelares dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud del Reglamento para conocer del fondo haya adoptado las medidas que considere oportunas. Según el Tribunal, de esta regulación resulta que una medida comprendida en el art. 20 puede oponerse, en el Estado miembro del órgano jurisdiccional que la ha adoptado, a una resolución anterior adoptada por el órgano jurisdiccional de otro Estado Miembro competente para conocer sobre el fondo del asunto. Sin embargo, estima el Tribunal que no puede pretenderse el reconocimiento y ejecución de aquella medida cautelar o provisional en el territorio de un Estado miembro distinto al del órgano jurisdiccional que la ha adoptado. Ello se explica porque el art. 20 no puede considerarse como una norma de atribución de la competencia. Así resulta de su ubicación sistemática, que muestra cómo no forma parte de los artículos que tratan específicamente de la competencia. Siendo ello así, no tratándose de una medida dictada conforme a las reglas de competencia previstas en el Reglamento, resulta que tampoco puede acogerse a su sistema de reconocimiento y ejecución. En su caso, podrá pretenderse aquel reconocimiento al amparo de otros instrumentos internacionales, si los hubiere, siempre que se respete el Reglamento 2201/2003.

STJUE 9 de noviembre de 2010. VB Pénzügyi Lízing Zrt.v Ferenc Schneider.—Petición de decisión prejudicial. Budapesti II. És III. Kerületi bíróság (Hungría). Interpretación de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Se plantea, primero, si el art. 23, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia se opone a una disposición de derecho nacional que establece que el juez que inicie un procedimiento prejudicial debe comunicarlo, de oficio, al Ministro que sea competente en materia de justicia. El art. 23 aludido relaciona las medidas de información que puede tomar el órgano jurisdiccional que

decide plantear una cuestión prejudicial, sin que entre ellas aparezca la de comunicarlo al Ministro de Justicia. El Tribunal estima que tal comunicación no vulnera el art. 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, pero tampoco será un requisito a fin de estimarse correctamente planteada la cuestión prejudicial, ni su incumplimiento puede interferir en el procedimiento que se siga ante el Tribunal de Justicia. Se pregunta, en segundo lugar, si el TJUE es el competente para interpretar el concepto de «cláusula abusiva» y los criterios a considerar por el juez nacional a fin de apreciar el carácter abusivo de una cláusula. Dado que el TJUE puede pronunciarse sobre la interpretación de los Tratados y de los actos adoptados por el órganos de la UE, no cabe duda que un órgano jurisdiccional puede solicitarle que interprete un concepto que figura en un acto de Derecho derivado, como es el propio concepto de «cláusula abusiva» en la Dir. 93/13. Con todo, corresponderá al juez interno pronunciarse sobre la calificación concreta de una cláusula contractual en función de las circunstancias propias del caso. En tercer y último lugar, se pregunta si el juez nacional tiene la obligación de acordar de oficio la práctica de la prueba con el fin de determinar los elementos de hecho y de Derecho necesarios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, siendo así que conforme al Derecho nacional las pruebas sólo pueden practicarse de oficio. Estima el Tribunal, a este respecto, que la situación de desequilibrio existente entre el profesional y el consumidor sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Ello da razón de la obligación que efectivamente incumbe al juez nacional de recabar de oficio cuantas pruebas resulten necesarias a fin de valorar el carácter abusivo de una cláusula.

Jurisprudencia Nacional (mayo a septiembre 2010)

MIRIAM ANDERSON *

TRIBUNAL SUPREMO

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

STS (Sala Civil) de 13 de mayo de 2010 (RJ 2010\3693).—Ponente: Encarnación Roca Trias. Causas de revocación de la donación: la ingratitud del donatario. La sentencia del TS analiza si concurre en el supuesto enjuiciado la causa de ingratitud recogida en el art. 648.2 CC. Los progenitores habían realizado lo que al parecer fueron donaciones disimuladas de bienes a favor de su hija. Unos años más tarde, el matrimonio se separa y, al año siguiente, el padre es asesinado y la madre será condenada con posterioridad como autora del delito. En la causa penal, la hija y donataria formuló escrito de acusación contra su madre, pero al tratarse de un delito perseguible de oficio, el escrito fue rechazado en aplicación del art. 103 LECrim, aunque se sostuvo el ejercicio por parte de la hija de la acción de responsabilidad civil. La madre pretendió revocar las donaciones con base en la causa de ingratitud recogida en el art. 648.2 CC. Se estimó la demanda en primera instancia, pero la decisión fue revocada en apelación, por entender que la nulidad del escrito de acusación comporta la ausencia de causa de ingratitud y por estimar que la personación en el pleito para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil se parece mucho a la excepción que contempla el propio art. 648.2 CC (delitos cometidos contra la persona del donatario). Por su parte, el TS confirma la sentencia de segunda instancia, para lo cual procede a analizar los antecedentes de la referida causa de revocación, señalando que hay que buscarlos en la doctrina anterior al CC francés, aunque este supuesto de ingratitud no pasase a la redacción definitiva del Code. En el FJ 3.º de esta sentencia, puede leerse que: «Esta causa de revocación se ha mantenido en el Código civil, cuya redacción original no se ha modificado, a pesar de que ordenamientos más modernos la tratan de una forma más abierta. Así el art. 531-15.1, *d*) del Código civil de Cataluña dice que son causas de ingratitud «los actos penalmente condenables que el donatario o donataria efectúe contra la persona o los bienes del donante, de los hijos, del cónyuge o del otro miembro de la unión estable de pareja y también, en general, los que representen una conducta en relación a las mismas personas no aceptada socialmente», con lo que nos encontramos ante una cláusula más abierta, pero a la vez más restringida. A su vez, el Art. IV.H.– 4:201 del Draft of [sic] Common Frame of Reference (DCFR) dice que el contrato de donación puede ser revocado si el donatario es culpable de ingratitud grave (*gross ingratitude*) por haber cometido de forma intencional un daño grave (*serious wrong*) contra el donante. Por tanto, el problema que plantea el presente recurso consiste en la

* Profesora agregada de Derecho civil, Universitat de Barcelona.

interpretación que debe darse al término *imputare* en el artículo 648.2.º CC, que parece recoger sus precedentes, aunque constituye un caso aislado en el derecho comparado.» Centrándose, pues, en determinar el sentido del término «*imputare*», la Sala concluye (FJ 4.º) que debe interpretarse sólo como «persecución judicial por medio de una acción de la que sea titular la persona donataria y, como en este caso la hija donataria no podía ejercer la acción penal contra la donante, mal le podía imputar un delito, por carecer de legitimidad para hacerlo», a lo que se añade la interpretación restrictiva que debe darse a las causas de revocación de un negocio válido y eficaz. Como puede verse, en esta sentencia se alude al DCFR como un modelo de regulación mejor que la contenida en el ordenamiento aplicable.

