

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica:

Coordinación: Esther Arroyo i Amayuelas. Colaboran: Miriam Anderson, Francisco Andrés Santos, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, Paloma de Barrón Arniches, Guillem Cano Palomares, Martín Ebers, Mirko Faccioli, Josep Maria Fontanellas Morell, María Paz García Rubio, Cristina González Beilfuss, Alejandra de Lama Aymà, Sonia Martín Santisteban, Barbara Pasa, Javier Pou de Avilés Sans, Héctor Simón Moreno, Jaume Tarabal Bosch, Mauro Tescaro, Belén Trigo García, Stefano Troiano.

SUMARIO: Presentación.–EDITORIAL: «La ley aplicable a los regímenes económico matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria» (Josep Maria Fontanellas Morell).–RAPPORTS NATIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO Y COMPARADO: Alemania (Martín Ebers), España (Esther Arroyo Amayuelas), Italia (Mirko Faccioli, Barbara Pasa, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).–SECCIÓN TEMÁTICA: I. Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas). II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo i Amayuelas). III. Derechos reales en la Unión Europea (Héctor Simón Moreno). IV. Derecho de familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss). V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea (Alejandra de Lama Aymà). VI. Derecho de autor en la Unión Europea (Javier Pou de Avilés Sans). VII. Derecho de daños en la Unión Europea (Belén Trigo García). VIII. Derecho de *trusts* en la Unión Europea (Sonia Martín Santisteban).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Guillem Cano Palomares).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Lidia Arnau Raventós).–JURISPRUDENCIA NACIONAL (Miriam Anderson).–LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES.–Anderson, Miriam – Arroyo i Amayuelas, Esther (eds.) *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Groningen, 2011 (María Paz García Rubio).–Valpuesta Gastaminza, Eduardo (coord.) *Unificación del derecho patrimonial europeo*, Barcelona, 2011 (Paloma de Barrón Arniches).–Micklitz, Hans W. – Stuyck, Jules – Terry, Evelyne (eds.), *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford, 2010 (Esther Arroyo i Amayuelas).–Busch, Christoph – Schulte-Nölke, Hans (eds.), *EU Compendium. Fundamental Rights and Private Law. A Practical Tool for Judges*, München, 2011 (Francisco Andrés Santos).–VIDA JURÍDICA (Jaume Tarabal Bosch).

Presentación

Esta 15.^a crónica se cierra el 10 de noviembre de 2011. Las fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión Europea, el TJUE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Diario Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del Consumo, el Boletín de la *Bundesverband*

der Deutschen Industrie, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, entre otros.

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

La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria

JOSEP MARIA FONTANELLAS MORELL
Universitat de Lleida

I. INTRODUCCIÓN

El 16 de marzo de 2011, la Comisión Europea hizo públicas la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico-matrimoniales (PRREM)¹, y la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (PREPUR)²; iniciativas que tienen la intención de unificar el DIPr de los Estados de la Unión Europea en dos parcelas del Derecho de familia, la del régimen de bienes del matrimonio y la de las consecuencias patrimoniales de las uniones *more uxorio*, en las que las regulaciones materiales y conflictuales de los distintos países comunitarios presentan diferencias particularmente significativas³.

¹ La Propuesta de Reglamento sobre regímenes matrimoniales se halla en el Documento COM(2011) 126 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0126:FIN:ES:PDF>).

² La Propuesta de Reglamento concerniente a las uniones registradas figura en el Documento COM(2011) 127 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0127:FIN:ES:PDF>).

³ Para percatarse de ello basta consultar el «Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des États membres de l'Union européenne», que, a requerimiento de la Comisión Europea, ha realizado el *Consortium Asser-UCL*, una *Association momentanée* integrada por el *Asser Instituut* y la *Université catholique de Louvain* (http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf).

Ambas propuestas se inscriben en lo que se ha llamado la «comunitarización» del DIPr europeo⁴; proceso que, como es notorio, arranca con el Tratado de Ámsterdam, y que ha supuesto que el dictado de buena parte de las reglas de nuestra disciplina haya pasado «de ser una competencia estatal, ejercida a través de normas internas o convencionales, a [ser] una competencia comunitaria, [ejercida] mediante actos de Derecho derivado»⁵. El resultado salta a la vista: en la última década, el ordenamiento español y el de los restantes Estados miembros de la Unión Europea se ha poblado de instrumentos comunitarios que, conjuntamente o por separado, han reglamentado todos los sectores del DIPr en muchas de las materias propias del Derecho privado. Cuando en un futuro próximo se conviertan en Derecho positivo, las normativas acerca de las relaciones patrimoniales de las parejas casadas y no casadas se sumarán a este repertorio de legislación europea tocante al DIPr, que, por tanto, será más amplio y completo.

Pese a ser muy cercano en el tiempo, el origen de las dos iniciativas comunitarias no es simultáneo, pues el Plan de Acción de Viena, de 1998, ya instaba a las instituciones europeas a explorar, en el plazo de cinco años, la viabilidad de «un instrumento jurídico sobre la jurisdicción internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias relativas a los regímenes matrimoniales y a las sucesiones»⁶; mientras que no fue hasta más tarde, con ocasión del Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo⁷, de 2000, que la agenda comunitaria incorporó el propósito de regular, a la par o al margen de los problemas de DIPr atinentes al régimen de bienes del matrimonio, «la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia ... de consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas»⁸. Luego, en el Programa de La Haya, de 2004, el Consejo Europeo invitó a la Comisión a que, en 2006, presentara un «libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, que incluy[er]a la cuestión de la jurisdicción y el reconocimiento mutuo»⁹, cosa que aquella hizo el 17 de julio de 2006, al dar a conocer un cuestionario que contenía preguntas sobre las relacio-

⁴ Entre la abundante bibliografía existente sobre la comunitarización del DIPr continental, *vid., per omnia*, A. BORRÁS, «La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 285-318. Para una visión todavía más exhaustiva, *vid.* A. BORRÁS, «Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *RCADI*, 317 (2005), pp. 313-536, singularmente, pp. 421-521.

⁵ A. BORRÁS, «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», *REDI*, LI (1999-2), p. 383.

⁶ Apartado 41, letra c), del «Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia», adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998 [*DOCE*, C 19, 25 de enero de 1999, que, en internet, carece de versión española, la cual puede encontrarse en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999Y0123\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999Y0123(01):ES:HTML)].

⁷ Este Proyecto era fruto de la aprobación, por parte del Consejo Europeo en su sesión especial de Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, del Principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, el cual había de erigirse en «piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión» (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/00200-r1.es9.htm, hito núm. 33).

⁸ Apartado III, propuesta C, etapa 1.^a del mencionado «Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *DOCE*, C 12, 15 de enero de 2001, p. 8. *Vid.* también el apartado I, propuesta A, núm. 1 del mismo Proyecto, *DOCE*, C 12, 15 de enero de 2001, p. 3.

⁹ Apartado III, subapartado 3.4.2, de «El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea», refrendado por el Consejo los días 4 y 5 de junio de 2004, *DOUE*, C 53, 3 de marzo de 2005, p. 13.

nes económicas derivadas de las uniones matrimoniales y sobre las surgidas de las uniones extramatrimoniales¹⁰. Las respuestas al mismo recibidas fueron objeto de un análisis valorativo en una Audiencia Pública, que tuvo lugar en Bruselas el 26 de septiembre de 2009¹¹. Poco después, a finales de 2009, dentro del Plan de Acción de Estocolmo, la Comisión Europea anunció su intención de presentar una «Propuesta de Reglamento relativo al conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, y de Reglamento sobre los efectos patrimoniales de la separación de las parejas a partir de otros tipos de unión»¹²; esto es, dos propuestas distintas, que son las que vieron la luz el 16 de marzo de 2011.

Los dos proyectos, que tienen una estructura simétrica, abordan sucesivamente la competencia judicial internacional, el Derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de decisiones, documentos públicos y transacciones judiciales. Ahora bien, habida cuenta del espacio del que disponemos y de los destinatarios naturales de la revista en la que el trabajo se publica, nosotros, sin renunciar a un estudio global de ambas propuestas, para el que remitimos al lector a otro lugar¹³, nos limitaremos aquí a examinar la problemática de la ley aplicable; disociando, por un lado, la propia del régimen económico matrimonial [II] de, por el otro, la privativa de las uniones registradas [III]; a continuación, tras tratar someramente algunas de las cuestiones generales referentes a los conflictos de leyes [IV], acabaremos haciendo unas breves consideraciones finales [V].

II. LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Es por todos bien sabido que las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, que configuran el régimen económico de su unión matrimonial, pueden ser gobernadas por los pactos que los esposos hayan concluido entre ellos en capitulaciones matrimoniales o, a falta de los mismos, por lo que subsidiariamente establezca la ley. Siguiendo este orden lógico de ideas, que da primacía a la autonomía privada y que solo acude a la normativa legal con carácter defectivo, vamos a repasar lo que prevé la Propuesta de Reglamento en cuanto a los regímenes matrimoniales¹⁴, centrándonos, primero, en el Derecho apli-

¹⁰ «Libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo» [COM(2006) 400 final, de 17 de julio de 2006 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0400:FIN:ES:PDF>)].

¹¹ De las treinta y seis contribuciones hechas por autoridades públicas y entidades privadas (disponibles en http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/061130_en.htm), solamente una procede de nuestro país, la del Colegio de Registradores de España.

¹² «Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo» [COM(2010) 171 final, de 20 de abril de 2010 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0171:FIN:ES:PDF>, p. 21)].

¹³ J. M. FONTANELLAS MORELL, «Una primera lectura de las propuestas de reglamentación comunitaria en materia de regímenes económico matrimonial y de efectos patrimoniales de las uniones registradas», en C. PARRA RODRÍGUEZ (ed.), *Nuevos reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, en prensa.

¹⁴ A pesar de no hacerlo *expressis verbis*, como la PREPUR, la PRREM excluye de su ámbito material de aplicación a las relaciones personales entre los esposos, como se infiere de la relación entre el primer punto del art. 1.1 de la Propuesta («El presente Reglamento se aplicará a los regímenes matrimoniales») y el art. 2.a) de la misma, que entiende el régimen económico matrimonial como el «conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con respecto a terceros» [COM(2011) 126 final, p. 18,

cable al régimen económico matrimonial paccionado [1], para, en segundo lugar, pasar revista a lo que la PRREM prescribe con respecto a la legislación rectora del régimen de bienes del matrimonio legal o supletorio [2].

1. El régimen económico matrimonial convenido

A la hora de articular consensualmente sus relaciones patrimoniales, los cónyuges pueden hacer uso de la autonomía material de la que gozan de diversas formas¹⁵, que van de la más simple, consistente en escoger un régimen económico de los contemplados por un ordenamiento cualquiera, que venga a reemplazar al que *ex lege* les correspondería de acuerdo con el derecho competente para regular la cuestión, a otras más complejas, basadas en la confección por parte de los consortes de un régimen *ad hoc*, ya sea estipulando directamente las cláusulas de sus capítulos matrimoniales, ya sea tomando disposiciones de uno o más regímenes legales y de uno o más ordenamientos jurídicos, ya sea combinando ambos procederes, siempre que lo pactado tenga coherencia y no atente contra las normas imperativas de la legislación disciplinadora de los efectos patrimoniales del matrimonio. Parece indudable que, en todas las hipótesis, para colmar las eventuales lagunas del contrato matrimonial y operar como marco legal de referencia del mismo habrá de recurrirse a la ley aplicable al régimen económico matrimonial, que se determinará de igual manera, tanto si los esposos lo han convenido como si no lo han hecho¹⁶.

Que no incluya reglas conflictuales específicas para el régimen acordado por los cónyuges o futuros cónyuges no significa que la Propuesta de Reglamento desatienda por entero este modo de ordenar las relaciones patrimoniales inherentes al matrimonio, dado que sí se cuida de pautar algún aspecto del negocio jurídico del que se valen los casados o los que van a casarse para organizar económicamente su unión: el contrato matrimonial¹⁷. De este contrato, que entre nosotros recibe usualmente la denominación de capitulaciones matrimoniales, la PRREM, en consonancia con lo que en su momento había decidido el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, hecho el 14 de marzo de 1978 (CLH78)¹⁸, solamente se interesa por las condiciones de forma, dejando fuera de su radio de acción la capacidad para celebrarlo, el fondo del mismo y su régimen de publicidad. En efecto, excluidas las cuestiones de capacidad del

cursivas nuestras]. El silencio de la PRREM para con el régimen matrimonial primario podría interpretarse como un ánimo de no comprenderlo, lo que se explicaría por la índole general y, frecuentemente, obligatoria de las normas que lo integran, que, a diferencia de lo que ocurre con el régimen secundario –el régimen económico matrimonial propiamente dicho–, imposibilita el juego de la autonomía de la voluntad en lo que a él concierne (CONSORTIUM ASSER-UCL, «Étude...», *op. cit.* en nota 3, p. 157); mas una mirada más atenta nos permite descubrir que es precisamente el carácter imperativo de tales reglas el que las hace entrar dentro de la esfera de influencia de la Propuesta, que las toma en consideración (art. 22 PRREM) en calidad de leyes de policía (*vid. infra*, apartado II.2).

¹⁵ Sumamente acertado es el enfoque de J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1996, pp. 304-305.

¹⁶ Arts. 16 y 17 PRREM [COM(2011) 126 final, pp. 23-24 (*vid. infra*, II.2)].

¹⁷ El «contrato de matrimonio» es definido en el art. 2.b) PRREM como «todo acuerdo por el que los cónyuges estipulan sus relaciones patrimoniales entre sí y con respecto a terceros» [COM(2011) 126 final, p. 18].

¹⁸ A lo largo de este artículo, utilizaremos la versión castellana del Convenio, elaborada por los profesores A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-2007)*, 2.ª ed., Madrid, 2008, pp. 201-206.

ámbito de aplicación del Proyecto comunitario¹⁹, igualmente queda al margen de su articulado el contenido de los capítulos, ya que no hay ningún precepto de la PRREM que lo tenga presente. En una apreciación apresurada, podría llegar a pensarse que este vacío normativo de la Propuesta europea obedece a que la regulación del fondo de los contratos matrimoniales se confía al Reglamento 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, pero no debe olvidarse que el Reglamento «Roma I» (RRI), además de desentenderse también de la capacidad contractual de las personas físicas²⁰, elimina de su campo de actuación «las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales»²¹. En lo que hace a la publicidad de las capitulaciones, la inaplicabilidad del venidero Reglamento se desprende tanto de la ausencia de disposición alguna que la contemple como del apartado 5.1 de la Exposición de Motivos, del considerando 13 y del art. 1.3.f) de la PRREM, los cuales dan a entender que esta deja de lado toda la temática registral²².

Estas carencias –incontrovertiblemente voluntarias– del Derecho institucional en la reglamentación de los contratos matrimoniales tendrán que ser forzosamente suplidas con la normativa conflictual de fuente estatal. De ahí que, en el sistema español de DIPr, la capacidad para otorgar capitulaciones habrá de seguir rigiéndose, *ex art. 9.1 Cc*, por el derecho nacional de cada uno de los estipulantes²³. En cuanto al contenido de los capítulos, continuaremos estando en manos del art. 9.3 del mismo cuerpo legal, regla que, como tuvimos oportunidad de poner de relieve en una publicación anterior²⁴, plantea serias dificultades exegéticas, que, a nuestro juicio, únicamente pueden superarse con la siguiente lectura: sirviéndose de una terminología que extrae del art. 11 Cc, el art. 9.3 aspira a regular el fondo de las capitulaciones matrimoniales con una norma de conflicto materialmente orientada compuesta por puntos de conexión alternativos, los cuales siendo adecuados para disciplinar la forma de los negocios jurídicos, lo son mucho menos para gobernar el contenido de los mismos, porque, si bien permiten validarlos con facilidad, pueden dar lugar en todos los demás aspectos que están supeditados a la *lex substantiae* a una sobrerregulación de ardua subsanación. En el supuesto de que dos o más de las leyes citadas en el art. 9.3 den sustancialmente por buenos los capítulos, debe individualizarse el derecho competente, para lo cual hay que partir de la premisa de que, una vez validado el contrato matrimonial, las soluciones validadoras ya no tienen por qué estar situadas en pie de igualdad, pudiendo, por tanto, prevalecer una de ellas sobre las restantes, idea que nos lleva a sostener que el derecho propio

¹⁹ Art. 1.3.a) PRREM [COM(2011) 126 final, p. 18].

²⁰ Art. 1.2.a) RRI [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 21.ª ed., Madrid, 2011, p. 1298].

²¹ Inciso inicial del art. 1.2.c) RRI [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en la nota anterior, pp. 1298-1299]. Al respecto, *vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, «La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y de sucesiones del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1 (2009-1), pp. 120-124.

²² Este designio de la PRREM, de orillar las cuestiones registrales, aparece más nítido en el primero de los pasajes mencionados –el apartado 5.1 de la Exposición de Motivos–, en el que se advierte a las claras que «el funcionamiento del registro de la propiedad y los efectos de la inscripción o de la no inscripción en este registro» están excluidos del ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento [COM(2011) 126 final, p. 6].

²³ En este sentido, véase, *ad exemplum*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12.ª ed., Granada, 2011, pp. 154-155.

²⁴ J. M. FONTANELLAS MORELL, «Reflexiones sobre el apartado 3 del artículo 9 del Código civil», en M. T. ARECES PIÑOL (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, 2009, pp. 355-370.

de los efectos del matrimonio ha de ser el que ocupe esta posición preferente y el que se encargue, en consecuencia, de pautar el fondo de las capitulaciones matrimoniales. Ahora bien, si estas no resultan válidas con arreglo a la ley rectora de los efectos, pero sí lo son de conformidad con, como mínimo, dos de las otras leyes recogidas en el art. 9.3, tiene que fijarse un orden de prioridad, de suerte que, a nuestro parecer, primeramente debe observarse el ordenamiento nacional común y, en su defecto, el de la residencia habitual común. A falta de legislación compartida, si topan una de las leyes nacionales y una de las domiciliarias, aquella goza de primacía, mientras que si los derechos validadores son los dos nacionales o los dos de la residencia habitual, será el operador jurídico el que tendrá que decidir qué ley, por presentar los vínculos más estrechos con el matrimonio regulado contractualmente, ha de ser aplicada.