STS (Sala Civil) de 22 de junio de 2010 (JUR 2010\342009).—Ponente: Encarnación Roca Trias. Resolución de un contrato de tracto sucesivo: momento en que produce efectos. Una empresa dedicada a prestar un servicio de tarot (Coprinus) contrató con Telefónica un prefijo equivocado para ese tipo de servicio. Ambas partes resuelven el contrato: Coprinus, por falta de pago por parte de Telefónica, y esta última, por incumplimiento grave de la primera, al haber contratado el prefijo equivocado. En el FJ 4.º puede leerse que: «Respecto al planteamiento de los efectos de la resolución, debe recordarse que ésta es una cuestión muy discutida, ya que a salvo lo dispuesto en el Art. 1.303 CC, con las salvedades establecidas en las disposiciones siguientes, el Art. 1.124 CC no contiene ninguna norma dirigida a determinar cuál es el alcance de la resolución por incumplimiento. La doctrina tradicional entiende que se producen dos tipos de efectos, la extinción de las obligaciones y la restitución (Arts. III.— 3:509 y 3:510 del Draft of [sic] Common Frame of Reference, DCFR y Arts.1202 y 1203 del Proyecto de reforma del CC). Pero si bien ello es así, no se fija el momento en que estos efectos van a producirse, aunque lo lógico será considerar que éste debería tener lugar desde que se produjo el incumplimiento. Sin embargo puede ocurrir y de hecho ocurre en este caso, que aplicar la regla anteriormente descrita resulte imposible, porque la restitución afecte también a terceros, que son los clientes de ambas sociedades a quienes no puede devolverse lo pagado. Por tanto, la regla general debe concordarse con lo realmente ocurrido: COPRINUS incurrió en un incumplimiento inicial del contrato, que la otra parte contratante TELEFONICA no pudo conocer hasta que comprobó que se estaba utilizando un prefijo incorrecto para la actividad desarrollada por COPRINUS. En este momento, ejerció la facultad de resolver prevista en el propio contrato, con efectos al momento del incumplimiento. Por ello resulta correcta la sentencia recurrida y los efectos de la resolución de dicho contrato deben producirse a partir del momento en que dicho incumplimiento tuvo lugar, como ha concluido la sentencia ahora recurrida.» En esta ocasión, la Sala parece referirse tanto al DCFR como a la Propuesta de Anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones de la Comisión General de Codificación como supuestos en los que tampoco se da solución al problema planteado. En efecto, si bien el DCFR deja claro que las obligaciones que se extinguen son las pendientes en el momento de la resolución (art. III.— 3:509), con posterioridad el artículo dedicado a la restitución no parece distinguir (art. III.— 3:510). Sí hay, en cambio, una previsión específica para los contratos de tracto sucesivo en el art. 1.204 del texto preparatorio de la reforma del CC español.

STS (Sala Civil) de 3 de septiembre de 2010 (JUR 2010\333259). Ponente: Encarnación Roca Trias. Incumplimiento contractual: remedios. En un supuesto en que una empresa había celebrado un contrato de compraventa para la adquisición de otra por un precio muy superior al que resultó ser el real de mercado, habida cuenta de los resultados que proporcionó una auditoría, se estima que la vendedora incumplió las obligaciones derivadas del contrato y se considera lícita la opción de la compradora, que ofreció una reducción del precio o la resolución, «lo que está admitido como uno de los remedios para el incumplimiento en los textos europeos (Art. III.-3:601 Draft of [sic] Common Frame of Reference, que permite al acreedor reducir el precio cuando el cumplimiento no es conforme con los términos de la obligación; también en el Art. 1.197 de la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, 2009).» (FJ 3.º).

Principios de Derecho europeo de los contratos (PECL)

STS (Sala Civil) de 9 de junio de 2010 (JUR 2010\342063).—Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Contratos: interpretación. En el FJ 11.º, al analizar un motivo en que se cuestionaba la corrección de la aplicación del art. 1.281 CC, se alude a los PECL explícitamente como un exponente del criterio recogido «en al plano doctrinal» respecto de la finalidad que preside la interpretación de los contratos (art. 5:101). A renglón seguido, pero en el terreno de los «trabajos prelegislativos», se hace referencia al art. 1.278 de la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones de la Comisión General de Codificación. Las mismas referencias se encuentran en el FJ 3.º de la **STS (Sala Civil) de 4 de junio de 2010 (RJ 2010\2669)**, de la que fue ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos, aunque en este caso no se remarca la distinción entre trabajos doctrinales y prelegislativos.

Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)

STS (Sala Civil) de 15 de junio de 2010 (JUR 2010\326833).—Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Indemnización por los daños morales derivados del cierre de la empresa cuyas participaciones había adquirido el actor bajo engaño. Pese a que el fundamento decisivo en el que se ampara la Sala para revocar la sentencia de apelación e indemnizar con una suma considerable al actor es la imputación objetiva en caso de incumplimientos dolosos recogida en el art. 1.007 CC, en el FJ 6.º, a la hora de determinar lo que deba considerarse daño moral, puede leerse que: «Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad (así se deduce, por ejemplo, de la definición del daño no patrimonial contenida en los PETL, artículo 10:301). La dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana impiden aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del deudor que incumple y exigen tener en cuenta criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando éstos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho. En el