Queda la cuestión de la publicidad registral. Constituye un lugar común en nuestra doctrina el estimar que la ley reguladora del contenido de los capítulos matrimoniales es la que debe concretar la necesidad de que estos se inscriban o no en un registro público, por más que corresponda al derecho del país del registro la precisión de las modalidades de llevar a cabo la inscripción²⁵. Sin embargo, más acorde con la función de los asientos registrales de garantizar la eficacia frente a terceros de los contratos matrimoniales, se va abriendo paso la tesis de que, al menos cuando afecten a inmuebles, el acceso al registro de las capitulaciones lo controla la ley del Estado donde aquel se encuentre, sin perjuicio de que la oponibilidad de las mismas a terceros la tenga que perfilar el derecho del lugar de ubicación de los bienes²⁶. Esta teoría tiene la virtud de ir en la línea de la PRREM, que, en su art. 35.3, señala que la normativa del país de situación de un bien inmueble puede establecer que la ley aplicable al régimen económico matrimonial –convenido o no– sea inoponible frente a terceros cuando no se hayan observado las condiciones de publicidad registral que dicho Estado exige con respecto a los bienes raíces sitos en su territorio²⁷.

Volviendo a la faceta de los capítulos matrimoniales que sí aborda el proyecto de instrumento comunitario, la forma de los mismos, destacaremos que la regulación del art. 20, apartados 1 y 2, PRREM²⁸ viene a ser un remedo de la del art. 12 CLH78²⁹, puesto que tanto una como otra se componen de una norma de conflicto³⁰ y de una norma material de tenor prácticamente idéntico. Según la regla de colisión, la validez formal del pacto matrimonial se subordina alternativamente a la *lex causae* –o sea, la ley que rige el régimen de bienes del matrimonio– y a la *lex*

²⁵ *Vid.*, por todos, M. P. DIAGO DIAGO, «La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español», *BIMJ*, LXII (2008), p. 2779.

²⁶ Esta es la solución que, formulada unilateralmente –es decir, desde la perspectiva del Derecho español–, abonan J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO (*Derecho internacional privado*, 6.ª ed., Cizur Menor, 2011, p. 424).

²⁷ El art. 35.3 PRREM, que nos remite al 35.2 («No obstante, el Derecho de un Estado miembro podrá prever que la ley aplicable al régimen económico matrimonial no pueda ser invocado por un cónyuge frente a un tercero cuando alguno de ellos tenga su residencia habitual sobre su territorio y no se hayan cumplido las condiciones de publicidad o de registro previstas en dicho Derecho, a menos que el tercero conociera o debiera conocer la ley aplicable al régimen económico matrimonial»), preceptúa: «El Derecho del Estado miembro en que esté situado el inmueble podrá prever una norma análoga a la prevista en el apartado 2 para las relaciones jurídicas entre el cónyuge y un tercero relativas a dicho inmueble» [COM(2011) 126 final, p. 29].

²⁸ COM(2011) 126 final, p. 24.

²⁹ A. BORRÁS/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 18, p. 203.

³⁰ Nótese la total similitud entre estas normas de conflicto y la del art. 11.1 RRI, que sujeta alternativamente la forma del contrato concluido entre presentes a la *lex contractus* y a la *lex loci celebrationis* [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, p. 1306].

loci actus –que en la Propuesta se identifica con la ley del Estado de redacción del contrato y en el Convenio con la ley del lugar de celebración del mismo–. De conformidad con la disposición de naturaleza sustantiva, las capitulaciones han de ser objeto, en todo caso, de un escrito fechado y firmado por ambos esposos. A los dos preceptos referidos, la PRREM añade, en sintonía con el Reglamento 1259/2010, «Roma III» (RRIII)³¹, un tercero, que fundamenta su razón de ser en el hecho de que numerosos códigos, como el español (art. 1327 Cc) o el alemán (§ 1410 BGB), reclaman que los capítulos matrimoniales consten en escritura pública. Para dar a esta circunstancia la importancia que merece, el art. 20.3 de la Propuesta ordena que se satisfagan los requisitos formales suplementarios que demande el derecho del país en el que los consortes tengan su residencia habitual en el momento del otorgamiento del contrato matrimonial³². Ni que decir tiene que este entramado normativo vendrá a reemplazar, en el sistema español de DIPr, la reglamentación que del tema proporciona actualmente el art. 11 del Código civil.

2. El régimen económico matrimonial legal

Cuando los cónyuges no han convenido sus relaciones patrimoniales o cuando las han pactado pero sus capitulaciones matrimoniales son ineficaces –o insuficientes– entra en juego el conjunto de disposiciones previstas legalmente con carácter supletorio por el ordenamiento competente para gobernar el régimen de bienes del matrimonio. Ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto que, más allá de introducir una norma de conflicto privativa de la forma del negocio capitular –el art. 20, recién analizado–, la Propuesta de Reglamento no hace ningún tipo de distinción entre el régimen matrimonial consensuado y el legal de cara a la determinación de la ley aplicable, de manera que uno y otro estarán sometidos a las mismas reglas, que pasamos a examinar a renglón seguido.

La primera característica a resaltar de la regulación conflictual de la PRREM, que esta comparte con los otros reglamentos y proyectos de reglamento comunitarios tocantes al sector del Derecho aplicable³³, es su alcance universal, gracias al cual la ley designada por el instrumento ha de ser observada aunque no sea la ley de un Estado miembro de la Unión³⁴, por lo que la normativa europea viene a sustituir a la que es de fuente autónoma. Un segundo rasgo distintivo de la Propuesta, mucho más significativo, es su acogimiento del sistema de unidad regulatoria, en el sentido de que será una sola la legislación que se aplique a la totalidad de los bienes conyugales, con independencia de su situación y de su naturaleza mobiliaria o inmobiliaria³⁵. Dicha peculiaridad, en la que la PRREM coincide con la PRSUC³⁶, y que tiene como finalidad primordial eludir la fragmentación derivada de la concurrencia de diversos ordenamientos, ha sido puesta en cuestión por la doctri-

³¹ Art. 7.2 RRIII [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, p. 1040].

³² COM(2011) 126 final, p. 25.

³³ Art. 3 del Reglamento 864/2007, «Roma II» (RRII), art. 2 RRI, y art. 4 RRIII [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, pp. 1363, 1299 y 1039]; así como el art. 25 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo [(PRSUC): COM(2009) 154 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:ES:PDF, p. 24>)].

³⁴ Art. 21 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 25].

³⁵ Art. 15 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 23].

³⁶ Apartado 4.3 de la Exposición de Motivos de la PRSUC [COM(2009) 154 final, p. 6].

na alemana³⁷, que, apegada a la redacción vigente del *EGBGB*³⁸, hubiera preferido que no se cerraran la puertas a una aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes raíces para evitar problemas de adaptación con el estatuto sucesorio y el dominical regidos por la *lex rei sitae*. Aun cuando la apuesta de la PRREM por la unidad es inequívoca, hay que tener bien presente que la misma puede quebrarse por la acción de las normas materiales imperativas que un Estado miembro considere insoslayables para salvaguardar los intereses esenciales de su organización política, social o económica³⁹. Sobre cuáles pueden ser estas normas de obligado cumplimiento, la Exposición de Motivos de la Propuesta nos da una pista, pues incluye en tal categoría aquellas reglas –pertenecientes al régimen primario– destinadas a garantizar la protección de la vivienda familiar por parte del Estado en cuyo territorio esté radicada la misma⁴⁰. Como la intervención de tales disposiciones depende del DIPr estatal, el entrometimiento de este puede dar al traste no solo con la pretendida unidad legislativa, sino también con la anhelada armonía europea de soluciones.

Entrando en el estudio de las normas de colisión propiamente dichas, indicaremos que, para disciplinar las relaciones patrimoniales dimanantes del matrimonio, la Propuesta de Reglamento recurre, ante todo, a la voluntad de los casados o de los que van a casarse, porque reconoce a estos una autonomía conflictual limitada de opción⁴¹, que les permite escoger, en cualquier momento, como ley rectora de su régimen económico matrimonial la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, la ley del Estado de residencia habitual de uno de los consortes o futuros consortes al tiempo de la elección o la ley nacional de uno de los esposos o futuros esposos en el momento de la opción⁴². Por tanto, se ofrece a las partes un abanico de hasta cinco derechos elegibles: el de la residencia habitual conjunta, que ha de ser apreciada en un momento distinto del de la elección –porque, si no, esta solución sería absorbida por las dos siguientes–, el de la residencia habitual del marido al tiempo de la designación, el de la residencia habitual de la esposa en el momento de la selección, el de la nacionalidad del esposo al tiempo de la opción, y, por fin, el derecho nacional de la mujer *tempore electionis*. Son alternativas razonables, ya que, en todos los casos, remiten a ordenamientos estrechamente conectados con el matrimonio, como lo prueba el hecho de que diversas regulaciones como el art. 3.2 CLH78⁴³, el art. 54 de la Ley suiza de Derecho internacional privado (LSDIP)⁴⁴, el segundo inciso del art. 9.2 Cc⁴⁵ o el art. 30.1 de la Ley italiana de Derecho internacional privado (LIDIP)⁴⁶, las hayan recogido sin apenas variaciones. El principal interrogante que suscita

³⁷ D. MARTINY, «Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften», *IPRax* 31 (2011), p. 451.

³⁸ El art. 15.2.3 *EGBGB* autoriza a que «cuando se trate de inmuebles [los cónyuges elijan] el derecho del lugar de su situación» (J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Madrid, 1995, p. 18).

³⁹ Art. 22 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 25].

⁴⁰ Apartado 5.3 de la Exposición de Motivos de la PRREM [COM(2011) 126 final, p. 9].

⁴¹ Sobre esta modalidad de autonomía conflictual, *vid.* nuestra monografía, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, 2010, pp. 202-208.

⁴² Art. 16 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 23].

⁴³ A. BORRÁS/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 18, p. 201.

⁴⁴ J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 38, pp. 707-708.

⁴⁵ A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, p. 928.

⁴⁶ J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 38, pp. 939-940.

este precepto de la PRREM es el de cómo hay que entender su referencia a la *lex patriae* cuando uno o ambos cónyuges tienen más de un vínculo nacional. En la línea ya apuntada por algún experto⁴⁷, en nuestra opinión, que hemos basado en la jurisprudencia comunitaria⁴⁸ y que hemos defendido en un artículo dedicado a la *professio iuris* prevista en el art. 17 PRSUC⁴⁹, la solución a estas situaciones de doble o plurinacionalidad tiene que pasar por la igualdad de las nacionalidades implicadas, idea que trasladada a la cuestión que nos incumbe significa que la Propuesta, pese a no declararlo explícitamente, habilita a los consortes para seleccionar una cualquiera de las leyes nacionales que uno u otro ostenten.

Por mucho que el acuerdo por medio del cual los casados o los que van a estarlo eligen el derecho aplicable al régimen económico de su matrimonio tenga que ser, como es evidente, formal y sustancialmente⁵⁰ válido, la PRREM solamente se preocupa de los requisitos de forma, cuya observancia ha de verificarse con arreglo a los parámetros que antes hemos detallado a propósito de los capítulos matrimoniales: a saber, una norma de conflicto que, con carácter general, especifica dos soluciones validadoras alternativas —la *lex causae* y la *lex loci actus*—; una regla material, que pide que la elección sea expresa⁵¹ y figure en un documento escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges; y una norma de colisión especial, que establece que, si la ley del país de la residencia habitual común —no la ley del fondo o la del lugar de redacción del acto, como erróneamente proclama el considerando 24 de la Propuesta⁵²—, reivindica para el contrato de matrimonio —no para el *pactum de lege utenda*— condiciones formales adicionales, estas deberán respetarse⁵³.

En los supuestos en los cuales los esposos o los que van a serlo no han escogido el Derecho aplicable —o su elección deviene inválida o ineficaz—, la PRREM acude a una serie de conexiones objetivas, que, articuladas en casca-

⁴⁷ D. MARTINY, *op. cit.* en nota 37, p. 449.

⁴⁸ En resoluciones relativas a la libertad de establecimiento [Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992 (asunto C-369/90: *Micheletti c. Gobierno de Cantabria*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0369:ES:HTML>, apartados 10-11)], a la atribución de apellidos [Sentencia del TJCE de 2 de octubre de 2003 (asunto C-148/02: *García Avello c. État Belge*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0148:ES:HTML>, apartado 28)] y a la determinación de la competencia judicial [Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 (asunto C-168/08: *Hadadi c. Mesko*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0168:ES:HTML>, apartados 51-55)].

⁴⁹ J. M. FONTANELLAS MORELL, «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», *Dereito*, 20 (2011-2), pp. 101-102.

⁵⁰ Por analogía con la solución consagrada en el terreno contractual [art. 3.5 («La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13») en relación con el art. 10.1 («La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos») del RRI (A. BORRÁS *et al.* —ed.—, *op. cit.* en nota 20, pp. 1300 y 1306)], la validez del consentimiento emitido por los esposos o futuros esposos para escoger el derecho encargado de regular el régimen de bienes de su matrimonio no puede ser supervisada sino por la *lex electa*.

⁵¹ *Electio expressis verbis* que también reclaman el art. 7.1 RRIII [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, p. 1040] y, mal que su traducción española sugiera lo contrario [COM(2009) 154 final, p. 21], el art. 17.2 PRSUC [vid. J. M. FONTANELLAS MORELL, «La forma de la designación de ley en la Propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones», *REDI*, LXIII (2011-2), pp. 123-144, por encima de todo, pp. 136-142].

⁵² COM(2011) 126 final, p. 16.

⁵³ Art. 19 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 24].

da, concuerdan grosso modo con las que incorporan el art. 4 CLH78⁵⁴, el art. 14 EGBGB⁵⁵ o el art. 54 LSDIP⁵⁶. Efectivamente, a falta de designación por parte de los cónyuges o futuros cónyuges de la ley rectora del régimen económico matrimonial, la Propuesta de Reglamento llama, para desempeñar tal cometido y por este orden, a la legislación de la primera residencia habitual común después de la celebración del matrimonio, a la de la nacionalidad compartida en el momento de contraer matrimonio –la cual no será aplicable si ambos consortes poseen más de una nacionalidad coincidente–, y a la del Estado con el que los cónyuges, atendidas todas las circunstancias del caso –singularmente, el lugar de celebración del matrimonio–, tengan conjuntamente una vinculación más estrecha⁵⁷. Las soluciones retenidas y su disposición merecen una valoración positiva. Para ser, desde la óptica española, plenamente conscientes de ello, hay que retroceder dos decenios y remontarse a los comentarios que generó en nuestra doctrina la reforma del art. 9.2 Cc, en 1990. En general, la reacción de nuestros autores fue ambivalente: por un lado, estimaron que la nueva redacción del precepto representaba un enorme avance respecto de la de 1974, que estaba aquejada de una patente inconstitucionalidad⁵⁸; por otro lado, consideraron que la reforma había sido una oportunidad perdida para acomodar nuestro sistema de DIPr a las tendencias más modernas de la ciencia conflictual. En particular, en el flamante art. 9.2 se detectaron dos graves deficiencias: la de no haber puesto la voluntad localizadora de los esposos como primera conexión, en contraste con otras normativas coetáneas, como el art. 15.2 EGBGB⁵⁹ o el art. 52.1 LSDIP⁶⁰; y la de haber colocado como cláusula de cierre la ley del país de celebración del matrimonio, a despecho del componente a veces aleatorio y circunstancial del *locus matrimonii*⁶¹. La regulación ideal que nuestros especialistas tenían in mente era una que, jerárquicamente, estipulara que los efectos del matrimonio debían regirse, primero, por el derecho elegido por los consortes de entre los correspondientes a la residencia habitual o a la nacionalidad de uno u otro; en segundo término, por el derecho nacional común al tiempo de contraer matrimonio; en tercer lugar, por el derecho de la residencia compartida por la pareja con inmediata posterioridad al matrimonio, y, en última instancia, por el derecho con el que la unión matrimonial estuviera más íntimamente vinculado. Si cotejamos este esquema de soluciones con el acogido por la Propuesta, nos percatamos de que, entre ambos, hay una gran coincidencia, ya que únicamente difieren en la inversión de las conexiones segunda y tercera, que se explica por la preferencia que el Derecho conflictual comunitario

⁵⁴ A. BORRÁS/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 18, pp. 201-202.

⁵⁵ Lo mismo que en el art. 9.2 Cc, la nacionalidad común precede a la residencia habitual común en la norma de conflicto alemana (J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 38, p. 17).

⁵⁶ En Suiza, la solución conclusiva es la *lex fori* (J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 38, pp. 707-708).

⁵⁷ Art. 17 PRREM [COM(2011) 126 final, pp. 23-24].

⁵⁸ Sancionada formalmente por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 39/2002, de 14 de febrero (*Westlaw*, RTC 2002\39); sobre la misma, E. RODRÍGUEZ PINEAU, «La inconstitucionalidad del artículo 9.2 Cc de 1974 (Comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero)», *REDI*, LIV (2002-1), pp. 243-254.

⁵⁹ J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 38, p. 18.

⁶⁰ J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 38, p. 707.

⁶¹ Al respecto, *vid.*, por todos, A. BORRÁS, «No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español», *ADC*, XLIV (1991), pp. 237-239.

de la familia⁶² y de las sucesiones⁶³ concede a la residencia habitual como elemento conectivo personal, en detrimento de la nacionalidad tan presente en nuestro DIPr de origen estatal.

El postrer aspecto que queremos tratar con relación a los regímenes matrimoniales es el del cambio de la ley aplicable a los mismos. Es una cuestión clásica, que, durante la elaboración del CLH78, fue la más apasionadamente discutida⁶⁴, alcanzándose al final un compromiso⁶⁵, en el que parcialmente se ha inspirado la Propuesta de Reglamento. En síntesis, la fórmula adoptada por la PRREM consta de dos reglas básicas: uno, no cabe la mutación automática del derecho aplicable por la mera modificación de las circunstancias personales –residencia o nacionalidad– de las cuales depende la legislación objetivamente competente⁶⁶; dos, es factible, por el contrario, la alteración voluntaria de la ley aplicable, siempre y cuando se cumplan los requisitos fijados por la Propuesta y se eviten los efectos indeseados que sean resultado de la variación. En este sentido, el proyecto comunitario⁶⁷ solo accede a que los cónyuges elijan, para el futuro, como derecho disciplinador de sus relaciones patrimoniales el del Estado de la residencia habitual o el de la nacionalidad de cada uno de ellos en el momento de la elección. Si, en cambio, los consortes deciden que la *designatio iuris* tenga eficacia retroactiva, la nueva ley nunca puede afectar a los actos válidamente realizados al amparo de la antigua ley ni perjudicar a los derechos de terceros que sean producto de la situación anterior. Por lo que atañe a las condiciones formales de la renovación de la normativa rectora del régimen de bienes del matrimonio, al no ser la misma más que un ejercicio de autonomía conflictual, su forma se ajustará a las pautas ya vistas al estudiar la conexión subjetiva⁶⁸.