ámbito de la responsabilidad extracontractual resulta asimismo significativo, como criterio para calibrar la imputabilidad, el alcance obligatorio del contrato para quienes en él intervienen, de acuerdo con lo que resulte de su interpretación. –En el caso de incumplimiento doloso del contrato, esta imputabilidad resulta ampliada. El CC, en uno de los preceptos mediante los que regula la responsabilidad contractual, que han sido extendidos por la jurisprudencia a la responsabilidad extracontractual, dispone que, mientras el deudor de buena fe responde de los «daños previstos» y de los «daños previsibles» (artículo 1107 I CC), el deudor en caso de dolo responde de los daños «que conocidamente se deriven del hecho generador» (artículo 1107 II CC). Interpretando este precepto, la jurisprudencia (SSTS de 23 de febrero de 1973, 16 de julio de 1982 (RJ 1982, 4249) y 23 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4971)) ha centrado el ámbito de la responsabilidad del deudor doloso en el nexo de causalidad, privándole de toda limitación o moderación legal, convencional o judicial de la responsabilidad. Pero el artículo 1107 CC comporta también una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser resarcidos por parte del deudor que incumple, pues establece que estos comprenderán no solamente los que pudieron preverse en el momento de contraerse la obligación, sino los que conocidamente se deriven del incumplimiento, de donde se infiere que, en la línea propuesta por la doctrina para la interpretación del artículo 1107 CC, es procedente, en caso de dolo, además de la aplicación del criterio del carácter relevante del daño, la aplicación de un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento. – A este principio responde el criterio que para la indemnización del daño moral se recomienda en los artículos 9:501 y 9:503 de los PETL, según los cuales, si no existe una cláusula penal que determine otra cosa, el resarcimiento incluye el daño moral, cuya extensión se limita a los daños que fueran previsibles al tiempo de la perfección del contrato y sean resultado del incumplimiento, salvo el caso de que éste sea doloso o debido a culpa grave, en que deberán indemnizarse todos los daños morales. La inclusión del daño moral en el deber de resarcimiento se prevé también en los Principios sobre contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT (artículo 7.4.2).»

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Para valorar si un determinado incumplimiento puede considerarse resolutorio, diversas sentencias de las Audiencias Provinciales se hacen eco de los fundamentos de distintas sentencias del TS, que remitían a estos efectos al texto de los PECL, de los Principios UNIDROIT o del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. Estas decisiones de la llamada jurisprudencia menor reflejan la gradual diseminación de nociones contenidas en los textos de referencia, aunque raramente remiten directamente a ellos las propias Audiencias. Entre otras, pueden verse: SAP de Lleida (Sección 2.^a) de 3 de mayo de 2010 (JUR 2010\291607), ponente: Ana Cristina Sainz Pereda (FJ 4.^o); SAP de Segovia (Sección 1.^a) de 4 de mayo de 2010 (JUR 2010\231203), ponente: María Felisa Herrero Pinilla (FJ 4.^o); SAP de Tarragona (Sección 3.^a) de 10 de mayo de 2010 (JUR 2010\291315), ponente: Joan Perarnau Moya (FJ 1.^o); SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 10

de mayo de 2010 (JUR 2010\314458), ponente: José Antonio Lahoz Rodrigo (FJ 1.º); SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 13 de mayo de 2010 (JUR 2010\239617), ponente: Carlos Moreno Millán (FJ 5.º); SAP de Valencia (Sección 7.ª) de 19 de mayo de 2010 (JUR 2010\314038), ponente: Pilar Cerdán Villalba (FJ 2.º); SAP de A Coruña (Sección 4.ª) de 21 de mayo de 2010 (JUR 2010\330051), ponente: Carlos Fuentes Candelas (FJ 3.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 27 de mayo de 2010 (JUR 2010\313607), ponente: José Francisco Lara Romero (FJ 3.º); SAP Murcia (Sección 5.ª) de 7 de junio de 2010 (JUR 2010\267598), ponente: Matías Manuel Soria Fernández-Mayoralas (FJ 3.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 8 de junio de 2010 (JUR 2010\350060), ponente: M.ª Eugenia Ferragut Pérez (FJ 3.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 8 de junio de 2010 (JUR 2010\350061), ponente: M.ª Eugenia Ferragut Pérez (FJ 2.º); SAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 10 de junio de 2010 (JUR 2010\257503), ponente: Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo (FJ 2.º); SAP de Salamanca (Sección 1.ª) de 15 de junio de 2010 (JUR 2010\249655), ponente: Ildefonso García del Pozo (FJ 2.º); SAP de Toledo (Sección 1.ª) de 15 de junio de 2010 (JUR 2010\267052), ponente: Emilio Buceta Miller (FJ 2.º); SAP de Murcia (Sección 5.ª) de 21 de junio de 2010 (JUR 2010\266288), ponente: Miguel Angel Larrosa Amante (FJ 4.º); SAP de Murcia (Sección 5.ª) de 21 de junio de 2010 (JUR 2010\266795), ponente: Miguel Angel Larrosa Amante (FJ 5.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 2 de julio de 2010 (JUR 2010\345625), ponente: M.ª Eugenia Ferragut Pérez (FJ 3.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 14 de julio de 2010 (JUR 2010\349411), ponente: María Mestre Ramos (FJ 3.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 16 de julio de 2010 (JUR 2010\349432), ponente: María Mestre Ramos (FJ 4.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 16 de julio de 2010 (JUR 2010\349377), ponente: María Mestre Ramos (FJ 4.º); SAP de Segovia (Sección 1.ª) de 19 de julio de 2010 (JUR 2010\328238), ponente: María Felisa Herrero Pinilla (FJ 2.º); SAP Murcia (Sección 5.ª) de 20 de julio de 2010 (JUR 2010\302758), ponente: Miguel Angel Larrosa Amante (FJ 6.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 26 de julio de 2010 (JUR 2010\349222), ponente: María Mestre Ramos (FJ 3.º); SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 30 de julio de 2010 (JUR 2010\327883), ponente: Francisco Javier Valdés Garrido (FJ 4.º); SAP de Zaragoza (Sección 5.ª) de 10 de septiembre de 2010 (JUR 2010\334308), ponente: Alfonso María Martínez Areso (FJ 2.º); SAP de Salamanca (Sección 1.ª) de 20 de septiembre de 2010 (JUR 2010\342778), ponente: Ildefonso García del Pozo (FJ 5.º).

En una línea parecida, pero recogiendo en esta ocasión doctrina del TS sobre los usos profesionales como criterio de interpretación (art. 8.3 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y artículo 5:102, f) de los Principios de Derecho europeo de los contratos), SAP de Ciudad Real (Sección 1.ª) de 24 de junio de 2010 (JUR 2010\265772). Ponente: M.ª Pilar Astray Chacón (FJ 3.º).

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones

RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (Acquis Group): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier, München, 2009, pp. 518. ISBN (print): 978-3-86653-024-9. ISBN (eBook): 978-3-86653-873-3.

En el año 2005 el *Acquis Group* fundó, junto con otros grupos de trabajo, la *Joint Network on European Private Law* (conocida también como «CoPE-CL»), cuya labor fundamental consiste en desarrollar trabajos de investigación en el área del Derecho Privado Europeo bajo el auspicio de la Comisión Europea, que ha financiado dichas investigaciones en el marco del *Sixth Framework Programme of the EC*.

El *Acquis Group* está presidido por los Profesores Gianmaria Ajani y Hans Schulte-Nölke y acoge en su seno a Investigadores de diversas Universidades europeas (sus miembros y el trabajo concreto que les ha correspondido desarrollar pueden encontrarse en las pp. xv a xxii). La tarea que le ha sido encomendada consiste en presentar el Derecho Privado Comunitario existente en forma de *restatement*, cuyo título es *Principles of the Existing EC Private Law* o *Acquis Principles*.

El libro que nos presentan constituye el resultado, revisado y actualizado, de dicha tarea. En efecto, en el año 2007, el *Acquis Group* publicó una primera edición de los *Acquis Principles*, titulada *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Precontractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms* (Sellier, München, 2007, pp. 311. ISBN 978-3-86653-748-4). Conviene advertir, no obstante, que el volumen publicado en el año 2009 no cabe calificarlo de resultado definitivo, tal y como se desprende del Prólogo, en el que Gianmaria Ajani y Hans Schulte-Nölke nos informan de su carácter transitorio: «*Furthermore, this new volume is part of an ongoing project and is therefore transitory. As readers will note, the work already contains placeholders for further articles, which are currently being and will continue to be elaborated upon in the coming years*» (p. xiii).

El libro se estructura en dos partes. La primera, denominada «*Introductory Part*» se ocupa de ofrecer al lector una visión de conjunto de los *Acquis Principles*, informándole de su finalidad, estructura y proceso de elaboración. En la segunda parte encontramos las reglas que forman los *Acquis Principles* y, a continuación, los comentarios; éstos no cubren la totalidad de los artículos, aunque sí su inmensa mayoría.

Las principales novedades introducidas por esta nueva edición son de dos tipos: (1) de contenido; y (2) de estructura.

Por lo que se refiere al contenido, *Contract II* no sólo revisa las reglas formuladas en *Contract I*, sino que, además, añade nuevos artículos referidos, fundamentalmente, a los remedios frente al incumplimiento (Capítulo 8)

y a algunos contratos en particular, como, a título de ejemplo, el contrato de viaje combinado (Parte E de los diversos capítulos).

A pesar de la importancia del nuevo contenido introducido por *Contract II*, parece que la novedad más significativa se sitúa en la estructura de los *Acquis Principles*, que el propio *Acquis Group* denomina «*Paris Structure*», por haberla adoptado en la reunión plenaria que tuvo lugar en dicha ciudad en marzo de 2007. Así se desprende de las siguientes palabras de Hans Schulte-Nölke y de Fyderik Zoll: «*The core novelty of the new version of the Acquis Principles contained in this volume is its innovative structure*» (p. xxiii). La importancia de la nueva estructura, a la que enseguida nos referiremos, reside en los esenciales objetivos buscados por el *Acquis Group* con su adopción: (a) superar la indudable y perniciosa fragmentación del Derecho Comunitario Privado actual, que se deriva del enfoque que forzosamente ha tenido que adoptar el legislador europeo, basado en problemas concretos («*problem approach*»), como consecuencia de las limitaciones políticas y de competencia propias de la Unión Europea; y (b) contribuir a la discusión relativa a las vías de mejora del *acquis*.

Pero pasemos ya, sin más dilación, a exponer la «*Paris Structure*».

Los *Acquis Principles* se dividen en ocho capítulos; cada uno de ellos cuenta con una Parte General y una Parte Especial, en la que aparecen regulados los diversos contratos, correspondiendo a cada uno de ellos una letra mayúscula (a título de ejemplo, los preceptos relativos al contrato de viaje combinado aparecen siempre precedidos de la letra «E»). Téngase en cuenta que los capítulos tres (*Non-discrimination*) y seis (*Non-Negotiated Terms*) carecen de parte especial y que no todas las partes especiales contienen todos los contratos.

Se trata del denominado «*Mirror Model*» caracterizado, como ya se habrá percatado el lector, por la existencia de varias partes generales acompañadas de sus correspondientes partes especiales y que se contraponen al modelo, más tradicional, en el que una sola parte general es seguida por una sola parte especial. Las ventajas ofrecidas por el «Modelo del espejo», que han justificado su adopción, son varias.

En primer lugar, permite combinar adecuadamente el «*problem approach*» y la obtención de una estructura coherente y sistemática. En palabras de Hans Schulte-Nölke y de Fyderik Zoll: «*It [...] respects the specific character of EC law by not forcing it into the structure of a classical codification. At the same time, the Paris structure seeks to avoid the disadvantages of the problem approach by putting the individual rules in a general framework*» (p. xxvi).