III. LEY APLICABLE A LAS UNIONES REGISTRADAS

El paralelismo que, a lo largo de todo su articulado, muestran las dos Propuestas de Reglamento –la PRREM y la PREPUR– que monopolizan nuestra atención, se trunca en el capítulo III –el concerniente a la ley aplicable– de cada una de ellas, porque, como comprobaremos, en materia de uniones *more uxorio*, a diferencia de lo que acontece con los regímenes económico-matrimoniales, la regulación es de una absoluta simplicidad. El motivo es

⁶² En ausencia de designación de ley, el art. 8 RRIII solamente acude a la ley de la nacionalidad común, para regular el divorcio y la separación judicial, cuando no hay, ni ha habido menos de un año antes de la demanda, residencia habitual compartida, residencia que, en la segunda de las hipótesis, uno de los cónyuges aún tiene que mantener [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, p. 1041].

⁶³ La PRSUC toma como conexión prioritaria la última residencia del causante (art. 16) y solo da entrada a la nacionalidad a través de la profesión de ley (art. 17) [COM(2009) 154 final, p. 21].

⁶⁴ A. E. VON OVERBECK, «Rapport explicatif/Explanatory Report», *Actes et documents de la Conférence de La Haye de droit international privé, Treizième session*, tomo II, *Régimes matrimoniaux*, La Haye, 1978, p. 344, núm. 69.

⁶⁵ Arts. 6-8 CLH78 (A. BORRÁS/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 18, pp. 202-203).

⁶⁶ Apartado 5.3 de la Exposición de Motivos y considerando 23 PRREM [COM(2011) 126 final, pp. 9 y 16, respectivamente].

⁶⁷ Art. 18 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 24].

⁶⁸ Los requisitos reseñados en el art. 19 PRREM, analizados más arriba en este mismo apartado.

que, en el tema que ahora nos interesa, el decisivo debate –previo– es el de la concreción del ámbito material de aplicación del venidero instrumento comunitario. Dado que dice que este «se aplicará a los aspectos patrimoniales de las uniones registradas»⁶⁹, la PREPUR efectúa una doble delimitación del campo de actuación *ratione materiae* del futuro Reglamento. Por una parte, abarca los efectos patrimoniales –dejando al margen, como también hace la PRREM, los efectos personales⁷⁰– de la unión extramatrimonial, pero no la constitución de la misma –más allá de exigir que esté registrada–, ni tampoco las causas de su extinción, aunque sí comprende su liquidación como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de sus integrantes⁷¹. Por otra parte, la Propuesta solo tiene en cuenta las uniones registradas⁷², excluyendo de su radio de acción no únicamente a las uniones fácticas o de hecho, o sea, a las no reguladas, sino asimismo a las reguladas pero no registradas. Para España, país en el que coexisten tantos modelos convivenciales reconocidos por la ley⁷³, el corolario de esta segunda aserción es fácil de colegir: solamente aquellas uniones *more uxorio* nacidas a partir de normativas, como la de Baleares⁷⁴ o la del País Vasco⁷⁵, en las que la inscripción en un registro público es un requisito constitutivo, podrán subsumirse en el supuesto de hecho de la norma de conflicto prevista por la PREPUR; mientras que, modalidades de unión estable de pareja, como la catalana –en la que la unión puede derivarse de una convivencia de al menos dos años, de la tenencia de un hijo en común o de la formalización de la relación en escritura pública, sin necesidad de inscripción registral constitutiva⁷⁶, quedarán, a nuestro juicio, fuera del Reglamento⁷⁷.

Una vez definido el objeto de regulación –las uniones registradas–, las directrices conflictuales son lacónicas. En primer lugar, una de ellas estatuye el carácter universal de la ley declarada competente por el instrumento comunitario, la cual, por tanto, se aplicará aun cuando sea la de un Estado no

⁶⁹ Primer inciso del art. 1.1 PREPUR [COM(2011) 127 final, p. 17], la cual, en su art. 2.a), define tales efectos como el «conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada, entre sí y con respecto a terceros, que resulten directamente del vínculo creado por el registro de la unión» [COM(2011) 127 final, p. 18].

⁷⁰ Apartado 5.1 de la Exposición de Motivos y art. 1.3.a) PREPUR [COM(2011) 127 final, pp. 6 y 18, respectivamente].

⁷¹ Apartado 5.1 de la Exposición de Motivos y considerando 11 PREPUR [COM(2011) 127 final, pp. 6 y 14, respectivamente].

⁷² La Propuesta emplea un concepto autónomo de «unión registrada», que es definida, en el art. 2.b), como el «régimen de vida en común entre dos personas contemplado por la ley y registrado por una autoridad pública» [COM(2011) 127 final, p. 18]. Corresponde al Derecho de cada Estado miembro determinar el contenido de las uniones registradas [segunda frase del considerando 10 PREPUR, COM(2011) 127 final, p. 14].

⁷³ Todas las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia de Derecho civil han dictado su Ley de uniones de pareja, y las restantes, con la salvedad de La Rioja y Murcia, han promulgado normativas de carácter público-administrativo.

⁷⁴ Art. 1.2 *in fine* de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (BOIB, núm. 156, de 29 de diciembre de 2001, p. 21090).

⁷⁵ Art. 3.1 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (BOPV, núm. 100, de 23 de mayo de 2003, p. 9185).

⁷⁶ Art. 234-1 del Código civil de Cataluña, integrado en el Libro II de dicho cuerpo legal, promulgado por Ley 25/2010, de 29 de julio (DOGC, núm. 5686, de 5 de agosto de 2010, p. 61224).

⁷⁷ La existencia de registros, mayormente municipales, con fines puramente informativos no empece para nada lo dicho sobre la inaplicabilidad del Reglamento a las uniones no registradas constitutivamente.

miembro de la Unión Europea⁷⁸. En segundo término, la que, en puridad, es la norma de colisión decreta que el derecho aplicable sea el del país del registro de la unión⁷⁹; solución que, a la vista del patrón convivencial adoptado, es la más lógica y sencilla, y cuenta con el aval de legislaciones, como la alemana⁸⁰ o la belga⁸¹, que la han positivizado. Nos resta, por último, el art. 18.2 de la Propuesta de Reglamento, regla que, con reminiscencias del art. 27.2 PRSUC⁸², veta la intervención del orden público si el recurso a este correctivo se debe exclusivamente a que la *lex fori* desconoce esta forma de unión⁸³. En principio, podría parecer una disposición excesiva, pero la misma ha de ponerse en relación con el apartado 2 de los arts. 3 y 5 PREPUR, que posibilitan que, enfrentados a una demanda tocante a aspectos patrimoniales de una unión registrada, los tribunales de un Estado declinen la competencia, accesoria a una sucesión o fundada en la residencia habitual de una de las partes, de las dos o del demandado, si su derecho ignora dicha institución⁸⁴. Resulta coherente que el órgano jurisdiccional, que, cuando ha podido, no se ha declarado incompetente en un litigio referente a una figura extraña a su ordenamiento jurídico, no pueda luego, en una segunda oportunidad, apelar al orden público para evitar pronunciarse sobre la base de una legislación extranjera ajena a sus valores esenciales.

En el supuesto de que esta iniciativa legislativa comunitaria llegue a buen puerto, su circunscripción a las uniones registradas va a ser muy problemática para España por la conocida falta de regulación conflictual autónoma del fenómeno de la convivencia *more uxorio*. En efecto, carente hasta ahora nuestro sistema de DIPr de una norma de conflicto en la materia, lo que ha venido haciendo la doctrina ha sido teorizar acerca de cuál era la solución que mejor se amoldaba a la realidad jurídica española y verificar hasta qué punto la misma se reflejaba en las escasas decisiones judiciales sobre esta cuestión. Entre nuestros juristas, el primero en exponer una tesis fue el profesor SÁNCHEZ LORENZO, que muy tempranamente, cuando en nuestro país no había ninguna normativa orgánica sobre las uniones de hecho, propugnó que, a tenor de la situación reinante, caracterizada por la ausencia de una reglamentación sistemática y unitaria de las relaciones convivenciales y por la imposibilidad de acudir por analogía a las disposiciones matrimoniales al proscribirlo la jurisprudencia constitucional y civil, se optara por una regulación casuística a base de respuestas particulares, en función de la naturaleza y finalidad de cada pretensión jurídica formulada⁸⁵. Pese a la solidez de esta construcción, hace algunos años,

⁷⁸ Art. 16 PREPUR [COM(2011) 127 final, p. 23].

⁷⁹ Art. 15 PREPUR [COM(2011) 127 final, p. 23].

⁸⁰ Primer punto del art. 17.b EGBGB, introducido con la reforma de 16 de febrero de 2001 [A. LAMARCA MARQUÈS (dir.), *Código civil alemán y Ley de introducción al Código civil*, Madrid, 2008, p. 534].

⁸¹ Art. 60 del Código belga de Derecho internacional privado, de 16 de julio de 2004 [RCDIP, 94 (2005), p. 169].

⁸² En su versión correcta (*vid.* J. M. FONTANELLAS MORELL, *op. cit.* en nota 49, p. 125), dicho artículo impide que se recurra al orden público por el solo hecho de que haya disparidad legitimaria entre la *lex fori* y la *lex causae* [COM(2009) 154 final, p. 24].

⁸³ COM(2011) 127 final, p. 23.

⁸⁴ COM(2011) 127 final, pp. 19 y 20.

⁸⁵ S. SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado», *REDI*, XLI (1989-2), pp. 487-531, en especial, pp. 511 y 528-529. Este criterio, apadrinado en su momento por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS («Derecho de familia. El matrimonio», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª ed., Madrid, 1996, p. 293), es, en la actualidad, preconizado por J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.* en nota 26, pp. 428-430.

tuvimos ocasión de contribuir al debate con un trabajo⁸⁶, en el que, a partir de la intención del Parlamento de Cataluña de legislar sobre las uniones de hecho, entendidas como una institución más del Derecho de familia, creímos que era pertinente un cambio de enfoque que, a nuestro modo de ver, había de pasar por que el núcleo de cuestiones esenciales de las parejas no casadas –creación, efectos *inter partes* y respecto de terceros y disolución– se rigieran por una sola ley, la cual, habida cuenta de los principios inspiradores del sistema español de DIPr –en cuanto al estatuto personal *lato sensu*, el de la nacionalidad–, no podía ser otra que la ley nacional común de los convivientes (art. 9.1 Cc) y, subsidiariamente, la de su residencia habitual común (art. 9.10 Cc). Desde entonces, nuestro punto de vista ha sumado adhesiones⁸⁷, han aparecido y desaparecido normas autonómicas de dudoso encaje constitucional⁸⁸, la jurisprudencia se ha pronunciado con poco rigor⁸⁹, pero pensamos que, hoy por hoy, la discusión está en los términos en los que estaba hace más de una década; y, según parece, la Unión Europea no vendrá a zanjarla o, al menos, no por entero. Un par de vías de actuación se nos antojan practicables: por un lado, que los órganos legislativos de los territorios con competencia en materia de Derecho civil adapten –cuando sea necesario– sus leyes referentes a las uniones extra-matrimoniales, exigiendo en todos los casos la inscripción registral constitutiva de las mismas; por el otro, que las Cortes Generales doten a nuestro DIPr estatal de una norma de conflicto para las uniones *more uxorio*, apta para entrar en liza cuando el venidero Reglamento europeo no resulte aplicable.

IV. CUESTIONES GENERALES RELATIVAS AL DERECHO APLICABLE

En este apartado, vamos a abordar brevemente tres problemas de la parte general de nuestra disciplina, que, con mayor o menor visibilidad, aparecen en ambas Propuestas de Reglamento. El primero es el reenvío, al que, como es tradicional en los instrumentos o proyectos de instrumento comunitarios⁹⁰, no se otorga ningún papel⁹¹. En contraste con lo que ocurrirá en otros domi-

⁸⁶ J. M. FONTANELLAS MORELL, «Noves perspectives per a una regulació de les unions de fet en el dret internacional privat espanyol», en J. M. MARTINELL/M. T. ARECES PIÑOL (ed.), *Uniones de hecho*, Lleida, 1998, pp. 233-245.

⁸⁷ Vid. E. PÉREZ VERA, «Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español», en A. L. CALVO CARAVACA/J. L. IRIARTE ÁNGEL (ed.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 137; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, 2004, p. 111.

⁸⁸ Con relación a los arts. 1.1 *in fine* y 20.2 de la Ley Catalana de Uniones Estables de Pareja, de 15 de julio de 1998, vid. C. González Beilfuss, «Nuevas normas catalanas: el Código de familia y la Ley de parejas de hecho», *REDI*, L (1998-2), pp. 310-311.

⁸⁹ Con todo, una aplicación analógica de las reglas del matrimonio ha parecido imponerse en nuestras resoluciones judiciales: vid. las Sentencias de la AP de Navarra, de 12 de junio de 2002 (*Westlaw*, JUR 2002\201896), de la AP de Girona, de 2 de octubre de 2002 (*Westlaw*, AC 2002\1493), del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 2007 (*Westlaw*, RJ 2007\4937), de la AP de Islas Baleares, de 27 de febrero de 2009 (*Westlaw*, JUR 2009\187553). Las dos primeras han sido comentadas por A. FONT I SEGURA, *REDI*, LV (2003-1), pp. 474-485, la segunda por R. ARENAS GARCÍA, *AEDIPr* IV (2004), pp. 678-684, y la tercera por C. VAQUERO LÓPEZ, *AEDIPr* VII (2007), pp. 1039-1041.

⁹⁰ Art. 24 RR II, art. 20 RRI y art. 11 RR III [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, pp. 1369, 1308 y 1041]; igualmente, el art. 26 PRSUC [COM(2009) 154 final, p. 24].

⁹¹ Art. 24 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 25] y art. 19 PREPUR [COM(2011) 127 final, p. 24].

nios, como las sucesiones⁹² o, últimamente, el divorcio⁹³, en los que la operatividad del reenvío va a ser frenada en seco por los reglamentos europeos, en la esfera de los regímenes económico-matrimoniales y en la de las uniones estables de pareja no tenemos constancia del juego del reenvío y, por consiguiente, su exclusión no reportará sensibles novedades, fuera de ir dejando libre nuestro sistema conflictual de una institución tan perniciosa como prescindible⁹⁴.

Otro tema de interés es el de la remisión a ordenamientos plurilegislativos, en el que la PRREM⁹⁵ y la PREPUR⁹⁶ se alinean claramente con la regulación del RRIII⁹⁷, la cual contiene unas cláusulas para Estados no unificados, que, al contar con reglas de remisión directa e indirecta, supera los déficits hasta ahora detectados en los instrumentos en vigor⁹⁸ o en preparación⁹⁹, en los que solamente se recogen pautas de remisión directa, que, si bien pueden bastar en conflictos espaciales resueltos por normas de conflicto que utilizan puntos de conexión territoriales, son inservibles ante conflictos interpersonales o interterritoriales basados en la conexión nacionalidad. Afortunadamente, el legislador comunitario ha advertido las insuficiencias de los redactados anteriores y ha optado, en las dos Propuestas de Reglamento, por un sistema de remisión completo.

Finalmente, queda la controvertida cuestión de la aplicabilidad de los reglamentos a los conflictos internos. El otro país europeo con estos problemas –el Reino Unido– ha adoptado disposiciones que expresamente han irradiado los instrumentos comunitarios a los conflictos domésticos¹⁰⁰. En España, empero, no se ha hecho nada, y nuestros autores están divididos en torno a si los reglamentos son directamente aplicables a los conflictos interregionales: frente a aquéllos que abogan por una interpretación dinámica del art. 16 Cc, que obligaría a observar en los conflictos internos las normas que efectivamente resuelven los conflictos de leyes internacionales, sean de la procedencia que sean¹⁰¹, hay otros tratadistas, que, atendiendo a la diversidad de principios que informan el DIPr y el Derecho interregional, respaldan la autonomía de este último a la hora de arbitrar soluciones que solventen los conflictos internos, soluciones que no forzosamente habrían de ser las con-

⁹² La reciente jurisprudencia sucesoria dimana de la célebre Sentencia *Lowenthal*, del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1996 (*Westlaw*, RJ 1996(8212); anotada por E. RODRÍGUEZ PINEAU, *REDI*, XLIX (1997-1), pp. 264-268.

⁹³ Desde hace tres años, el reenvío ha venido incidiendo en divorcios de argentinos domiciliados en España. El primer caso lo juzgó la AP de Gipuzkoa, el 11 de abril de 2008; *REDI*, LX (2008-2), pp. 617-620, nota nuestra.

⁹⁴ Extremadamente crítico con el reenvío se muestra S. SÁNCHEZ LORENZO, «Ámbito del reenvío en la determinación de la ley aplicable a la sucesión hereditaria», *AEDIPr*, IV (2004), pp. 1144-1146.

⁹⁵ Art. 25 PRREM [COM(2011) 126 final, pp. 25-26].

⁹⁶ Art. 20 PREPUR [COM(2011) 127 final, p. 24].

⁹⁷ Art. 14 RRIII [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, p. 1042].

⁹⁸ Art. 25.1 RRII y art. 22.1 RRI [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, pp. 1369 y 1309].

⁹⁹ Art. 28.1 PRSUC [COM(2009) 154 final, p. 24].

¹⁰⁰ Es lo que ha hecho, por ejemplo, en lo que concierne al RRII [*The Law Applicable to Non-Contractual Obligations (England and Wales and Northern Ireland) Regulations 2008, Regulation 6* (<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/2986/regulation/6/made>)].

¹⁰¹ La más señalada valedora de una aplicación inmediata de los instrumentos comunitarios a los litigios interregionales es A. BORRÁS, «Quin hauria de ser el paper del veïnatge civil en el Dret interregional del futur?», *RJC*, CIX (2010-4), pp. 61-62.

vencionales o institucionales propias del tráfico externo¹⁰². En este contexto, ¿cómo cabe interpretar que, a diferencia de los instrumentos comunitarios vigentes o en curso de estarlo¹⁰³ –que precisan que los Estados miembros de la Unión Europea no están compelidos a aplicar los reglamentos al tráfico interno–, las dos Propuestas examinadas no incluyan una cláusula de esta índole?¹⁰⁴ Si el silencio de la PRREM y la PREPUR se entendiera como una anuencia a que dichos instrumentos se proyectaran a los conflictos de Derecho interregional, sería una bendición que desde Bruselas nos encauzaran lo que aquí somos incapaces de arreglar, pero probablemente la laguna denunciada es un olvido, que se corregirá en el texto definitivo. De ser así, en nuestro país volveremos por donde solemos: a vivir en la indigencia normativa, que hace todavía más difícil la aplicación de reglas ya de por sí complejas como son las encargadas de dirimir los conflictos de leyes en el espacio.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las Propuestas de Reglamento dadas a conocer el pasado 16 de marzo de 2011 son, en buena medida, la culminación del propósito subyacente en la «comunitarización» del DIPr europeo de proveer a los Estados integrantes de la Unión de unas normas uniformes que englobaran todos los sectores de nuestra disciplina y cubrieran las partes primordiales del Derecho privado. En este sentido, las dos iniciativas estudiadas en estas páginas representan un paso decisivo para completar la regulación internacionalprivatística de la Comunidad en el terreno del Derecho de familia. Sin embargo, se trata de proyectos muy distintos, que pueden sufrir una suerte dispar en las negociaciones en ciernes, ya que parece mucho más fácil consensuar el instrumento tocante a los regímenes matrimoniales –que afecta a una realidad supeditada a legislaciones diferentes pero comparables–, que el relativo a las uniones registradas –cuyo objeto no solo está subordinado a regulaciones inconciliables, sino que incluso es puesto en cuestión por algunos derechos nacionales–.