En segundo lugar, el «*Mirror Model*» posibilita establecer varios tipos de interrelaciones entre las partes generales y las especiales, atendiendo a las necesidades concretas del tema regulado. En este sentido, la interrelación puede ser (i) condicional; (ii) presuntiva; o (iii) tradicional. Conforme a la primera de ellas, las disposiciones de la parte general no tienen su propio ámbito de aplicación, sino que entran en juego cuando las disposiciones específicas así lo dispongan (*vid.* Capítulo cinco, *Withdrawal*); cuando lo que existe es una «interrelación presuntiva», el cumplimiento de una disposición específica conduce a la presunción del cumplimiento de una disposición general (*vid.* Capítulo dos, *Pre-contractual information duties*: a título de ejemplo, en el contrato de viaje combinado, se entiende que el profesional satisface los deberes de información impuestos por las disposiciones generales de información, establecidas en los arts. 2:202 y 2:203 ACQP, si cumple

todos los deberes específicamente numerados para ese contrato en el art. 2:E-01 ACQP); finalmente, la «interrelación tradicional» implica que la disposición específica deroga a la general (*vid.* Capítulos siete y ocho, *Content and performance of Obligations y Remedies*, respectivamente).

La tercera de las ventajas ofrecidas por la «*Paris Structure*» es su flexibilidad: téngase en cuenta que permite incorporar los futuros contenidos del *Acquis* sin necesidad de destruir y reconstruir continuamente el marco general.

La presentación de las ventajas de la «*Paris Structure*» por parte del *Acquis Group* desborda las consideraciones meramente sistemáticas, para adentrarse en el intenso debate existente sobre la vía más adecuada para conseguir un Derecho Contractual Europeo más coherente, mediante la formulación de un Marco Común de Referencia (CFR). Como es sabido, son dos las opciones que la Comisión Europea puso en su día sobre la mesa: por un lado, la creación de una «caja de herramientas» que asistiera al legislador en su labor normativa [*vid. Action Plan «A more coherent European Contract Law»* COM (2003) 68]; por otro lado, la adopción de uno o varios instrumentos marco reguladores de las características comunes del *acquis* a los que acudir cuando un sector normativo específico lo requiriera [*vid. Green Paper in the Review of the Consumer Acquis*, COM (2006) 744, p. 7]. Pues bien, para el *Acquis Group* la primera opción es claramente insuficiente para lograr el objetivo buscado ya que la «caja de herramientas» «[...] as just an informal instrument, [it] cannot fulfill the function of a foundation which provides the common environment of concepts and legal institutions» (p. xxix). Rendido ante la evidencia de la imposibilidad política de promulgar un Código civil europeo vinculante (p. xxix), el *Acquis Group* considera que la segunda opción es la más apropiada para obtener un Derecho contractual europeo más coherente; pero al mismo tiempo advierte que la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008 relativa a los derechos de los consumidores no constituye el instrumento marco exigido por el *Green Paper* de 2006, pues dicha Propuesta no es más que una mera recopilación de Directivas específicas. ¿Cómo debería ser entonces, a juicio del *Acquis Group*, dicho instrumento marco? La respuesta se encuentra en el libro del que nos estamos ocupando en estas líneas: «*The Acquis Principles illustrate how such an integrated technique of a general framework directive and specific directives may look like*» (p. xxx).

Como seguramente ya habrá advertido el lector, aunque los *Acquis Principles* se basan en el Derecho Comunitario existente, no constituyen una mera recopilación de normativa comunitaria. Su verdadera trascendencia de cara a la elaboración del Marco Común de Referencia y el trabajo que han desarrollado sus miembros quedan adecuadamente reflejados en las páginas introductorias relativas a la metodología utilizada por el *Acquis Group* (pp. xli a xlvi). En ellas, el lector podrá comprobar las importantes dificultades con las que el grupo de trabajo ha tenido que enfrentarse para elaborar unos *Acquis Principles* que superen la falta de coherencia del Derecho contractual europeo. No ha constituido una tarea fácil, en efecto, teniendo en cuenta la realidad de la que partían, que podríamos calificar de (1) *fragmentada*, por los límites políticos y competenciales del legislador comunitario; (2) *específica*, ya que los *Acquis* no toman como base un Derecho contractual general, sino uno particular, el relativo a la protección de consumidores; (3) *no uniforme*, pues las sustanciales diferencias entre los Derechos nacionales de los Estados miembro han acabado aflorando cuando se ha llegado al cora-

zón del Derecho de Contratos (fundamentalmente, al regular las cláusulas abusivas y las garantías en la venta de bienes de consumo); y (4) *plurilingüística*, que exige la búsqueda de una lengua común (el inglés) y de una terminología uniforme.

Nos encontramos, en definitiva, ante una pieza clave en la construcción de un Marco Común de Referencia. Para comprender su encaje en el sistema *Contract II* no puede ser analizado aisladamente; por el contrario, su estudio debe engarzarse necesariamente, por un lado, con los textos comunitarios de los que parte y, por otro, con el resultado (provisional) global en el que los *Acquis Principles* se incorporan: el *Draft Common Frame of Reference*, redactado por el *Acquis Group* y por el *Study Group on a European Civil Code* y publicado en octubre de 2009.

Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

FIorentini, Francesca, *Le garanzie immobiliari in Europa*, Berna (Suiza), 2009, Stämpfli Editore SA Berna y Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. ISBN 978-3-7272-2647-2 (Stämpfli) y 978-88-495-1826-9 (ESI). 635 pp.

Seis extensos capítulos componen esta interesante obra de la Profesora de la Università degli Studi di Trieste, Dra. Francesca Fiorentini, que versa sobre el aún poco explorado tema de las garantías inmobiliarias en Europa. Su importante trayectoria científica en el ámbito del derecho comparado que la ha llevado a investigar en centros de prestigio internacional como el *Zentrum für Europäisches Rechtspolitik* (ZERP) de la Universidad de Bremen y el *Max-Planck-Institut* de Hamburgo, tras su tesis doctoral –sobre el tema que el libro hoy nos ocupa– dirigida por el Prof. Mauro Bussani, llevada a cabo en la Universidad de Trento. Actualmente co-dirige el grupo de sobre *mortgages* en el Proyecto del *Common Core* de dicha Universidad, donde hemos tenido la oportunidad de colaborar los últimos cinco años.

Precisamente tal profunda formación comparativista, le ha permitido realizar un análisis multidimensional en el libro, no sólo prestando atención a la legislación sino también a las herramientas proporcionadas por el análisis histórico, que le ha revelado las diferentes técnicas entre países, elecciones de política legislativa, la influencia de la cultura interpretativa de cada país en las soluciones prácticas, el rol de las prácticas profesionales y los intereses, incluyendo el de los lobbies financieros internacionales, en el proceso de hacer leyes. El resultado son tanto las particularidades de los países estudiados –Alemania, Inglaterra e Italia, que corresponde a la estructura de la obra más un capítulo sobre derecho comunitario y uno interesante sobre conclusiones– y sus puntos en común que pueden ser la base de crear un derecho común en este ámbito.

Comenta la autora, que un problema común de todos los ordenamientos es hallar un balance entre la necesaria protección de los intereses del acreedor hipotecario y del deudor, entre rigidez y la flexibilidad requerida.

En cuanto al derecho alemán, destaca al autora la diferencia entre la *Hypothek* y la *Grundschuld*, reguladas ambas en el BGB, siendo la primera de naturaleza accesoria y heredera del derecho romano, funcionando la accesoriedad como mecanismo para proporcionar el valor de mercado de la

garantía y el valor de la obligación garantizada; mientras que la segunda tiene carácter no accesorio, lo que aumenta su valor de mercado y lo hace primar sobre los intereses de los deudores. La práctica ha llevado a desarrollar una institución intermedia, la *Sicherungsgrundschuld*, que combina legislación con la flexibilidad contractual del contrato de garantía, y que ha sido validada y es tutelada por la judicatura. También destaca la eficiencia en el sistema de ejecución hipotecaria (normalmente delegada a un profesional) y del comportamiento de la hipoteca en concurso en derecho alemán (con ejecución separada). Los costes de transacción, además, clarifican por qué la *Sicherungsgrundschuld* es preferida a sistemas de dación en garantía, muy común en los bienes muebles en aquel ordenamiento jurídico.

Por contra, los diferentes tipos de *mortgage* inglesa conforman un panorama complejo y aparentemente incoherente, fruto de la evolución histórica y la distinción entre *law* y *equity*, desempeñando las garantías en equidad un importante rol en la actualidad, dada su flexibilidad. Destaca la Dra. Fiorentini también el papel de la judicatura como fuente del derecho y a los *conveyancers* como impulsores en un principio pero obstáculos (en relación, por ejemplo, a un buen funcionamiento del Registro de la Propiedad para reducir costes de transacción, que chocaba con sus propios intereses), después, en relación a la evolución del derecho hipotecario inglés. Aunque parece evidente que el derecho hipotecario inglés necesita una modernización (en concreto, el proceso armonizador de la hipoteca en Europa impulsado por la Comisión Europea), el hecho es que retiene la preeminencia en el método de aseguramiento de las transacciones inmobiliarias, especialmente porque puede garantizar obligaciones futuras sin necesidad de relación obligacional preexistente, permite la ejecución extrajudicial y que la posibilidad de ejecución no se ve afectada por la apertura concursal.

En Italia, es el *Codice Civile* quien configura el derecho real de hipoteca, aunque es la doctrina quien lo flexibiliza, con gran resistencia por parte de la judicatura. Así, el *Codice* cristalizó la tradición romana de hipoteca rígida accesorio, tomando como base la protección del deudor como parte débil. La autora considera que la hipoteca italiana tiene escaso éxito operativo dado que no hay espacio para la ejecución extrajudicial, la ejecución hipotecaria puede llegar a durar de 5 a 7 años, debido a la burocratización y el acreedor hipotecario está poco protegido en un procedimiento concursal.

En definitiva, Alemania ha seguido una tendencia liberal al comprender que un reforzamiento del derecho hipotecario es un aspecto clave para el desarrollo de su economía e, incluso, lo ha trasladado más allá de sus fronteras. Ha conseguido conjugar la importancia de movilización de los activos inmobiliarios con la necesaria protección de los deudores hipotecarios. En cambio, la aproximación inglesa ha sido pragmática: aunque ha habido interés del legislador en impulsar la reforma hipotecaria, ésta ha tenido que pasar el filtro de los tecnócratas profesionales (agentes de la propiedad inmobiliaria) que la ha lastrado. En cambio, el legislador italiano de 1942 optó por una vía conservadora, protegiendo al deudor, sin tener en cuenta el potencial de la hipoteca como impulsor económico del país, a lo que han coadyuvado la judicatura y parte de la doctrina que incluso optan por posturas aún más rígidas.

El estudio concluye señalando que el análisis histórico-comparativo ha revelado diferencias de metodología y de aproximación en los diversos ordenamientos estudiados que ha llevado a una falta de homogeneidad, aunque ha evidenciado también aproximaciones para poder conseguir un derecho euro-

peo sobre derechos reales sobre inmuebles: necesidad de publicidad de la garantía; necesidad de un vínculo –más o menos rígido, basado en la ley o en el derecho de obligaciones– entre la hipoteca y la obligación garantizada, siendo la tendencia hacerlo lo más flexible posible tanto a nivel nacional como a nivel de derecho comunitario; proporcionalidad entre la obligación garantizada y el valor de la garantía de manera que se evite que el acreedor obtenga más de lo que ofrece. Existe un interés por parte de la UE de progresar hacia la creación de un mercado hipotecario común europeo aunque en un primer momento se conforma con ver cómo converger que puedan hacerse hipotecas en garantía de préstamos al consumo, la generalización de los requisitos para registrar las hipotecas, la homogeneización de técnicas de valoración de inmuebles y en mejorar los procesos de ejecución, dejando para un segundo momento a la eurohipoteca, que representa un avance en dar respuesta a las necesidades del tráfico jurídico-financiero, que sirve como acicate para el avance en el derecho hipotecario.

En definitiva, un libro muy completo que repasa con mucha profundidad los sistemas hipotecarios inglés, alemán e italiano, además del proceso iniciado en derecho comunitario y por la doctrina en la creación de un mercado hipotecario europeo. Una obra que contribuye, de hecho, a su creación.