En lo correspondiente a la ley aplicable, que es de lo que nos hemos ocupado en este artículo, hay que decir que las soluciones sugeridas son muy razonables. En materia de regímenes económico-matrimoniales, las normas de conflicto inseridas en la PRREM, influidas decisivamente por el CLH78, responden, en lo fundamental, a las orientaciones dominantes en el DIPr europeo. Es más, desde una perspectiva española, las conexiones acogidas por la Propuesta son las que, desde 1990, ha venido reclamando nuestra mejor doctrina. El principal motivo de censura que hallamos en el texto proyectado es la parcial regulación del contrato de matrimonio, porque hubiera sido preferible un articulado más detallado que, además de pautar la forma de

¹⁰² Contrarios a una proyección mecánica de los reglamentos al tráfico interno son S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y Derecho interregional», en sus *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, pp. 152-153; y A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, pp. 214-215.

¹⁰³ Art. 25.2 RRII, art. 22.2 RRI [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, pp. 1369 y 1309] y art. 28.2 PRSÚC [COM(2009) 154 final, p. 24].

¹⁰⁴ No hay ningún precepto que aluda al asunto, pero el considerando 26 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 16] y el considerando 22 PREPUR [COM(2011) 127 final, p. 16] dejan entrever que las instancias comunitarias lo tienen presente.

las capitulaciones, rigiera también su fondo para evitar, en nuestro caso, tener que recurrir a un precepto de tan complicada exégesis como es el art. 9.3 Cc. Por lo que hace a las uniones *more uxorio*, ya se ha comentado que lo más discutible es el criterio escogido para perfilar el ámbito de aplicación material del instrumento, pues, una vez limitada la PREPUR a las uniones registradas, la solución retenida, observar el derecho del país del registro, es la más natural. Por último, están las reglas complementarias sobre cuestiones generales de los conflictos de leyes, en las que se han tomado decisiones –exclusión del reenvío, inclusión de normas de remisión directa e indirecta a ordenamientos plurilegislativos– que son acertadas. Desde un prisma estrictamente español, resta, no obstante, el problema de la proyección de los reglamentos comunitarios a los conflictos internos, tema sobre el que las dos Propuestas guardan un –involuntario– silencio, que –seguramente– el futuro Reglamento romperá, al incorporar una disposición al uso, que, de nuevo, dejará toda la responsabilidad en manos del legislador estatal, quien por ahora no parece haberse dado por enterado.

Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo y Comparado

ALEMANIA

Bibliografía (2011)

MARTIN EBERS*

I. PRINCIPIOS EUROPEOS, MARCO COMÚN DE REFERENCIA E INSTRUMENTO OPCIONAL

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (ed.): *Loan Contracts. Principles of European Law*, prepared by Denis Philippe, Sellier European Law Publishers, München 2011.

SCHULZE, Reiner-STUYCK, Jules (eds.): *Towards a European Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München 2011.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

BREUER, Marten: *Staatshaftung für judikatives Unrecht. Eine Untersuchung zum deutschen Recht, zum Europa- und Völkerrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

BRON, Christian, M.: *Rechtsangleichung des Privatrechts auf Ebene der Europäischen Union. Genese, Gestaltung und Vision*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

DRETTMANN, Anne-Kathrin: *Der Wettstreit der Rechtsordnungen. Law «Made in Germany» als Gütezeichen? Eine Untersuchung der Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Rechts im Vergleich zum englischen Recht am Beispiel von Handelsbräuchen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.

EHRBECK, Thorsten: *Umsetzung von Unionsrecht in föderalen Staaten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung von Kompetenzsystemen und Garantiemechanismen*, Duncker & Humblot, Berlin 2011.

KÖNIG, Julia: *Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

LEMKE, SVENJA Kathrin: *Die Wirkung von Richtlinien und Rahmenbeschlüssen im nationalen Recht der Mitgliedsstaaten*, Logos, Berlin, 2011.

MANGOLD, Anna K.: *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

- MÖSLEIN, Florian: *Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- NUSSER, Julian: *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte. Vorgaben für die Auslegung von Art. 51 Abs. 1 S. 1 EuGrCh*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- RYBARZ, Jonas C.: *Billigkeitserwägungen im Kontext des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- TWIGG-FLESNER, Christian-VILLALTA PUIG, Gonzalo (eds.): *Boundaries of Commercial and Trade Law*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.

III. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO Y DERECHO DE CONSUMO

- ANDRÉS SANTOS, FRANCISCO JAVIER-BALDUS, CHRISTIAN-DEDEK, Helge (eds.): *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- BATTAFARANO, Laura: *Allgemeine und spezielle Regelung der Forderungsabtretung im deutschen und italienischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.
- CHRISTIANSEN, Ragnhild: *Effektive und effiziente Widerrufsrechte. Eine rechtsvergleichende Analyse der Umsetzung der Widerrufsrechte der Haustürwiderrufsrichtlinie und der Fernabsatzrichtlinie in Deutschland und England im Vergleich mit dem Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, JWV, Jena, 2011.
- DÖLL, Yves: *Rückgewährstörungen beim Rücktritt. Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- HEß, Sebastian: *Rückabwicklung und Wertersatz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu jüngeren Entwicklungen im europäischen Privatrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- JANKO, Markus: *Zur Anwendbarkeit verbraucherrechtlicher Vorschriften im Arbeitsverhältnis. Ein Beitrag zur Methode der Rechtsfindung unter Berücksichtigung der vertragstheoretischen Einordnung von Verbraucher- und Arbeitsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- KESSEL, Jenny: *Die Missbrauchsklausel der Zahlungsverzugsrichtlinie*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- KNAPP, Andreas: *Europarecht und Vertragsgestaltung*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- KOLMSEE, Bastian: *Die Anpassung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Dauerschuldverhältnissen*, Kovacs, Hamburg, 2011.
- KOSCHE, Kevin: *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law. Eine rechtsvergleichende, rechtshistorische und rechtsökonomische Analyse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- LEIN, Eva: *Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- RODORFF, Christian: *Die Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- SALEWSKI, Sabrina: *Der Verkäuferregress im deutsch-französischen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

- SANDIDGE, Melanie: *Der Vorrang der Nacherfüllung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, US-amerikanischen und UN-Kaufrechts*, Kovacs, Hamburg, 2011.
- SCHMIDLIN, Bruno: *Der Vertrag im europäischen Zivilrecht. Le contrat en droit civil européen*, Schulthess, Genève-Zürich-Bâle, 2011.
- SCHMIDT-MORSBACH, Susanne: *Die Missbräuchlichkeitskontrolle Allgemeiner Geschäfts- und Versicherungsbedingungen in Verbraucherverträgen, Eine Untersuchung über die Auswirkungen der Richtlinie 93/13 EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen auf die Wirksamkeitsprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter besonderer Berücksichtigung von Versicherungsverträgen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- SEILSTORFER, Silvia Karolina: *Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Portugal mit rechtsvergleichenden Hinweisen zum deutschen Recht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- STOMPS, Andreas: *Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Eine Untersuchung des deutschen Rechts mit Bezügen zum englischen Recht und dem Draft Common Frame of Reference (DCFR) am Beispiel von Haftungsklauseln*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- SULIJA, Gintautas: *Standard Contract Terms in Cross-Border Business Transactions. A Comparative Study from the Perspective of European Union Law*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- TAMM, Marina: *Verbraucherschutzrecht. Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

IV. DERECHO DE DAÑOS-RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

- GLÖCKNER, Arno: *Zivilrechtliche Haftung für Links im World Wide Web in Deutschland und den nordischen Staaten*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- MEESSEN, Gero: *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht-Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- SCHRAGE, Philipp: *Der Schadensersatz im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Die Gewähr des Schadensersatzes nach Inkrafttreten des «Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums»*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- SCHULZE, Reiner (ed.): *Compensation of Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.

V. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

- ADOMEIT, Klaus-MOHR, Jochen: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Kommentar zum AGG und zu anderen Diskriminierungsverboten*, 2. Auflage, Boorberg, Stuttgart, 2011.

- BAUER, Jobst-Hubertus-GÖPFERT, Burkard-KRIEGER, Steffen: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar*; 3. Aufl., CH Beck, München, 2011.
- BIESALSKI, Florian Bernd: *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie. Auswirkungen des AGG auf die Wohnraummiete*, Kovacs, Hamburg 2011.
- LIESKE, Steffen: *Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

VI. DERECHO EUROPEO DE BIENES

- CALME, Sandie: *Der Eigentumsvorbehalt des deutschen und französischen Rechts im europäischen Kontext. Zugleich ein Beitrag zum internationalen Insolvenzrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- WESTRIK, Roel-VAN DER WEIDE, Jeroen (eds.): *Party Autonomy in International Property Law*, Sellier European Law Publishers, München, 2011

VII. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

- SCHLAGELAMBERS, Jana: *Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen als unlautere Geschäftspraktik im europäischen und deutschen Recht*, V&R Unipress, Göttingen, 2011.
- SCHMIDT-KESSEL, Martin-SCHUBMEHL, Silvan (eds.): *Lauterkeitsrecht in Europa. Eine Sammlung von Länderberichten zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- WIEBKE GOLDHAMMER, Gesche: *Lauterkeitsrecht und Leistungsstörungenrecht*, Kovacs, Hamburg, 2011.

VIII. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- BLEY, Florian: *Die zweite Instanz nach deutschem und englischem Zivilprozessrecht. Zugang und Prüfungsprogramm*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- CONTI, Natalia: *Grenzüberschreitende Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in Europa. Eine Untersuchung der neuen EG-Unterhaltsverordnung*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- GARBER, Thomas: *Einstweiliger Rechtsschutz nach der EuGVVO. Die internationale Zuständigkeit für die Erlassung einstweiliger Maßnahmen und deren Anerkennung und Vollstreckung nach der EuGVVO*, BWV, Berlin, 2011.
- HARSÁGI, Viktória-KENGYEL, Miklós (eds.): *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- HUBER, Peter (ed.): *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- RAUSCHER, Thomas (ed.): *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: Rom I-VO, Rom II-VO*, Bearbeitung 2011, Sellier European Law Publishers, München, 2011.

ESPAÑA

Legislación

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

L. 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011)

La Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008 (DO L 133, de 22 de mayo de 2008), relativa a los contratos de crédito al consumo, deroga la anterior Directiva 87/102 (art. 29) y, con el fin de reducir las diferencias que aun existían entre los Estados miembros y evitar distorsiones de la competencia, dota de un nuevo régimen jurídico a las operaciones de concesión de crédito al consumo, en especial por lo que se refiere a los mecanismos de protección al consumidor (EM 3 y 4 Dir. 2008/48). La directiva adopta un enfoque de armonización máxima que trata de asegurar una protección al consumidor equivalente en todos los Estados miembros y un auténtico mercado interior (EM 9 Dir. 2008/48). Como consecuencia, el legislador nacional no puede introducir disposiciones nacionales distintas a las armonizadas (art. 22.1 Dir. 2008/48). Pero la directiva no armoniza todos los aspectos de los contratos que regula, presenta expresamente distintas opciones o alternativas, y, además, excluye determinados contratos. En los ámbitos no cubiertos, los Estados miembros pueden mantener o introducir las normas nacionales que tengan por conveniente y, naturalmente, pueden extender a los contratos excluidos todo o parte del régimen jurídico previsto en la directiva (v. gr. EM 9, 10, 15, 17, 22, 25, 27, 30, 33, 47 Dir. 2008/48).

La transposición de la norma comunitaria ha tenido lugar en España mediante la L. 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE núm. 151, de 25 de junio 2011) (DF 6.^a) y, a pesar de que la mayoría de Estados miembros ya habían promulgado sus respectivas normas entre 2009 y 2010, no se puede reprochar al Gobierno español una excesiva falta de puntualidad, si se tiene en cuenta que la fecha límite de 12 de mayo de 2010, que inicialmente fijaba el art. 27 de la Dir. 2008/48, fue luego modificada y sustituida por la de 10 de junio de 2011 (*vid.* corrección de errores, DOUE L 207, de 11 de agosto de 2009). La norma española entró en vigor a los tres meses de publicación en el BOE (el 25 de septiembre de 2011) y, además de derogar la anterior L. 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, y cuantas normas de igual o inferior rango se opongán a la misma (DD Única; DF 1.^a), también modifica los arts. 2 y 7.7 de la L. 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles y el art. 519 LEC (DF 2.^a y 3.^a).

La L. 16/2011 no tiene efectos retroactivos y no se aplica a los contratos de crédito en curso en la fecha de su entrada en vigor, pero, de acuerdo con lo previsto en el art. 30.2 Dir. 2008/48, determinados artículos son aplicables a los contratos de crédito de duración indefinida que hayan sido celebrados antes de esa fecha. Así, las previsiones relativas a la información de los arts. 18, 19 y 20.2 y 3, al derecho de las partes a poner fin a un contrato de crédito de duración indefinida (art. 27) y a la cesión de derechos (art. 31). Las entidades deben adaptar sus contratos a esas normas en el plazo de 12 meses

* Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de los Proyectos DER 2008-02325/JURI y 2009 SGR 221.

desde la entrada en vigor, entendiéndose que el cliente presta su consentimiento tácito si tres meses después de la recepción de la comunicación no se opone. Si lo hace, podrá resolver, sin coste alguno a su cargo, el contrato hasta entonces vigente (DT Única L. 16/2011).

Ámbito objetivo

La norma se aplica a los contratos en que el prestamista concede, o se compromete a conceder, a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación (art. 1.1 L. 16/2011). Se deja así abierta la posibilidad de acoger cualquier técnica de concesión de crédito, incluso las que puedan aparecer en el futuro (EM 5 Dir. 2008/48; EM III, 2 L. 16/2011). En los contratos de crédito expresamente tipificados en los art. 3 y 4, la aplicación de la ley se excluye total o solo parcialmente. Así, no se aplica a los préstamos hipotecarios y, por el contrario, se aplica solo en parte a los contratos de crédito cuyo importe es superior a los 75.000 euros (ambos tipos de contratos excluidos del ámbito de aplicación de la directiva). El pago periódico de prestaciones que son asimismo periódicas no implica concesión de crédito y, por tanto, tal supuesto no queda amparado por la norma (EM 12 Dir. 2008/48; art. 1.2 L. 16/2011).

Ámbito subjetivo

Los sujetos intervinientes son el consumidor y el prestamista (persona física o jurídica, sin ninguna de las limitaciones a que alude la EM 15 Dir. 2008/48) y, en su caso, el intermediario del crédito (art. 2). El consumidor se define como la persona física que actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional. Se restringe la definición del art. 3 TR-LGDCU, para adecuarla a la que proporciona la directiva (art. 3 a). Sin embargo, que las personas jurídicas no deban ser calificadas de consumidoras, de acuerdo con el derecho comunitario, no impedía extender la protección a las mismas (o a algunas de ellas), puesto que el carácter de máximos de la directiva no obsta para que el legislador nacional pueda adoptar disposiciones que tiendan a proteger a otros sujetos. Así, el § 512 BGB incluye entre los destinatarios de crédito a las personas físicas para el inicio de una actividad económica, en las condiciones establecidas en el precepto. La Dir. 2008/48 no extiende su protección a los prestadores de garantías (en relación con la Dir. 87/102, *vid.* STJCE *Berliner Kindl Brauerei*), a pesar de que inicialmente ese era el propósito [*vid.* art. 3 de la Propuesta de la Comisión del año 2002, COM (2002) 443 final].

Fase precontractual: publicidad, información, asesoramiento y análisis de la solvencia.

La directiva tiene por objeto asegurar que el consumidor recibe una información adecuada con el fin de que pueda tomar una decisión con pleno conocimiento de causa (EM 19 Dir. 2008/48). Con esta finalidad, los arts. 4 y 5 regulan con detalle la información básica que debe figurar en la publicidad y en la información precontractual (forma interna) y la forma de proporcionarla (forma externa) y, en concreto, el art. 5.6 conmina a los Estados

miembros a que, si es necesario, se faciliten al consumidor informaciones personalizadas, de acuerdo con sus necesidades y su situación financiera, lo que, además de la explicación sobre las características esenciales del producto, debe incluir las consecuencias en caso de impago.

En relación con la publicidad, el art. 9 de la Ley 16/2011 transpone lo dispuesto en el citado art. 4.1, I Dir. 2008/48 y, en cuanto a los requisitos de transparencia («de forma clara, concisa y destacada»), todavía precisa más («letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado», art. 9.2 final). La información que detalla el precepto deberá incluirse siempre que la publicidad, anuncios u ofertas indiquen un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito para el consumidor. El precepto no recoge la excepción prevista en el art. 4.1, II y EM 18 final Dir. 2008/48 (art. 9.1). En concreto (art. 9.2), la publicidad deberá contener, mediante un ejemplo representativo, el tipo deudor (fijo o variable) y los recargos incluidos en el coste total del crédito para el consumidor; el importe total del crédito; la tasa anual equivalente (salvo el caso de los contratos en los que el crédito se conceda en forma de posibilidad de descubierto o que deban reembolsarse previa petición o en el plazo de tres meses); en su caso, la duración del contrato de crédito; y, en la hipótesis de créditos en forma de pagos aplazados de un bien o servicio, el precio al contado y el importe de los posibles anticipos, así como, en su caso, el importe total adeudado por el consumidor y el importe de los pagos a plazos. Igual que el art. 4.3 Dir. 2008/48, el art. 9.3 L. 16/2011 permite condicionar la concesión de un crédito a la celebración de un servicio accesorio vinculado y, en particular, de un seguro, caso en el cual debe determinarse de antemano el coste del servicio; se admite, sin embargo, que eso puede no ser posible y entonces se exige advertir de la condición de forma clara y concisa. No aceptar ese servicio no solicitado puede suponer no poder contratar el crédito o, por lo menos, no en las condiciones ofrecidas (*vid.* la alternativa de contratar a un coste mayor, en el art. 10.1 k). La posible abusividad de la cláusula (art. 89.4 y 5 TR-LGDCU) vendrá dada por la falta de transparencia en la presentación de la oferta y, en su caso, por la contravención de las normas sobre derecho de la competencia (EM 18 y art. 4.4 Dir. 2008/48).