Sergio NASARRE AZNAR
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

**MÄSCH, Gerald – MAZEAUD, Denis – SCHULZE, Reiner (ed.),
Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe, München,
Sellier, 2009, 111 pp. ISBN 978-3-86653-120-8.**

El libro es el resultado del coloquio franco-alemán que tuvo lugar en la U. Münster, los días 22 y 23 de enero de 2009, organizado por el *Centrum für europäisches Privatrecht*, con el objetivo de discutir sobre los nuevos retos del Derecho de contratos, tanto en Francia como, en general, en Europa. La introducción, a cargo del Secretario de Estado del Ministerio de Justicia del Land Nordrhein-Westfallen, J. Michael Stöffing, da paso a siete contribuciones que se ocupan, bien del análisis de materias jurídicas concretas, bien de cuestiones de política legislativa o de identidad jurídica nacional. Quien esté interesado en actualizar conocimientos sobre el desarrollo de la reforma del Derecho de obligaciones y contratos en Francia encontrará en este *bouquin* un par de contribuciones ilustrativas que sitúan en su contexto algunas de las novedades y/o planteamientos tradicionales de ciertos proyectos de reforma franceses, que se analizan a la luz de los vientos que soplan en Europa y, mayoritariamente, de los proyectos académicos de armonización del Derecho privado. En el escrito de Denis Mazeaud («Le droit privé européen des contrats et ses influences sur le droit français»), ilustrado con muchos ejemplos, la causa ocupa un lugar destacado. Es el tema que luego aborda monográficamente Guillaume Wicker («La réforme du droit français du contrat: de la cause a la causalité juridique»). El Derecho de francés de contratos también se analiza desde el punto de vista de las exigencias constitucionales (Jean Claude Bonichot, «Constitution et contrats en droit français»). Otras contribuciones, superiores en número, pero menos interesantes por tener un carácter más divulgativo o por haber sido ya antes dadas a conocer en otros lugares, están dedicadas a la conveniencia de la armonización del Derecho

privado (Gerald Mäsch: «Le droit européen des contrats et son influence sur le droit national des États membres»), a la estructura y contenidos del Marco Común de Referencia (Reiner Schulze «Problèmes et perspectives du droit européen des contrats»), a la justificación de la contrapropuesta francesa al Marco Común de Referencia (Zoé Jacquemin, «Cadre commun de référence: deux projets académiques pour un projet politique. Regard prospectif sur l'apport du «Draft Common Frame of Reference» et des «travaux français» à la construction du Cadre commun de référence par la Commission») y, en fin, al impulso dado bajo la Presidencia francesa del Consejo de la Unión europea al Marco Común de Referencia (Julliette Gest, «Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la Présidence Française du Conseil de l'Union Européenne»).

Esther ARROYO AMAYUELAS
Universitat de Barcelona

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier – DE LA PUENTE ALFARO, Fernando (dirs.), *Los sistemas de Transmisión de la Propiedad Inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Aranzadi, Cizu Menor, 2009. ISBN: 9788447033041

El Tratado titulado «Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el derecho europeo» representa un valioso aporte a la ciencia jurídica, en concreto en el ámbito de la armonización del Derecho privado en Europa, sobre todo, en atención a la importancia práctica del tema elegido.

Los diversos autores que participan en la obra, juristas de reconocido prestigio procedentes de diversas Universidades europeas, de forma muy acertada aluden, no sólo a los diversos sistemas de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles en Europa, con la finalidad de advertir las diferencias de las distintas y complejas regulaciones y, sobre todo, poder vislumbrar la existencia de principios comunes, sino que también ofrecen un enfoque práctico de los principios registrales del ordenamiento jurídico español.

Para lograr su objetivo la obra ofrece una visión global del complejo fenómeno de la transmisión de la propiedad en Europa, así como de su reflejo registral, planteándose la conveniencia de unas reglas registrales uniformes en Europa que redundarían en un mejor funcionamiento del mercado interior.

Por ese motivo en la primera parte del libro se incluye un capítulo introductorio, donde se ofrece una visión general de la situación de la transmisión de los bienes inmuebles en Europa. Después se detallan los diferentes sistemas transmisivos europeos por prestigiosos profesores universitarios europeos. Así, podemos señalar que se profundiza sobre el sistema alemán de transmisión de la propiedad, incluso se hace especial referencia a la transmisión de inmuebles en Suecia y demás países nórdicos y se examina con exhaustividad la transmisión de la propiedad en Inglaterra y Gales, entre otros aspectos.

También hay un capítulo destinado a analizar las normas sobre la transferencia y la publicidad de los derechos de propiedad desde una perspectiva económica. En el último capítulo de esta parte se ofrece una visión práctica del tema cuya autoría se debe a distintos miembros de la asociación ELRA «European Land Register Association».

Por su parte, la parte segunda se encarga de interrelacionar la información precedente de los sistemas transmisivos europeos con el sistema espa-

ñol, particularmente con el sistema registral del que se ofrece una visión de conjunto ordenada y actualizada de sus principios registrales, con una amplia y completa recopilación de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como de las sentencias más relevantes del Tribunal Supremo en la definición del sistema registral español.

Así, por ejemplo, se estudian en los capítulos 11 y 12 los principios de prioridad y rogación respectivamente, continuando el capítulo 13 con el principio de especialidad o determinación, prosiguiendo con el examen de los principios de legalidad, tracto sucesivo, legitimación, entre otros.

Como no se pretende estudiar únicamente las notables diferencias existentes entre los sistemas transmisivos, se amplía la investigación destacando las notas esenciales de ellos, llegando a la conclusión que tienen rasgos y naturaleza jurídica propios.

Por ello, la obra, además, se completa con una propuesta de armonización, que dota a la obra de una evidente proyección europea, y que recoge una serie de principios que podrán servir a los diversos agentes jurídicos para construir en el futuro un Registro de la Propiedad Europeo, a través de la adopción de una Directiva o alguna otra normativa europea sobre esta cuestión.

En definitiva, el libro contiene una visión completa y concisa de los principales sistemas transmisivos vigentes en Europa, contemplando, además de un cuidado y perfecto análisis comparatístico con el Derecho español, los aspectos dogmáticos que dan respuesta a los interrogantes que en torno a esta compleja cuestión se suscitan ofreciendo una propuesta de armonización de reglas registrales europeas.

Todo ello convierte a este Tratado en un referente esencial en una materia que, sin duda, debe contar en el futuro con una nueva y moderna sistematización conceptual de sus principales presupuestos y características.