Diferente de la publicidad es la información precontractual que, de forma gratuita, debe suministrar el prestamista o intermediario de crédito (salvo en el supuesto previsto en el art. 7 Dir. 2008/48 y art. 13 L. 16/2011), en papel o en otro soporte duradero (art. 5.1 Dir. 2008/48; art. 7.1 L. 16/2011; valdría un página web que pudiera archivar). Esta debe contener las menciones normalizadas que figuran en el Anexo II de la ley española, que reproducen las que ya ilustra el Anexo II de la Dir. 2008/48 (luego levisísimamente modificado, en el punto 3, por corrección de errores publicado en el DOUE L 234, de 10 de septiembre de 2011) y que deben redactarse teniendo en cuenta, en su caso, los datos manifestados por el consumidor. Resumidamente, son las siguientes: el tipo de crédito, la identidad del prestamista o, en su caso, del intermediario; el importe total y las condiciones que rigen la disposición de fondos; la duración del contrato; el tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo; la tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, ilustrado mediante un ejemplo representativo que incluya todas las hipótesis utilizadas para calcular dicha tasa; el importe, el número y periodicidad de los pagos; los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas; si existen, los gastos de notaría; si existen, los servicios accesorios y cómo su contratación o no afecta al coste del crédito; el tipo de interés de demora; las consecuencias en caso de impago; si procede, las garantías exigidas.

das; la existencia o ausencia de derecho de desistimiento; el derecho de reembolso anticipado y, en su caso, información sobre el derecho del prestamista a una compensación; el derecho del consumidor a ser informado de forma inmediata y gratuita del resultado de la consulta de una base de datos para la evaluación de su solvencia; el derecho del consumidor a recibir gratuitamente, previa solicitud, una copia del proyecto del contrato de crédito (salvo que en el momento de la solicitud el prestamista no esté dispuesto a celebrar el contrato de crédito con el consumidor); en su caso, el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por la información precontractual. Según el art. 5 Dir. 2008/48, tal información debe ser conocida por el consumidor «con la debida antelación antes de que este asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito». Así lo recoge también el art. 10 pr. de la L. 16/2011 que, por tanto, no precisa qué se entiende por «debida antelación». El art. 8.1 L. 16/2011 añade que la oferta debe contener la información referida y que el prestamista debe mantenerla, salvo circunstancias extraordinarias, un plazo mínimo de 14 días naturales. Es una previsión que el legislador nacional puede adoptar en ausencia de norma comunitaria. El prestamista debe entregar la oferta de contrato con la citada información, «si el consumidor lo solicita» (y, se entiende, si el prestamista está dispuesto a celebrar el contrato, art. 10.8 L. 16/2011), pero el suministro de información *previa a cualquier oferta* no depende de que el consumidor la solicite y, por tanto, es un deber del prestamista (que, con todo, no le obliga a celebrar el contrato). La información precontractual sobre crédito al consumo debe presentarse por separado, aunque se proporcione al mismo tiempo que la oferta. Si ese es el caso, aquella se adjuntará a esta, sin necesidad de reproducir de nuevo en la oferta todas las menciones obligatorias y teniendo en cuenta que, naturalmente, la oferta puede contener cualquier otra mención adicional, libremente pactada entre las partes (art. 5.1 final Dir. 2008/48; art. 10.4 L. 16/2011). Con la introducción de un documento estándar de información precontractual la directiva pretende asegurar que, al menos en teoría, todos los consumidores de la Unión Europea son informados de la misma manera. El art. 6 Dir. 2008/48 establece información específica para, entre otros, los contratos de crédito con posibilidad de descubierto, según lo prevenido en el Anexo III de la Directiva. En la ley española, *vid.* art. 12 y Anexo III, respectivamente. Otras particularidades se refieren a la telefonía vocal y contratación a distancia (art. 5.2 y 3, 6.4 y 7 Dir. 2008/48; art. 10.6 y 7, 12.6 y 9 L. 16/2011). Si no se proporciona la información precontractual por quien resulta obligado a ello (están exentos los proveedores de bienes o servicios que solo actúan como intermediarios de crédito a título subsidiario), no es posible formalizar el contrato (art. 13.1 L. 16/2011), pero el art. 7 L. 16/2011 prevé, de un lado su anulabilidad y, de otro, su posible eficacia a través de la integración del contrato (solución posible solo si la hipótesis de partida es que la información se proporciona de manera incompleta).

Además, el prestamista deberá evaluar la solvencia del consumidor, según los datos que este le proporcione y, aunque no es obligatorio, según los que aquel pueda obtener mediante la consulta de ficheros de solvencia patrimonial (arts. 8, 9 Dir. 2008/48; EM III, 5 y arts. 14, 15 L. 16/2011). A estos últimos se refieren el art. 29 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y los art. 37-44 RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999. Las medidas son conformes con lo establecido, para las entidades de crédito, en el art. 29 de la L. 2/2011, de 4 de marzo,

sobre economía sostenible. Se trata de medidas preventivas, que fomentan la concesión de crédito responsable, con la finalidad de evitar el sobreendeudamiento (EM 26, 27 Dir. 2008/48; EM III 4, 5 L. 16/2011). En España, existen ficheros privados de morosos y, además, la Circular número 3/1995, de 25 de septiembre, del Banco de España, obliga a las entidades bancarias a comunicar a la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE) el registro de todas las operaciones de crédito, prestamos o avales concedidos (riesgos) a partir de 6.000 euros. Ahora bien, puesto que la L. 16/2011 no impone obligatoriamente la consulta de esas bases de datos, ni, por otra parte, impide conceder cualquier crédito aunque las condiciones de solvencia no sean adecuadas, tampoco se pronuncia sobre la responsabilidad civil del prestamista. Sí que la contemplaba la propuesta de Directiva del año 2002 («las sanciones *podrán suponer* que pierda el derecho a cobrar intereses y gastos y que el consumidor mantenga el beneficio del pago fraccionado del importe total del crédito», art. 31.2) y ello era refrendado por el Comité Económico y Social Europeo (CESE), en su dictamen de 17 de julio de 2003. Pero, finalmente, la Dir. 2008/48 solo exige que las sanciones que impongan los Estados miembros sean eficaces, proporcionadas y disuasorias (art. 23). En España, hay que remitirse al art. 5 e L. 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que impone sanciones administrativas si se infringe lo dispuesto en el art. 29.2 L. 2/2011, de economía sostenible, que, con todo, solo contiene un mandato al Ministerio de Economía para desarrollar normas que favorezcan una «adecuada atención a los ingresos de los consumidores» o la «obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante» (entre otras). Significativamente, el precepto añade que «todo ello se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela».

El contrato: forma interna y forma externa

El contrato de crédito se debe formalizar por escrito, entendiendo por tal el que consta en papel o en otro soporte duradero, y debe contener una serie de menciones obligatorias (muchas de las cuales son reproducción de las que deben indicarse en la información precontractual), que se especifican con carácter general o específico para cierto tipos de contratos (arts. 10, 12, 18 Dir. 2008/48; arts. 16, 17, 20 L. 16/2011), con los requisitos de transparencia a que ya se ha aludido. La Directiva no regula las sanciones civiles que pueda merecer la infracción de la forma contractual. Sí lo hacía la Propuesta de directiva de 2002 que no estimaba desproporcionado (y sí eficaz y disuasorio) que los Estados miembros optaran por sancionar al empresario con la pérdida de (todo o parte de) los intereses. Así sucede también en otros países (Francia, art. L. 311-48 *Code consommation*). Otros, por el contrario, con un mayor o menor grado de concreción, optan por un sistema escalonado de sanciones (Alemania, § 494 BGB; Italia, art. 125-bis DLeg. n. 141, de 4 de septiembre de 2010). Ese es el caso también en España.

El art. 21 L. 16/2011 establece la anulabilidad si se incumple la forma a que se refiere el párrafo primero del art. 16 L. 16/2011, esto es, la forma

externa (forma escrita, letra legible y contraste de impresión adecuado) y también si, como prestación accesoria que no forma parte de la forma, se omite proporcionar una copia del contrato (art. 10.1 Dir. 2008/48; art. 16.1 L. 16/2011). La anulabilidad indica que solo puede solicitarla el consumidor, pero, aunque el texto hubiera optado por establecer la nulidad, la prohibición del abuso de derecho (art. 7.1 Cc) ya impediría solicitarla al propio autor de la infracción. El problema de la anulabilidad es que, para la fijación del *dies a quo* en el cómputo del plazo de impugnación, el art. 1301 Cc exige que el vicio haya cesado. En el contexto de los vicios de la forma escrita, ello exigiría subsanar el defecto y, naturalmente, en ese caso desaparecería ya toda posibilidad de impugnación. Además, supuesto que la prestación ya se hubiera comenzado a ejecutar, la anulación del contrato obligaría a la devolución total del préstamo y los intereses correspondientes, lo que pondría al consumidor en la alternativa de perder el beneficio del término o no denunciar las irregularidades formales. Nada excluye, sin embargo, que solo se anulen las cláusulas no negociadas que no sean transparentes (art. 80.1 b TR-LGDCU, «legibilidad»).

Si lo que se infringe es la forma interna y se omiten determinadas menciones obligatorias, el art. 21.2 y 3 L. 16/2011 prevé la integración legal del contrato. Así, si lo que se omite es la tasa anual equivalente, el consumidor solo deberá pagar el interés legal en los plazos convenidos (en detrimento de otra fórmula más contundente que estableciera que «se considerará que el crédito concedido está exento de intereses y gastos»); si lo que no consta es el importe de cada plazo, el consumidor se limitará a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos; si, finalmente, se omiten o se reflejan de manera inexacta el número y periodicidad en los pagos, entonces el consumidor no debe pagar antes de la finalización del contrato. Sorprende que no se contempla expresamente la integración legal para el caso de que la omisión se refiera al tipo de interés (y cabe recordar que, si existen otros gastos, ello no es obstáculo para que rija la L. 16/2011, ex art. 3 f). El art. 21.4 L. 16/2011 prevé una cláusula de cierre para el caso, no de omisión, sino de inexactitud de cualquiera de las menciones que obligatoriamente deben figurar en el contrato: se establece la «modulación» judicial «en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor», de las consecuencias a las que, para esos otros supuestos acabados de señalar, prevé el art. 21.2 y 3 L. 16/2011. La frase es desafortunada (¿qué se entiende por inexactitud? ¿es lógico que la de cualquier mención deba dar lugar a cualquiera de las consecuencias apuntadas?) y, además, no debería regir en el supuesto de inexactitud de los plazos de pago, puesto que entonces la sanción legal no admite modulación, según el art. 21.3, II L. 16/2011. No dice la ley qué sucede cuando otras menciones obligatorias, distintas de las previstas en el art. 21.2 y 3 L. 16/2011 (que solo se refieren a la tasa anual equivalente, al importe o al número o periodicidad de los pagos), no es que sean inexactas sino que directamente resultan omitidas (v. gr. el tipo de interés; la duración del contrato). Hubiera sido preferible establecer legalmente la inoponibilidad de lo no escrito (v. gr. intereses, garantías; gastos de mantenimiento de las cuentas corrientes; servicios accesorios; derecho a la compensación del prestamista; comisiones) y, además, prever otras soluciones que se adecuaran mejor al tipo de infracción cometida (v. gr. establecer legalmente la duración máxima del contrato, en caso de que resultara omitida o fuera inexacta tal mención; v. gr. se fija «30» sin precisar si son días, semanas, meses o años). Por otra parte, cabe entender que la posibilidad de recla-

mar daños por la infracción de un deber legal, *ex art.* 1258.3 Cc, siempre está presente, incluso cuando la solución sanatoria prevista en la ley no convenga al consumidor. Será así, por ejemplo, cuando la fijación legal subsidiaria de los intereses (solución que convendrá cuando se haya omitido el TAE) no sea tan atractiva como la previamente acordada con el prestamista y que este no hizo constar en el contrato.

Tampoco establece la L. 16/2011, qué sucede si el contrato contiene menciones obligatorias de las que previamente el consumidor no ha sido informado, aunque entonces acaso quepa recurrir al art. 7 que prevé (¿alternativamente?), la anulabilidad del contrato (inútil, si el consumidor ya ha dispuesto del préstamo y si, además, pierde el beneficio del plazo) o la integración judicial (art. 65 TR-LGDCU). En esta última hipótesis, hay que tener en cuenta que las cláusulas de las que el consumidor no tuvo conocimiento no pueden incorporarse en el contrato (art. 7 LCGC).

Información postcontractual y modificación del coste total del crédito

Los deberes de información del prestamista continúan durante el periodo de ejecución del contrato. En concreto, se refieren a los costes de amortización (art. 10.2 *i* y 10.3 Dir. 2008/48; art. 16.2 *i* y 16.3 L. 16/2011) y a la modificación del tipo deudor (art. 11 Dir. 2008/48; art. 18 L. 16/2011) y, en los contratos de crédito con posibilidad de descubierto y, en los descubiertos tácitos, a los extremos referidos, respectivamente, en los arts. 19 y 20.3 L. 16/2011. Merece destacarse el art. 20.4 L. 16/2011 que, para el caso de créditos concedidos en forma de descubierto tácito, prohíbe establecer una tasa anual equivalente que supere en 2,5 puntos el interés legal del dinero. La modificación del coste total del crédito (los gastos especificados en el art. 6 *a* L. 16/2011 y, por tanto, incluidos los de los servicios accesorios, como la póliza de seguros cuando sea obligatoria; *vid.* art. 3 *g* Dir. 2008/48) solo procede si existe mutuo acuerdo de las partes y en las condiciones establecidas en el art. 22 L. 16/2011. El precepto debe ponerse en relación con el art. 85.3 TR-LGDCU, sobre licitud de las cláusulas generales de modificación unilateral.

Derecho a poner fin a un contrato de duración indefinida/Derecho de desistimiento

De acuerdo con el art. 13 Dir. 2008/48, el art. 27 L. 16/2011 reconoce al consumidor el derecho a poner fin, de modo gratuito, a un contrato de crédito de duración indefinida. Ello puede realizarse en cualquier momento, sin que se requiera un procedimiento o una forma especial, salvo que se haya acordado un plazo de preaviso que no podrá ser superior a un mes. Si así lo han acordado las partes, el prestamista también tiene ese derecho, pero en ese caso debe notificarlo al consumidor en un plazo de dos meses como mínimo. La notificación, entonces, es formal: en papel u otro soporte duradero. Además, el contrato puede prever la facultad del prestamista de poner fin al derecho a disponer de cantidades con cargo al contrato de crédito de duración indefinida. Eso mismo recoge el art. 27.3 L. 16/2011 que, con todo, en el segundo inciso ya no se refiere a la terminación «del derecho» sino a la terminación «del contrato», que es algo que la norma comunitaria no contem-

pla. Efectivamente, las razones objetivamente justificadas de terminación del derecho del consumidor a disponer de cantidades no son necesarias para desistir unilateralmente del contrato. Aquellas son, por ejemplo, la sospecha de uso no autorizado o fraudulento del crédito o un aumento considerable del riesgo de no poder hacer frente al reembolso (EM 33 Dir. 2008/48). La privación del derecho a disponer debe preavisarse (en papel u otro soporte duradero) antes de adoptar la medida o inmediatamente después. No prevé la directiva, pero sí el art. 27.4 L. 16/2011, que si se hubiese suscrito un contrato de seguro accesorio del crédito, aquel se extinguirá al mismo tiempo que el contrato que este último y el consumidor tendrá derecho al reembolso de la parte de la prima del seguro no consumida.

El art. 14 Dir. 2008/48 introduce el derecho a desistir libremente en los contratos de crédito al consumo y el art. 28 L. 16/2011 lo transpone, excepto las opciones previstas en los párrafos 2, 6 y 7 del art. 14 Dir. 2008/48. De la lectura del precepto comunitario se deduce que ese derecho corresponde al consumidor en todo caso («El consumidor dispondrá [...]»), pero si se relaciona con el que regula la información precontractual en esa misma directiva, se ve que tal derecho puede no existir (art. 5.1 o Dir. 2008/48). Efectivamente, a ciertos contratos de crédito referidos en el art. 2 Dir. 2008/48, se les aplican selectivamente solo determinados preceptos de la directiva y entre ellos no se encuentra el art. 14. En ese contexto debe interpretarse también la ley española. A los contratos de crédito con posibilidad de descubierto, de descubierto tácito y los contratos en que el prestamista y el consumidor pueden establecer acuerdos relativos al pago aplazado o los métodos de reembolso en las circunstancias referidas en el art. 4.4, así como los contratos cuyo importe total sea superior a 75.000 euros, el art. 28 no resulta aplicable (art. 4). De ahí que el art. 16.2 p L. 16/2011 prevea que en la información precontractual se deba hacer constar «la existencia o ausencia del derecho de desistimiento». En todo caso, legalmente el derecho no queda excluido por el hecho de que el contrato se deba formalizar notarialmente, pues el legislador español no ha hecho uso de la opción que ofrecía el art. 14.6 Dir. 2008/48. Si el consumidor ha contratado el crédito al consumo a distancia o fuera de establecimiento comercial y tanto por razón del objeto como de la técnica utilizada la ley reconoce derecho a desistir, la regulación preferente (y excluyente) es la que viene establecida en la L. 16/2011, de crédito al consumo (art. 28.4). Esta regla las condiciones de ejercicio de ese derecho, el plazo (14 días), el *dies a quo* (la fecha de suscripción del contrato o la fecha en la que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información prevista en el art. 16) y la obligación del consumidor de devolver el capital desembolsado, más los intereses devengados entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital, que se calculan sobre el tipo deudor (y no sobre el TAE), como máximo dentro de los treinta días naturales tras el envío de la notificación de desistir. El prestamista solo tiene derecho a reclamar al consumidor, adicionalmente, la compensación de los gastos no reembolsables abonados a la Administración Pública, de acuerdo con lo previsto en la directiva (art. 14.3 b). Se supone que ello se refiere a los pagos realizados a terceras personas que sean funcionarios públicos (a los notarios se refiere expresamente, para el derecho alemán, el *BT-Drucks* 16/11643, p. 83) o por tasas o tributos (v. gr. timbres de las letras de cambio). Naturalmente, si tales gastos los ha pagado el consumidor, los pierde. El desistimiento del contrato de crédito implica el del servicio accesorio prestado por un tercero en virtud de un previo acuerdo con el prestamista. Si se trata de un contrato

de seguro, el consumidor tiene derecho a la parte de prima no consumida. Si el seguro es de vida, rigen las normas sobre desistimiento del art. 83 a L. 50/1980, *en lo que resulte aplicable*. En consecuencia, cabe entender que aunque el consumidor no desista del contrato de crédito en esos 14 días, aún podrá desistir del de seguro en el plazo de 30 días si el contrato tiene una duración superior a seis meses. No resulta aplicable la excepción que prevé el precepto cuando excluye ciertos supuestos del derecho de desistimiento, porque ello sería contrario al art. 14.4 Dir. 2008/48.

La Dir. 2008/48 no introduce ninguna precisión sobre fijación del *dies a quo* o plazo máximo de ejercicio del derecho de desistimiento, en la hipótesis de que el prestamista omite informar al consumidor sobre el derecho. Tampoco lo hace la ley española. Ello permite plantear la duda de si puede aplicarse subsidiariamente el plazo máximo de tres meses del art. 71.3 TR-LGDCU (*ex art.* 68.3 TR-LGDCU y siempre que la expresión «*en su defecto*» no deba interpretarse como sinónimo de ausencia total de regulación específica). La respuesta debe ser negativa y la razón se encuentra en el carácter de máximos de la directiva que, en este punto, no contiene cláusulas que permitan a los estados miembros apartarse de la regulación europea. Claramente, la norma tiende a beneficiar al prestamista, que debe poder confiar en que, transcurridos 14 días a partir del momento indicado en la directiva, al consumidor ya no le será posible ejercer el derecho. El mantenimiento de ese plazo es, pues, condición necesaria para su ejercicio eficaz y cualquier prolongación (directa o indirecta) supondría una infracción de la norma europea. Es así, aunque el contrato de crédito al consumo se celebre fuera de establecimiento. Pero, en este caso, la inaplicabilidad del art. 110 TR-LGDCU (que, conforme con la doctrina del TSJCE *Heininger*, permitiría aplazar la fijación del *dies a quo* al momento efectivo en que se recibe el documento sobre el derecho a desistir) ya resulta directamente del art. 28.4 L. 16/2011.

Contratos vinculados

Existen contratos vinculados cuando el contrato de crédito al consumo sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes o a la prestación de servicios específicos, de manera que ambos contratos constituyen una unidad comercial desde el punto de vista objetivo (art. 29.1 L. 16/2011). El art. 3 *n, ii* Dir. 2008/48 explica este último requisito: implica que sea el proveedor quien otorgue el crédito, o bien que exista colaboración o acuerdo entre el proveedor y el prestamista (aunque ya no «en exclusiva»; *cfr.* STJUE *Scarpelli*) para permitir al deudor la obtención del bien o servicio (art. 77 TR-LGDCU), o bien que en el contrato de crédito se haga constar que este sirve para la adquisición de un bien o servicio específico. Las vicisitudes del contrato de adquisición repercuten sobre el de crédito, de manera que si se desiste del primero (art. 29.2 L. 16/2011) o este es ineficaz por cualquier otra causa (art. 26.2 L. 16/2011) también se deja de estar obligado por este último. El art. 15.1 Dir. 2008/48 solo se refiere a los efectos sobre el contrato de crédito en virtud del desistimiento del contrato de adquisición, pero el legislador nacional tenía potestad para ampliar el supuesto de hecho a cualquier otra causa de ineficacia (EM 37 Dir. 2008/48). También la tenía para regular la terminación del contrato de adquisición o suministro de bienes en la hipótesis de que el consumidor desista del contrato de crédito (art. 28 L.

16/2011), porque esa materia tampoco está armonizada (EM 9 Dir. 2008/48). Sin embargo, no hay en la norma española ninguna disposición al respecto.

El consumidor también puede hacer valer frente al prestamista los remedios que le correspondan frente al proveedor en caso de incumplimiento, en las hipótesis del art. 29.3 a L. 16/2011 (no entrega o entrega parcial de los bienes, o entrega no conforme con el contrato). No se desarrolla el art. 15.2 Dir. 2008/48, que conminaba al legislador nacional a especificar en qué medida y con qué condiciones se puede ejercer ese derecho. De acuerdo con el art. 15.2 Dir. 2008/48, la responsabilidad del prestamista es subsidiaria, aunque cabía la posibilidad de imponer la solidaridad (*vid.* EM 38 y art. 15.3 Dir. 2008/48). Si, en esa misma hipótesis de contratos vinculados, el consumidor se hubiera obligado mediante la firma en letras de cambio o pagarés, el art. 24 L. 16/2011 (precepto no exigido por la directiva) también le permite ejercer frente al prestamista las excepciones que se basen en sus relaciones con el proveedor. Cuando la ineficacia del contrato de suministro determine la ineficacia del contrato de crédito destinado a su financiación, los efectos son los previstos en el art. 23 (art. 26.2 L. 29/2011), en cuanto a indemnización por tenencia del bien, depreciación comercial o deterioro. El art. 23 (que no contempla el supuesto en que lo que se financia es un servicio) no debe su existencia a ningún precepto de la directiva y su regulación se ajusta al supuesto en que, existan o no dos contratos vinculados, el prestamista es el propio empresario que suministra los bienes. La EM 35 Dir. 2008/48 se refiere a la compra a plazos o el arrendamiento financiero con opción de compra.

La vinculación entre contratos de adquisición y crédito también se pone de manifiesto en la eficacia condicionada del primero a la obtención del segundo (sea o no aplicable el art. 29 L. 16/2011). La interdependencia determina que no existan obligaciones entre proveedor y consumidor hasta que este no obtenga la financiación. A ello se refiere el art. 26 L. 16/2011 (sin que ello venga impuesto por la directiva, EM 37 Dir. 2008/48), que también se ocupa de la nulidad de las cláusulas en que se establezca el pago al contado, pero que deja a salvo que se puedan negociar otras formas de pago. Debe acreditarse documentalmente la identidad del proveedor en el contrato de consumo y la del prestamista en el contrato de crédito.

Reembolso anticipado

La Directiva reconoce el derecho del consumidor a liquidar sus obligaciones antes de la fecha convenida en el contrato de crédito, esto es, al reembolso anticipado parcial o íntegro (EM 39 y art. 16 Dir. 2008/48). Lo regula el art. 30 L. 16/2011, que establece el derecho del consumidor a la reducción del coste total del crédito correspondiente a la duración del contrato que quede por transcurrir y añade, sin que ello venga establecido expresamente en la directiva, que esa disminución afecta también a los costes que ya se hayan pagado. Salvo en los supuestos previstos en el art. 30.3 L. 16/2011 (art. 16.3 Dir. 2008/48), el prestamista tiene derecho a una compensación «justificada objetivamente» por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado, pero solo si el reembolso se produce dentro de un periodo en el cual el tipo deudor es fijo. Debe ser, además, una compensación «justa», esto es, en el límite del 1% del importe del crédito reembolsado anticipadamente (si cuando se produce el reembolso al contrato le queda una duración superior a un año) o en el del 0,5 % (si su duración prevista es infe-

rior). Con todo, si el prestamista demuestra la existencia de pérdidas producidas de forma directa como consecuencia del reembolso, podrá reclamar excepcionalmente una compensación más elevada. El art. 30.4 L. 16/2011 se acoge, así, a la alternativa prevista en el art. 16.4 *b* Dir. 2008/48 y establece la forma de calcular la pérdida. Un ulterior límite viene fijado en el art. 30.5 L. 26/2011, en virtud del cual ninguna compensación puede exceder del importe del interés que el consumidor habría pagado durante el periodo de tiempo comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha pactada de finalización del contrato de crédito (art. 16.5 Dir. 2008/48).

Cesión del crédito y del contrato

El art. 17 Dir. 2008/48 está reproducido en el art. 31 L. 16/2011, que contempla la cesión del crédito y del contrato. En ambos casos, la cesión es eficaz sin necesidad de consentirla y no merma la posibilidad del consumidor de oponer al cesionario las mismas acciones y excepciones que tenía frente al cedente (prestamista), incluida la compensación. Es dudoso si, en relación con esta última, el art. 31 admite la aplicación subsidiaria del art. 1198.1 Cc, porque el consentimiento a la cesión del crédito implica una renuncia de derechos (a oponer la compensación) y ello estaría prohibido por el art. 5 L. 16/2011. En otro caso, esto es, si se entiende que puesto que la compensación puede ejercerse frente al cesionario «si está autorizada por los Estados miembros» (art. 17.1 Dir. 2008/48), ello implicaría también remisión a la regulación prevista en las normas nacionales, habría que tener en cuenta el art. 86.4 TR-LGCU, que para la validez de tal renuncia exigiría que esta no fuera objeto de una cláusula no negociada. Tanto el art. 17.2 Dir. 2008/48 como el art. 31.2 L. 16/2011 exigen informar al consumidor de la cesión (del crédito, del contrato), salvo que el prestamista inicial acuerde con el cesionario que frente al consumidor continuará prestando los servicios correspondientes al crédito (*v. gr.* cuando la cesión se efectúa exclusivamente a efectos de titulación). En ese caso, la EM 41 Dir. 2008/48 considera que la información sobre la cesión no tiene especial interés para el consumidor y, por tanto, en este punto entiende que es excesivo exigir ese deber a nivel comunitario. El contenido, la forma y el tipo de información que debe contener la notificación es algo cuya regulación se deja a los Estados miembros, pero la L. 16/2011 no lo desarrolla. Para las consecuencias de la falta de información o notificación de la cesión de crédito, deben estimarse aplicables los arts. 1527 y 1198.3 Cc. La EM 42 Dir. 2008/48 también alude a la posibilidad de establecer formas colectivas de información «cuando ello sea necesario en aras de la eficacia de operaciones complejas, tales como las titulaciones», que es algo que tampoco contempla la L. 16/2011.

Penalización por cobros indebidos

El art. 25 L. 16/2011, sin correspondencia en la directiva, impone al prestamista el deber de restituir las cantidades indebidamente cobradas al consumidor (comisiones, intereses), con los correspondientes intereses (el legal o el contractual si es más elevado). Además, se exige responsabilidad al prestamista si ha actuado con culpa o dolo: la cuantía de la indemnización por los daños causados no será inferior al interés legal (o al pactado en el contrato, si es superior) incrementado en cinco puntos.

Otras disposiciones

Se refieren al cálculo de la tasa anual equivalente (art. 19 Dir. 2008/48; art. 32 L. 26/2011), las obligaciones de los intermediarios de crédito (art. 21 Dir. 2008/48; art. 33 L. 16/2011), el régimen sancionador y el de impugnaciones (arts. 23-24 Dir. 2008/48; arts. 34-36 L. 16/2011).

ITALIA

Bibliografía

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

I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (M. FACCIOLI *, M. TESCARO **,
S. TROIANO ***)

AA. VV.: *Europa e diritto privato*, nn. 2 y 3, 2011. Número dedicado a diversas cuestiones de derecho privado europeo. Entre otras: la incidencia de los derechos fundamentales sobre la disciplina del contrato; el derecho de propiedad en la jurisprudencia del TJUE; los métodos y las tendencias del derecho privado en Europa; los contratos vinculados en el crédito al consumo.

ABAS, P.: «Un sistema misto ed il Common frame of reference», en *Rivista di diritto civile*, 2011, n. 4, I, pp. 577 ss. El autor se apoya en el modelo que proporciona el derecho civil de Québec para desarrollar la tesis en virtud de la cual el estudio de los llamados sistemas jurídicos mixtos resulta fundamental para la construcción de un futuro derecho privado europeo.

BARCA, A.: *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Milano, 2011. El autor contrasta el régimen jurídico del derecho de desistimiento en el Cc italiano y en el *Codice del Consumo*. Un último capítulo se dedica al derecho comparado.

DONZELLI, R.: *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011 / PALMIERI, A.: *La tutela collettiva dei consumatori*, Torino, 2011. El primero de los libros analiza los diversos aspectos de los que se ocupa el art. 140-bis del *Codice del Consumo*, en materia de acciones colectivas para la protección de los consumidores. El segundo, además, las acciones de cesación, con el objeto de procurar una reconstrucción unitaria del sistema.

GAROFALO, L. (a cura di): *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli, 2011. La publicación contiene las actas de un congreso que tuvo lugar en Venecia los días 16 a 18 de mayo de 2007 y contiene diversas contribuciones de juristas europeos. Entre ellos, T. DALLA MASSARA, sobre la aceptación del cumplimiento parcial; E. MOSCATI, en materia de deberes de protección; J.M. RAINER, en cuanto a la relación entre la jurisprudencia austríaca y alemana; B. ZÖCHLING-JUD, en tema de defectos de conformidad de poca importancia.

* Ricercatore di diritto privato. Università di Verona.

** Ricercatore di diritto privato. Università di Verona.

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

- MAUGERI, M.: «Cenni su alcuni profili della riforma del t.u.b. in materia di "credito ai consumatori", en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, n. 10, pp. 463 ss. El artículo reflexiona sobre algunas de las modificaciones al decreto legislativo n. 141 del 2010 al Capítulo II del Título VI del texto único bancario, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2008/48/CE.
- PERUZZI, M.: *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Bologna, 2011. El autor analiza el paradigma de la «autonomía» en el contexto del diálogo social europeo, partiendo de una comparación entre el concepto de «autonomía colectiva», tal y como viene descrito en las teorías sobre las relaciones industriales, y el concepto de «governance», según la ciencia política, y desarrolla sus propios argumentos a la luz de las modificaciones realizadas en el Tratado de Lisboa, la jurisprudencia de los tribunales europeos y las intervenciones de las instituciones comunitarias
- PROSPERI, F.: «La cooperazione del creditore all'adempimento del debitore nel Draft of Common Frame of Reference (art. III.-1:104): un'occasione per qualche notazione di carattere sistematico», en *Rassegna di diritto civile*, 2011, n. 2, pp. 560 ss. Se trata de una análisis sobre el deber del acreedor de colaboración, según la regulación que proporciona el DCFR, que toma en consideración el derecho italiano, pero no exclusivamente.

II. DERECHO COMPARADO (BARBARA PASA)*

1. Libros:

- ANDREANI, Antonio: *Sistemi costituzionali comparati*, Cedam, Padova, 2011, pp. X-354, ISBN 978-88-13-31778-2.
- BRUNO, Anna Silvia, CAVINO, Massimo (a cura di): *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. VIII-208, ISBN 88-14-15700-6.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto costituzionale comparato*, Vol. I, 8.ª ed., Cedam, Padova, 2011, pp. XXVIII-720, ISBN 978-88-132-7926-4.
- GUZZETTA, Giovanni-SAVERIO MARINI, Francesco: *Diritto pubblico italiano ed europeo*, 3.ª ed., Giappichelli, Torino, 2011, pp. XXX-762, ISBN 978-88-348-1472-7.
- PEGORARO, Lucio-RINALDI, Fioravante-RINALDI, Massimo: *Diritto pubblico comparato. Itinerari di apprendimento e di verifica*, Giappichelli Torino, 2011, pp. VIII-188, ISBN 978-88-348-1952-4.
- TROCKER, Nicolò (directo da): *La formazione del diritto processuale europeo. Studi*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. XXII-406, ISBN 978-88-348-1672-1.
- WOELK, Jens-PALERMO, Francesco: *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, 2.ª ed., Cedam, Padova, 2011, pp. XII-368, ISBN: 978-88-13-31729-4.

* Professore Associato di Diritto Comparato. Università di Torino.

2. Direcciones de internet

a) CDCT, *Centro di Diritto Comparato e Transnazionale*: <http://www.cdct.it/>

Se trata de una iniciativa del Isaidat (*Istituto subalpino per l'analisi e l'insegnamento del diritto delle attività transnazionali*), que es miembro de la International Association of Legal Sciences / Association Internationale des Sciences Juridiques (<http://aisj-ials.org/index.htm>) y del cual ya se dio noticia en la crónica precedente, en colaboración con el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, y con la asociación «*Corridoi Atlantici*». El Centro propone desarrollar el debate científico transnacional y la formación y la investigación en el ámbito del derecho comparado y, con este fin, organiza seminarios, congresos y actividades formativas para los estudiantes y los jóvenes investigadores. Junto con el *Center for Transnational Legal Studies* de Londres se ha creado ya un programa de movilidad internacional. Para más información, véase la página web del CDCT, donde además se prevé acoger diversas publicaciones.

b) SIRD, *Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato*: <http://www.sirdcomp.it/>

La SIRD es una asociación constituida a finales de 2010, con la finalidad de promover la ciencia jurídica comparatista y la colaboración entre juristas italianos y extranjeros. La asociación (cuyos estatutos pueden leerse en el sitio web señalado) favorece la difusión del pensamiento comparatista italiano en el diálogo internacional, gracias a diversas actividades de cooperación, como seminarios y congresos; también convoca premios y becas de estudio, promueve las publicaciones, incluso traducciones de obras italianas a otras lenguas, así como facilita otros contactos entre los juristas interesados. Los miembros de la SIRD (sobre cómo devenir miembro, véanse los estatutos) tratan, entre otros, los siguientes temas: antropología jurídica, traducción jurídica, derecho europeo, metodología del derecho comparado, derecho fiscal comparado, derecho italo-japonés.

Legislación

MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO

Decreto legislativo 23 mayo 2011, n. 79

La norma aprueba el Código del turismo y transpone la Directiva 2008/122/CE, que trae consigo numerosas reformas en el Capítulo I, Título IV, del *Codice del consumo* en materia de contratos de multipropiedad, relativos a productos de vacaciones de larga duración, reventa e intercambio.

I. Espacio judicial europeo

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

Nos encontramos nuevamente ante un período poco prolífero desde el punto de vista legislativo. El tema estrella continúa siendo la futura reforma del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, sobre el que continúa debatiendo la doctrina y sobre el que siguen apareciendo documentos de trabajo. El último es el Proyecto de Informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, realizado por el ponente Tadeusz Zwiefka, sobre el que realizaré algún comentario. Por otro lado, El 11 de octubre del presente año, la Comisión presentó su Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea {SEC(2011) 1165 final}{SEC(2011) 1166 final}, Bruselas, 11.10.2011 COM(2011) 635 final. A través de esta breve nota no pretendo dar cuenta del contenido de la normativa en sí, pues en puridad no correspondería a este epígrafe de la crónica, dado que la base jurídica de la iniciativa no es el art. 81 TFUE, sino el 114 TFUE relativo a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. La Propuesta no se enmarca, por tanto, en el ámbito del espacio judicial europeo, lo cual a priori sorprende y ya ha sido objeto de crítica por parte de los internacionalprivatistas. De hecho, el mismo día en que la Comisión publicó la Propuesta, los *blogs* especializados en Derecho internacional privado se hacían eco de la noticia (ver el breve comentario del Prof. Andrew Dickinson en *conflictsoflaws.net*, muy en la línea de lo que expongo a continuación). Lo que me propongo a través de estas líneas es poner de manifiesto la interacción entre una futura normativa común en materia de compraventa y las normas comunitarias de Derecho internacional privado, principalmente el Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) y el Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II).