Raquel GUILLÉN
Universidad de Valencia

BASEDOW, Jürgen – HOPT, Klaus – ZIMMERMANN, Reinhard (Hrgs.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, II Bände, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009. ISBN: 978-3-16-149918-0*²

De forma creciente, el Derecho privado europeo se está convirtiendo en objeto de una nueva disciplina. Las aproximaciones a su estudio son diversas; también las motivaciones, no sólo científicas, sino también políticas. En consecuencia, los resultados conseguidos hasta la fecha ofrecen una pluralidad de enfoques. Sin embargo, no cabe duda de que la doctrina juega un importantísimo papel en su desarrollo y es constatable que la más activa y reputada procede de Alemania. Los profesores Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt y Reinhard Zimmermann lo vuelven a demostrar con la publicación de esta *magna opera* que es el *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, en la que participan 120 amigos y colaboradores del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, eficazmente coordinados por Martin Illmer.

² Recensión previamente publicada en alemán en ZEuP, 2010, 4.

Se trata de un diccionario enciclopédico, con múltiples remisiones internas, que alberga la nada desdeñable cantidad de 473 voces en casi dos mil páginas, repartidas en dos volúmenes excelentemente editados. Se ofrece una visión transversal e interdisciplinar del Derecho privado europeo, aunque el adjetivo «privado» pierde peso ante el más potente de «europeo», porque la selección de voces es muy amplia y no sólo se refieren a conceptos, principios e instituciones típicas del derecho civil, mercantil, internacional o laboral (*vgr.* adopción, adquisición *a non domino*, compensación, condiciones del contrato de trabajo, condiciones generales de la contratación, dolo, error, estado civil, fideicomiso, fondos de pensiones, legados, libertad de testar, matrimonio, orden público, prescripción, prohibición de discriminación, protección del trabajador, reenvío, seguro obligatorio, sociedad de capital, trust y fiducia) o, incluso, procesal (*vgr.* armonización del derecho procesal, competencia judicial, prueba), sino que también incluye las entradas correspondientes a las instituciones europeas y su funcionamiento (*vgr.* Parlamento, Comisión, Consejo), así como nociones clave para comprender las líneas de desarrollo del Derecho privado en Europa, tanto pretéritas (*vgr. corpus iuris civilis*, escolástica, glosa, humanismo, pandectismo) como actuales (*vgr.* fuentes del derecho privado europeo, mercado interior, jurisprudencia del TJCE, TEDH, libertades fundamentales, eurohipoteca, Constitución europea). Tienen igualmente cabida las referencias a otros sistemas jurídicos, como el islámico, chino o japonés, cuyas entradas correspondientes incorporan, cuando es el caso, explicaciones sobre el impacto que sobre los mismos ha tenido el Derecho privado europeo. Las entradas del diccionario incluyen el *soft law* (*vgr. Common Frame of Reference*, Principios Unidroit, *Avantprojet Code Gandolfi*, Principios de Derecho europeo de Familia, Principios del Derecho de seguros europeo, etc.) y también aparecen reflejados los grupos de investigación dedicados a su desarrollo (*vgr. Study Group on a European Civil Code*, *Acquis Group*). Se describen igualmente ciertas disciplinas (derecho comparado, derecho sucesorio, derecho bancario, derecho internacional de bienes, propiedad intelectual, derecho mercantil) y determinados ordenamientos (*vgr. common law*, derecho escocés, derecho escandinavo) y, naturalmente, no faltan diversas voces referidas a la codificación nacional, europea o única del derecho civil y mercantil, ni se omiten las entradas dedicadas a algunos códigos en particular (*vgr. Corpus Iuris Civilis*, Código civil francés, alemán, polaco, ruso, italiano, neerlandés, suizo general y de las obligaciones), entre las que, sin embargo, se echa a faltar una referencia al Código civil de Cataluña, acaso porque la codificación catalana todavía es un proceso inacabado. Con todo, no faltan alusiones al mismo, a Cataluña o, en general, a su Derecho civil, en algunas de las entradas seleccionadas (*vgr.* Código civil, régimen económico matrimonial o Derecho privado europeo).

El diccionario combina concisión, claridad y análisis crítico (*vid.* voces Marco Común de Referencia, *Acquis Principles*, Derecho privado europeo) y orienta al lector en la historia, el impacto de los instrumentos internacionales, la comparación jurídica y el proceso de armonización del Derecho privado europeo. No es un diccionario biográfico y, por tanto, no incluye entradas sobre la vida y obra de juristas europeos. Como es habitual en los libros alemanes –en contraste evidente con los españoles– el volumen II incluye exhaustivos índices de fuentes, jurisprudencia y conceptos. La obra demuestra que el debate transnacional es prioritario para sentar las bases de una futura sistematización del derecho privado en Europa. Pero, sobre todo, es un punto de partida indiscutible para un ulterior análisis en profundidad, por lo

demás facilitado por la selección bibliográfica con la que se acompaña cada entrada. En esto último radica, precisamente, la singular excelencia del *Handwörterbuch*. Se trata de una obra instrumental, auxiliar, y, como todas las de este tipo, absolutamente imprescindible, cualquiera que sea el público destinatario.

Obras de esta naturaleza sólo son posibles si se tiene una gran amplitud de miras y se está convencido de las ventajas del trabajo en equipo. En el *Handwörterbuch*, los juristas alemanes, una vez más, aúnan esfuerzos colectivamente en beneficio de toda la comunidad de juristas en Europa y fuera de ella. Autores y editores del *Handwörterbuch* pueden estar seguros, además, de que obras como ésta ayudan a diluir la opinión, desgraciadamente todavía demasiado frecuente en otros países, según la cual el Derecho es, esencialmente, un producto nacional cuya europeización o internacionalización no es posible como regla general –o no en todas las materias– y, por ende, tal investigación no es un objetivo en sí mismo considerado sino, a lo sumo, un plus añadido al valor de las publicaciones *sobre derecho nacional*. Ojalá la mayor difusión que pueda tener la versión inglesa de esta obra, que se anuncia para el año 2011 en la *Oxford University Press*, contribuya a combatir eficazmente ese planteamiento.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Universitat de Barcelona