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

1. Proyecto de Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) (COM(2010)0748 – C7 0433/2010 – 2010/0383(COD)), 28 de junio de 2011, Comisión de Asuntos Jurídicos. Ponente: Tadeusz Zwiefka

Respecto de la supresión del exequátur el PE considera, en contra de lo que propone la Comisión, que sigue siendo necesaria una excepción relativa al orden público sustantivo o procesal. La exclusión del orden sustantivo es incompatible con las obligaciones internacionales de los Estados miembros y, en realidad, no concuerda con el hecho de que los Reglamentos Roma I y Roma II contengan excepciones relativas al orden público y disposiciones de policía. Los Estados miembros ante los que se incoen procedimientos tienen derecho a preservar sus valores fundamentales; por lo tanto, lo mismo debe aplicarse también a aquellos Estados miembros en los que se requiera la ejecución de una resolución. Tampoco es partidario de las excepciones propuestas por la comisión, relativas a obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, incluida la difamación, y las resoluciones relativas a acciones indemnizatorias colectivas que se refieran a la indemnización de los daños ocasionados por prácticas comerciales ilegales, en las que se cumplan determinadas condiciones.

En cuanto a la posible ampliación de las normas sobre competencia judicial a litigios en los que estén involucrados demandados domiciliados fuera de la UE, el ponente del PE apoya la opinión expresada ya en la Resolución del Parlamento relativa al Libro Verde, en la que exponía que dicha cuestión requiere amplias consultas y un debate político. En este punto, la introducción de este concepto en el Reglamento parece prematura.

Con relación a los acuerdos de elección de foro, el PE está de acuerdo con las modificaciones propuestas. Así, considera que el aumento de la eficacia de los acuerdos de elección de foro mediante la disposición de que el tribunal elegido por las partes para resolver su litigio siempre debe tener prioridad, independientemente de si se le ha sometido el asunto en primer o en segundo lugar, es una solución viable. El artículo 32, apartado 2, dispone que cuando un acuerdo contemplado en el artículo 23 confiriere competencia exclusiva a un tribunal o a los tribunales de un Estado miembro, los tribunales de otros Estados miembros no tendrán competencia alguna sobre el litigio hasta que el tribunal o los tribunales designados en el acuerdo se declaren incompetentes. Además, la disposición relativa a la litispendencia establecida en el artículo 29 del Reglamento propuesto debe entenderse, según dispone dicho artículo, sin perjuicio del artículo 32, apartado 2. El considerando 19 hace referencia a la necesidad de mejorar la eficacia de los acuerdos de elección de foro «a fin de dar pleno efecto a la voluntad de las partes y de evitar las tácticas litigiosas abusivas», añadiendo posteriormente que «conviene pues que el presente Reglamento dé prioridad al tribunal designado en el acuerdo para decidir sobre su competencia, independientemente de si se le somete el asunto en primer o en segundo lugar». Además, el artículo 23, apartado 1, permite ahora la atribución de competencia al tribunal elegido, especificando que esto sucederá «a menos que el acuerdo fuere nulo y sin efecto jurídico en cuanto al fondo según el Derecho de dicho Estado miembro».

Finalmente el Parlamento Europeo y respecto de los convenios de arbitraje no apoya la propuesta de la Comisión pues considera el arbitraje está

regido satisfactoriamente por la Convención de Nueva York de 1958 y el Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, de los que son parte todos los Estados miembros, por lo que debe conservarse la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento.

2. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [SEC(2011) 1165 final] [SEC(2011) 1166 final], Bruselas, 11.10.2011 COM(2011) 635 final

La Propuesta parte de la premisa de que las diferencias que existen en los Estados miembros en lo que respecta al Derecho contractual suponen un obstáculo para los comerciantes y los consumidores que quieren emprender actividades de comercio transfronterizo en el mercado interior. Por ello, una unificación del Derecho contractual que incluye disposiciones protectoras del consumidor conseguirá mejorar el establecimiento y funcionamiento del mercado interior facilitando la expansión del comercio transfronterizo. Este corpus uniforme ha de considerarse como un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros disponible para las transacciones transfronterizas previo acuerdo válido de las partes. Se trata, por tanto, de un instrumento opcional que solo será de aplicación en la medida en que las partes lo hayan elegido. Ahora bien, como señala el considerando 10 de la Propuesta: «El acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea debe ser una opción ejercida en el ámbito de aplicación de la legislación nacional respectiva aplicable con arreglo al Reglamento (CE) n.º 593/2008 o, por lo que hace a las obligaciones de información precontractual, con arreglo al Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales [Reglamento (CE) n.º 864/2007], o cualquier otra norma pertinente en materia de conflicto de leyes. Por tanto, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea no equivale a, ni debe confundirse con, la elección de la ley aplicable a tenor de las normas sobre conflicto de leyes, y ha de entenderse sin perjuicio de ellas. El presente Reglamento no afectará pues a ninguna de las normas en materia de conflicto de leyes en vigor. Y el considerando 12 añade que habida cuenta de que la normativa común de compraventa europea contiene un conjunto completo de normas obligatorias de protección de los consumidores plenamente armonizadas, cuando las partes hayan optado por utilizar la normativa común de compraventa europea no habrá disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito. Por tanto, el art. 6.2 del Reglamento Roma I (norma de conflicto protectora del consumidor que garantiza al consumidor la protección de las normas imperativas del Estado de su residencia habitual) y que se basa en la existencia de diferentes niveles de protección no reviste relevancia práctica en relación con las cuestiones reguladas por la normativa común. A nivel intracomunitario es cierto que la existencia de derecho uniforme evitaría el tener que recurrir a la técnica conflictual. De hecho, ya en 2001 cuando defendí mi tesis doctoral propuse que en las relaciones intracomunitarias, dada la existencia de armonización (aunque fuese de mínimos), la norma de conflicto podía ser diferente y permitir la aplicación de la ley del empresario, pues el consumidor tenía garantizado el nivel de protección comunitario (un nivel que según el Tratado de Funcio-

namiento de la Unión Europea debe ser elevado) y el empresario ahorra en costes. Ahora bien, cuando se reformó el Convenio de Roma para transformarlo en Reglamento se mantuvo la necesidad de garantizar al consumidor la protección que le ofrece la ley de su residencia habitual, con los innumerables inconvenientes que ello supone y en lo que no me puedo detener.

Cuando la relación presenta algún elemento extracomunitario, la cosa cambia. De hecho, si el derecho aplicable a la relación es un derecho extranjero (porque la residencia habitual del consumidor está en un Estado no miembro, por ejemplo) parece que sí debería tener relevancia práctica el art. 6.2 del Reglamento Roma I por cuanto se obviaría el mandato de dicho precepto en pro de la aplicación del *corpus iuris*. Según el considerando 14 de la Propuesta: «La utilización de la normativa común de compraventa europea no debe circunscribirse a situaciones transfronterizas que impliquen únicamente a los Estados miembros, sino que también debe estar disponible para facilitar los intercambios comerciales entre los Estados miembros y terceros países. En caso de que intervengan consumidores de terceros países, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea, que supondría la elección de una ley extranjera para ellos, debe estar sujeto a las normas de conflicto de leyes aplicables». Ergo en este caso, ¿la elección realizada por las partes sí es elección de ley? Y en ese caso ¿cuál es la ley que eligen las partes? Recordemos que el Reglamento Roma I no permite la elección de un derecho no estatal. Por tanto, deberá ser la ley del Estado de residencia del empresario (residente en un Estado miembro), en cuyo caso se incumple, como decíamos, el mandato del art. 6.2 del Reglamento Roma I.

Este es solo un ejemplo de la no fácil interacción de los distintos instrumentos comunitarios, máxime si la unificación no es más que un régimen alternativo. Además, no creo que el añadir un régimen contractual voluntario a los ya existentes consiga el efecto buscado sino más bien el contrario, pues aumenta la confusión tanto para los consumidores como para los empresarios. Se trata de un tema que seguro será objeto de largos debates y sobre el que espero poder hacer otra crónica.

II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS *

1. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2011, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas [2011/2013(INI)] [P7_TA-PROV(2011)0262]

El Parlamento se muestra favorable a la creación de un instrumento optativo por medio de un reglamento, que podría complementarse con una «caja de herramientas» para el legislador de la Unión, en la que además de «ideas» procedentes de las distintas tradiciones jurídicas de la UE, se incluirían normas adicionales derivadas de los PECL o el DCFR. Aboga, además, por la

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

creación de «modelos de contratos europeos normalizados», traducidos a todas las lenguas de la UE, vinculados a un sistema de resolución alternativa de litigios que funcionase en línea.

Considera que todas las partes del contrato deberían tener la libertad de elegir o no el instrumento optativo como alternativa a la legislación nacional o internacional («*opt-in*») y pide, por consiguiente, a la Comisión que aclare la relación entre el instrumento optativo y el Reglamento Roma I y los convenios internacionales, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG). Además, solicita que la Comisión aclare cuál de las partes contratantes deberá escoger entre el instrumento optativo y la legislación «normalmente» aplicable, cómo piensa reducir los costes de transacción y cómo garantiza que dicho instrumento se mantiene al día con el acervo existente en Derecho contractual, en particular Roma I, con las necesidades del mercado y con la evolución jurídica y económica.

En cuanto al ámbito de aplicación del instrumento, opina que este instrumento debería abarcar tanto los contratos transfronterizos entre empresas como los contratos entre empresas y consumidores, aunque deben existir reglas distintas para unos y, en relación con los primeros, opina que deben preservarse las prácticas sectoriales existentes, así como el principio de libertad contractual. Considera que el instrumento optativo debe ofrecer un nivel de protección de los consumidores muy elevado, para compensarles por la protección de que gozarían normalmente con arreglo a la legislación de sus respectivos países y señala que algunas partes importantes del acervo de los consumidores se consolidarán probablemente en la Directiva sobre los derechos de los consumidores. Reconoce que el comercio electrónico o los contratos de venta a distancia representan una parte importante de las transacciones transfronterizas y por eso considera que, si bien un instrumento optativo no debe limitarse a estos tipos de transacción, puede ser conveniente establecer límites.

El Parlamento considera beneficioso que el instrumento optativo incluya disposiciones específicas para las clases de contrato más frecuentes, en particular para la compraventa de bienes y la prestación de servicios (incluidos los digitales), pero también los contratos de seguros. Sin embargo, recomienda prudencia en cuanto a la inclusión de servicios financieros y sugiere que quizá sea necesario excluir determinados tipos de contrato de Derecho público de carácter complejo. Pide al Grupo de expertos que estudie la posibilidad de incluir los contratos sobre propiedad intelectual, con objeto de mejorar la posición de los autores, que suelen ser la parte más débil en una relación contractual.

2. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 23 de junio de 2011 con vistas a la adopción de la Directiva 2011/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

El Parlamento Europeo aprobó el 23 de junio la directiva sobre los derechos de los consumidores que la Comisión Europea propuso en octubre de 2008, por 615 votos a favor, 16 en contra y 21 abstenciones. La norma, que en el momento de escribir estas páginas aún no ha sido aprobada por el Consejo de Ministros de la UE, y que todavía deberá ser objeto de algunos

ajustes formales (existen remisiones incorrectas a ciertos párrafos o a algunos que no existen, *v. gr.* art. 6.1 *j* remite al art. 10.3; el art. 6.6 remite al art. 6.1 *c bis* y *e bis*; art. 7.4 remite al art. 9.1 *a, b* y *b bis, e* y *e quater*) refunde, actualiza y deroga la Directiva 85/577/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; y la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 (art. 31), relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Además, introduce nuevos preceptos en las Directivas 93/13, sobre cláusulas abusivas, y 99/44, sobre garantías en las ventas de bienes de consumo, relativos al deber de los Estados miembros de comunicar a la Comisión la adopción de determinadas disposiciones (art. 32, 33). Pero el núcleo de la regulación prevista en la nueva directiva es el régimen jurídico de los contratos a distancia y fuera de establecimiento, sin perjuicio de establecer ciertos deberes de información precontractuales para otro tipo de contratos (los no celebrados a distancia ni fuera de establecimiento comercial) y otras normas sobre ejecución y transmisión del riesgo y otros derechos de los consumidores (Cap. IV). La fecha de transposición de la norma en los Estados miembros está prevista para antes de finales de 2013.

Se trata de una armonización máxima, pero solo en la medida en que la directiva no diga lo contrario. Este tipo de armonización se estima necesaria para contribuir a un elevado nivel de protección de los consumidores y a un mejor funcionamiento del mercado interior y, en especial, en los contratos a distancia y fuera de establecimientos comerciales, esta se aprecia en la regulación del deber de suministrar determinada información precontractual y el derecho de desistimiento. Pero la directiva no regula todos los aspectos de la contratación mediante esas técnicas (*v. gr.* deberes de información postcontractual, conclusión y validez de los contratos, sanciones frente al incumplimiento, requisitos lingüísticos) y, a veces, ofrece a los Estados miembros la posibilidad de proporcionar una mayor protección (*v. gr.* en relación con los deberes de información precontractual en contratos distintos a los concluidos a distancia o fuera de establecimiento comercial). Estos también tienen libertad para considerar aplicables determinadas normas de la directiva a otras transacciones excluidas de la misma [por ejemplo, a las ventas a distancia en las que el empresario no cuente con un sistema de venta a distancia organizado, Preámbulo § 13; o a los contratos relacionados en el art. 3 (*v. gr.* asistencia sanitaria, contratos sobre adquisición de inmuebles, servicios sociales), salvo que la razón de la exclusión sea la aplicación preferente de las normas de transposición de otras directivas, Preámbulo §§ 26-32] o para extender el ámbito de aplicación subjetivo a las personas jurídicas o físicas que no sean consumidores según la definición de la directiva (Preámbulo § 13). También los Estados miembros pueden decidir no aplicar las disposiciones de la directiva a contratos fuera de establecimiento cuyo precio no supere los 50 euros, aunque se permite que estos fijen una cantidad inferior (Preámbulo § 28, art. 3.4); o pueden recurrir a la opción de prescindir de la regulación sobre requisitos formales establecidos en el art. 7.4 para los contratos celebrados fuera del establecimiento que sean de ejecución instantánea y cuyo precio no ascienda a más de 200 euros, en los que el consumidor haya solicitado específicamente los servicios del comerciante para que efectúe operaciones de reparación o mantenimiento.

La definición de consumidor (art. 2.1) es la acostumbrada: personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.

De acuerdo con el articulado de una previa versión de la propuesta de directiva, en la actual el Preámbulo (§ 17) todavía advierte que también deben reputarse consumidoras a aquellas que, en parte, actúan con un propósito vinculado con la actividad comercial, siempre que este último no sea predominante. Puesto que la armonización máxima no impide a los Estados miembros ampliar el ámbito de protección subjetivo, no habrá inconveniente en que procedan de esa manera. Ello no autoriza, sin embargo, a ampliar la noción de consumidor restringida que actualmente ofrece la norma. La definición de comerciante incluye a la persona física o jurídica, pública o privada que actúe por sí mismo o a través de otra persona (art. 2.2) –a pesar de que el preámbulo (§ 16) admite que es competencia de los Estados miembros regular los supuestos de representación legal– «siempre que actúe en relación con contratos cubiertos por la presente directiva». Ésas definiciones no se refieren solo a los contratos a distancia o fuera de establecimientos comerciales, sino, en general, a los contratos entre consumidores y empresarios (art. 1); esto es, aunque no se concluyan mediante aquellas técnicas de contratación. Dentro del concepto de «contrato de venta» (art. 2.5) está incluido el contrato mixto de bienes y servicios (*v. gr.* venta y mantenimiento).

La definición de contrato a distancia (art. 2.7) abarca todos los casos en que los contratos se concluyen entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado (aunque el empresario se sirva del sistema organizado que ofrezca un tercero, *v. gr.* una plataforma en línea, Preámbulo § 20), mediante el uso exclusivo de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, Internet, teléfono o fax, etc.), pero se excluye el caso en que el contrato se negocie en el establecimiento mercantil y solo su conclusión sea a distancia, así como que se negocie fuera del mismo e igualmente se concluya a distancia (en este caso, se trataría de un contrato que cae en la órbita de los celebrados fuera de establecimiento mercantil y, se entiende, siempre que se den los requisitos de esta última modalidad, excluyéndose, pues, que la negociación haya sido también a distancia). Las exclusiones del art. 3.3 rigen también para esta modalidad de contratación. El uso para las subastas de plataformas en línea a las que pueden acceder consumidores y comerciantes no es considerado subasta pública en la directiva (Preámbulo § 24), seguramente por considerar que el sistema de adquisición de bienes a través de plataformas no es el ortodoxo seguido en una subasta, esto es, un sistema de pujas en el que hay un precio mínimo de salida, cada oferta anterior se extingue con la posterior y es el máximo pujador quien consigue el producto mediante la adjudicación. En las llamadas subastas *on line* (tipo eBay) se trataría, más bien, de un sistema que consiste en anunciar un producto con un precio límite de venta al que quien más se acerque se le ofrecerá concluir el contrato. La consecuencia es que, siempre que el contrato se celebre con un empresario, no se excluye el derecho a desistir en estos casos (art. 16 *k*).

El contrato celebrado fuera del establecimiento es definido (art. 2.8) como aquel que se celebra con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor en un lugar distinto del establecimiento mercantil (permanente o habitual, aunque solo sea de forma estacional) del primero, independientemente de que aquel hubiera solicitado o no la visita a su domicilio, o de que se hubiera celebrado en la calle, en una excursión, o en un medio de transporte. También incluye el supuesto en que el contrato se celebre en el establecimiento mercantil o a través de un medio de comunicación a distancia, pero se haya establecido un previo contacto personal e individual con el

consumidor fuera del mismo (salvo que su visita haya tenido por objeto tomar medidas o elaborar un presupuesto y siempre que en tales casos «el consumidor haya tenido tiempo de reflexionar», Preámbulo § 21). Las exclusiones del art. 3.3 rigen también para esta modalidad de contratación.

El empresario debe proporcionar determinada información precontractual en cualquier contrato de venta o de servicios que celebre con un consumidor (salvo que resulte evidente por el contexto, art. 5); adicionalmente, se regula ese deber en los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil (art. 6). En el primer caso, los Estados miembros pueden mantener las disposiciones que impongan requisitos adicionales, como nuevas menciones de suministro obligatorio (*v. gr.* riesgos asociados con el uso de los bienes; instrucciones sobre su uso); en el segundo, no, salvo que se trate de requisitos impuestos por la Directiva 2006/123/CE (servicios en el mercado interior) y la Directiva 2000/31/CE (comercio electrónico), aunque en caso de discrepancia prevalecen las disposiciones de la presente directiva (art. 6.8; *cfr.* la regla general contraria en el art. 3.2, para el caso de regulación de sectores específicos). Toda la información precontractual, que resulta incrementada respecto de los contenidos digitales (art. 6.1 *q, r*) –a los que la directiva contempla de forma limitada (Preámbulo §19)–, se integra en el contrato (art. 7.1, 8.1), que debe respetar ciertos requisitos formales. La información solicitada no podrá ser alterada en el momento de contratar, salvo por acuerdo expreso de las partes (art. 6.5). Además, sin perjuicio de lo establecido con carácter general en el art. 25, se prevé expresamente la inoponibilidad de la mención omitida relativa a gastos adicionales al precio que deba asumir el consumidor (los de transporte deben constar claramente o, al menos, la previsión de que deberán abonarse, art. 6.1 *e*) o los costes de devolución en caso de ejercer el derecho de desistimiento (art. 6.6). Cualquier pago adicional al de la prestación contratada debe contar con el consentimiento *expreso* del consumidor antes de celebrar el contrato, sin que este se vea obligado a «deseleccionar casillas» (art. 22).

La información referida al derecho de desistimiento (condiciones de ejercicio, plazo, consecuencias), en los contratos a distancia y fuera de establecimientos comerciales, podrá proporcionarse a través de un documento modelo, en el que los Estados miembros no pueden introducir alteraciones, pero necesariamente deberá acompañarse de un formulario para facilitar el ejercicio de ese derecho, a pesar de que el consumidor puede desistir de cualquier otra forma (art. 11.1) y aunque ello no facilite la carga de la prueba de haber desistido tempestivamente (art. 11.3 y 4). La carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos de información incumbirá al comerciante (art. 6.9).

El plazo de ejercicio del derecho de desistimiento es de 14 días para ambas modalidades de contratación, sin perjuicio de que se excluya o se extinga en algunos supuestos, algunos novedosos (*v. gr.* en los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; sin embargo, si en esa visita, el comerciante presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento debe aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales, art. 16). La directiva fija distintos *dies a quo* en función del objeto del contrato (bienes o servicios), de que se produzca una entrega por separado o por piezas de distintos bienes, o de que se trate de contratos de entrega periódica (art. 9.2). Si el comerciante no

ha informado adecuadamente del derecho a desistir, el plazo se amplía hasta 12 meses, salvo que antes de que transcurran se facilite la información omitida o se subsanen los defectos formales (*v. gr.* no entrega del formulario de desistimiento), caso en el cual los 14 días empiezan a contar a partir de ese momento (art. 10). El ejercicio del derecho es *ad nutum* pero puede comportar ciertos gastos para el consumidor: en concreto, los costes directos de devolución de las mercancías, salvo que se pacte que los asume el comerciante o que este no le haya informado de que le corresponde pagarlos; o cuando, en una venta celebrada fuera de establecimiento mercantil, los bienes previamente entregados por el empresario no puedan ser devueltos por correo (arts. 13, 14). El desistimiento comporta la obligación de restituir el bien en un plazo máximo de 14 días y, en ese mismo plazo, la devolución de las sumas pagadas, incluidas las derivadas de la entrega del bien (salvo que el consumidor hubiera solicitado una modalidad de entrega distinta de la que, a menor coste, le ofrecía el empresario, caso en el cual este no está obligado a soportar los costes adicionales). El consumidor es responsable del coste de depreciación de los bienes si los utiliza más allá del manejo que sería normal en un establecimiento comercial, salvo que el empresario no le hubiera informado de su derecho a desistir (art. 14.2). Se prevén reglas especiales para el desistimiento en los contratos de servicios, que afectan a la información y consentimiento para la ejecución del contrato antes de que transcurra el plazo a desistir y sus consecuencias (*v. gr.* art. 7.3, 8.8, 9.2, 14.3 y 4).

Para cualquier tipo de venta, la armonización también se refiere al plazo de que generalmente dispone el comerciante para entregar los bienes (máximo de 30 días) y al momento en que tal entrega se entiende producida (cuando el consumidor tome posesión material o de cualquier otra forma asuma el control), así como a la transmisión de los riesgos. El incumplimiento del citado plazo permite al consumidor la constitución en mora o la resolución del contrato y, en este último caso, con obligación para el empresario de proceder a la devolución inmediata del precio si este ya se hubiera pagado, sin perjuicio de que las legislaciones nacionales prevean otros remedios o sanciones (arts. 18, 20, 24); pero no alcanza al lugar y las modalidades de entrega, ni afecta a las normas sobre transmisión de la propiedad (Preámbulo § 51).

III. Derechos reales en la Unión Europea

HÉCTOR SIMÓN MORENO *

1. Directiva sobre derechos de los consumidores e instrumento opcional

En octubre de 2011 vieron la luz dos textos relevantes en la armonización del Derecho privado europeo: *a)* por un lado, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo;

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

y b) por otro, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM(2011) 635 final]. De esta manera, la UE pretende incrementar y potenciar tanto la protección de los consumidores y usuarios en los Estados miembros como la compraventa transfronteriza de bienes muebles. Sin embargo, ni la Directiva de consumo ni la Propuesta de Reglamento han incorporado normativa en materia de derechos reales. Efectivamente, la primera excluye de su ámbito de aplicación la creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos (art. 3 e), mientras que la segunda prevé su aplicación únicamente a la compraventa de bienes muebles (art. 2 h). Por lo tanto, las cuestiones relativas al derecho de propiedad (por ejemplo, el momento en el que tiene lugar la transmisión de la propiedad) se resolverán de acuerdo con la ley nacional que resulte de aplicación. En nuestra opinión, la ausencia de los derechos reales en ambos instrumentos supone un obstáculo para alcanzar un mercado interior real.

2. Otra normativa de la Unión Europea

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

a) La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2011 [COM(2011) 215 final] que tiene por objeto la creación de una patente comunitaria única que tenga una protección uniforme en todos los Estados miembros. Esta patente europea, en cuanto objeto de propiedad, se asimilará en su totalidad y en todos los Estados miembros participantes a una patente nacional del Estado miembro participante en cuyo territorio, según el Registro Europeo de Patentes, tuviera el titular su domicilio o centro principal de actividad en la fecha de presentación de la solicitud de patente (art. 10).

b) La Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción [COM(2011) 216 final], que pretende que las disposiciones sobre traducción aplicables a las patentes europeas con efecto unitario sean simples y eficientes en términos de costes.

3. *Common Core of European Private Law*

En julio de 2011 tuvo lugar en Turín el 17.º encuentro del grupo de investigación del *Common Core of European Private Law*, en el que se debatieron nuevamente los cuestionarios relacionados con los derechos reales (*Security rights in imovable property, Time-limited interests in land, Transfer of immovable property, The protection of imovable property y Condominium*). Los resultados de esta investigación se encuentran pendientes de publicación.

4. *Runder Tisch*

El grupo de la *Runder Tisch*, que estudia el derecho real de hipoteca en 22 legislaciones europeas, se ha reunido en el mes de octubre de 2011 en la sede de la *Verband deutscher Pfandbriefbanken* (impulsora del grupo) para

analizar de nuevo los cuestionarios de cada país participante en relación con el comportamiento del derecho real de hipoteca en sus sistemas hipotecarios.

5. *Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe*

El Prof. Dr. Cristoph Schmid lidera el proyecto europeo *Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe*, que ha recibido financiación de la UE dentro del Séptimo Programa Marco. El objetivo principal de este proyecto es el análisis de la regulación del contrato de arrendamiento y de las políticas de vivienda tanto en los Estados miembros participantes como en el acervo comunitario. Por lo tanto, parte del estudio consistirá necesariamente en el análisis del contrato de arrendamiento, del cual se originan derechos de naturaleza personal en algunos Estados miembros (por ejemplo, en España) y real en otros (por ejemplo, en Inglaterra a través del *leasehold*). En este proyecto participan distintas universidades europeas, entre ellas la Universidad Rovira i Virgili.

6. Libros y revistas

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

a) Hans-Jürgen Ahrens y Mary-Rose McGuire son los autores de la obra *Modellgesetz für Geistiges Eigentum. Normtext und Begründung* (Sellier, diciembre 2011), en la que proponen una Ley Modelo de Propiedad Intelectual.

b) Reiner Schulze y Hans Schulte-Nölke dirigen la obra *European Private Law-Current Status and Perspectives* (Sellier, marzo 2011), en la que podemos encontrar un artículo de Sjef van Erp titulado «*European property law: A methodology for the future*». El autor analiza el futuro del derecho de propiedad en la UE.

c) Sergio Nasarre Aznar dirige la obra «*El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*» (Edisofer, 2011), en la que se analiza el acceso a una vivienda digna desde una perspectiva multidisciplinar incluyendo materias relacionadas con los derechos reales, por ejemplo las daciones en pago en el ámbito del mercado hipotecario, la propiedad compartida o *shared ownership* inglesa, las subcomunidades de propietarios en una misma vivienda, las políticas públicas y la cohesión del territorio.

También debemos hacer referencia en este apartado a la revista *European Property Law Journal* (www.degruyter.de), cuyo director es el Dr. Sjef van Erp. Su ámbito abarca los aspectos de derecho público y privado tanto de los bienes muebles e inmuebles como de los denominados nuevos objetos del derecho de propiedad (por ejemplo, la propiedad «virtual»). Por lo tanto, esta revista puede convertirse en un foro de discusión y debate en torno a la regulación de los derechos reales en la UE. La publicación de su primer número está prevista para 2012.

7. Jurisprudencia

Podemos destacar en este período la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de junio de 2011 (TJCE 2011\207, Caso Vereniging van Educatieve en Wetenschappelijke Auteurs), en la cual se discute el derecho de un autor o artista intérprete a una remuneración equitativa cuando se produce un préstamo público de su obra. Dicha remuneración está prevista en

la Directiva 92/100, de 19 de diciembre, sobre los derechos de alquiler y prestatario y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DOL 27 noviembre 1992, núm. 346, pág. 61), hoy derogada por la Directiva 2006/115/CE, de 12 de diciembre (DOL 27 diciembre 2006, núm. 376, pág. 28).

8. Congresos y/o seminarios

Por último, reseñar en la presente crónica la celebración de los siguientes congresos y/o seminarios en los que se trataron cuestiones relacionadas con los derechos reales:

a) El Congreso *Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y Prospectiva*, que tuvo lugar los días 20 y 21 de octubre de 2011 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. En este Congreso se discutieron, entre otros aspectos, la regulación de la garantías mobiliarias en el Marco Común de Referencia, así como el *trust* en garantía desde una perspectiva comparada (*vid.* en esta crónica, sección vida jurídica).

b) La 23.^a edición del Congreso *Internacional de la European Network for Housing Research* (www.enhr.net/), *'Mixité': an urban and housing issue? Mixing people, housing and activities as the urban challenge of the future*, que tuvo lugar en Toulouse los días 5 a 8 de julio de 2011. En este Congreso se trataron diversos aspectos relacionados con los derechos reales, por ejemplo en qué medida podrían facilitar el acceso a una vivienda.

c) La jornada EU property *Rights and Wrongs*, auspiciada por *The Alliance of Liberals and Democrats for Europe* (ALDE, <http://www.alde.eu>), que tuvo lugar el 14 de junio de 2011 y en la que se trató la protección de la propiedad en las transacciones transfronterizas por parte de la UE.

d) El 7 de junio de 2011 tuvo lugar en la Universidad de Helsinki el Seminario *What Role for Property in European Integration? An Exchange of Ideas between Maastricht and Helsinki*, auspiciado por *The CoE in Foundations of European Law and Polity*. El Seminario contó con la participación de los profesores Bram Akkermans y Eveline Ramaekers, cuya discusión giró en torno a la interpretación del artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros»).

IV. Derecho de familia en la Unión Europea

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS *

1. Libro verde «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil» [COM (2010) 747 final]

Entre la vorágine de iniciativas presentadas por la Comisión Europea en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones ha pasado relativamente

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

desapercibido el *Libro verde sobre la libre circulación de documentos públicos y certificados de estado civil*, hecho público el 14 de diciembre de 2010. En el mismo, la Comisión plantea que en el ejercicio de la libre circulación los ciudadanos de la Unión encuentran numerosos obstáculos cuando han de presentar en un Estado miembro distinto del de origen un documento público emitido en este. Dichos documentos son de muy distinta naturaleza. Puede tratarse de un documento administrativo, como un diploma o título, de documentos notariales, como una escritura de compraventa o unas capitulaciones matrimoniales, de certificados de estado civil, como los de nacimiento, defunción o matrimonio, y de documentos judiciales, como una resolución. El Libro verde explora las medidas que podrían tomarse a fin de que un documento público emitido en un Estado miembro pueda desplegar efectos en los demás Estados miembros.

Para que los documentos emitidos en un Estado miembro distinto de aquel en el que se pretende hacerlos valer puedan presentarse son necesarias formalidades administrativas dirigidas a autenticarlos. Tradicionalmente la vía utilizada al efecto es la legalización, respecto a la cual existe un importante Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 que sustituye dicho trámite por la apostilla. Habida cuenta de los costes, en tiempo y en dinero, tanto de la legalización como de la apostilla, y de la fragmentación normativa existente en la materia, puesto que junto al citado Convenio, pueden ser aplicables al caso diferentes Convenios tanto multilaterales como bilaterales, se plantea en el Libro verde si tales formalidades son realmente necesarias en las relaciones entre Estados miembros. Las dudas respecto a la autenticidad de un documento, una vez suprimido el trámite de la legalización y de la apostilla, se podrían resolver, según el planteamiento de la Comisión, reforzando la cooperación de las autoridades nacionales e incluso creando un punto de registro central o un punto de información para cada Estado miembro.

El segundo gran escollo para hacer valer documentos públicos extranjeros son las traducciones. A fin de reducir los costes de las mismas se sugiere que podría ser útil el uso de formularios estándar y formularios plurilingües, como los elaborados para algunas materias por la Comisión Internacional del estado civil. Una opción alternativa o complementaria podría ser la creación de un certificado europeo de estado civil de naturaleza opcional, que no sustituyera a los certificados nacionales.

La parte más polémica del Libro verde se dedica al reconocimiento mutuo de los certificados de estado civil, pues en definitiva lo que está en el punto de mira no es el reconocimiento del documento sino el de la situación en él contenida. El objetivo sería garantizar la continuidad y permanencia de la situación de estado civil de los ciudadanos europeos que ejerzan su derecho de libre circulación. Puesto que la Unión Europea no tiene competencia para intervenir en el Derecho material de los Estados miembros, se barajan tres opciones. La primera de ellas consiste en asistir a las autoridades nacionales para que cooperen más eficazmente en la materia. Otra opción podría ser el reconocimiento de pleno derecho de las situaciones originadas en otro Estado miembro. Finalmente se contempla la armonización de las normas de conflicto de leyes como base de dicho reconocimiento.

Las reacciones frente a este Libro verde coinciden en poner de relieve la superficialidad del planteamiento de la Comisión sobre todo por lo que respecta a la última parte del texto. El reconocimiento de pleno derecho de las situaciones relativas al estado civil no parece hoy por hoy factible habida cuenta de la enorme divergencia entre los distintos Derechos sustantivos. La

unificación de las normas de conflicto es por ese mismo motivo de muy difícil negociación tal y como demuestran los trabajos relativos a la ley aplicable al divorcio, que finalmente solo pudieron salvarse mediante el mecanismo de la cooperación reforzada. En ese contexto el Libro verde parece una ingenuidad.

2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 10 de mayo de 2011 (Asunto C-147/08), *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*

El pasado día 10 de mayo de 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la esperada sentencia en el asunto *Römer*. Nuevamente se enfrentó a una cuestión polémica cual es el reconocimiento de las parejas registradas del mismo sexo, esta vez desde la perspectiva del Derecho social. La sentencia *Römer* se suma, por consiguiente, a otras decisiones que ponen de manifiesto que pese a que el estado civil es una materia respecto a la cual el Estado detenta una competencia exclusiva, no se trata de una cuestión ajena al Derecho de la Unión, en tanto y cuanto se plantee como una cuestión preliminar respecto a materias comunitarizadas. En tal contexto los Estados ven su libertad restringida.

El recurso prejudicial planteado por el *Arbeitsgericht* (tribunal del orden social) de Hamburgo tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El litigio se produce entre el Sr. Römer y su empleador, la ciudad de Hamburgo, para quien el demandante había trabajado desde 1950 hasta producirse su incapacidad laboral, el 31 de mayo de 1990, y gira en torno a la cuantía de la pensión complementaria de jubilación percibida por la parte demandante. Para el cálculo de la misma es relevante que el Sr. Römer constituyó en 2001 una pareja registrada de Derecho alemán (*Lebenspartnerschaft*) con su compañero sentimental, con quien convivía desde 1969. En virtud de dicho hecho el Sr. Römer solicitó un recálculo de la pensión complementaria de jubilación que percibía, a lo que la Administración de la ciudad de Hamburgo se negó, con el argumento de que dicho recálculo solo estaría previsto para los beneficiarios casados que no estuvieren separados de hecho. Según Römer ello sería constitutivo de una discriminación por razón de orientación sexual, habida cuenta que el Derecho alemán no permite el acceso al matrimonio de las parejas de personas del mismo sexo. Frente a dicha argumentación, la ciudad de Hamburgo hizo valer el concepto constitucional del matrimonio como unión heterosexual del art. 6.1 de la Ley Fundamental de Bonn, que justifica que el Derecho alemán brinde al matrimonio una protección especial.

La primera cuestión que debe resolver el TJUE es si las pensiones complementarias de jubilación son una retribución a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78. La respuesta es positiva. A continuación, se analiza si constituye o no una discriminación que la pensión percibida por un beneficiario casado sea superior que la que corresponde a un beneficiario que ha constituido una pareja registrada. Al respecto, el TJUE resuelve que la comparación de las situaciones debe basarse en un análisis centrado en los derechos y obligaciones de los cónyuges y de los miembros de la pareja estable inscrita en relación a la prestación sobre la que versa el litigio principal. El

examen se centra, por tanto, en la naturaleza de la pensión complementaria de jubilación y en la razón de ser del trato favorable que se dispensa a los beneficiarios casados y no separados de hecho.

El TJUE concluye que el trato privilegiado que reciben los empleados casados y no separados de hecho reconoce la especial situación en la que están los beneficiarios que han formalizado una relación caracterizada por la obligación de prestarse socorro mutuo. Puesto que tal característica es asimismo predicable de las parejas registradas, tal y como configura a dicha institución el *Lebenspartnerschaftsgesetz* alemán, y el trato más favorable que reciben las parejas casadas no guarda relación con ningún otro elemento, como los ingresos de los miembros de la pareja, la existencia de hijos, ni la dependencia económica del cónyuge, y se constata asimismo que el estado civil del interesado no influyó en las cotizaciones que hubo de abonar durante su vida laboral, se concluye que la razón de ser del trato desigual es únicamente la diferencia de estado civil. Puesto que en el Derecho alemán las parejas de personas del mismo sexo no pueden acceder al matrimonio, se concluye que se produce una situación de discriminación directa por razón de orientación sexual.

Como ya ocurrió en el asunto *Maruko* (sentencia de 1 de abril de 2008, *Maruko*, C-267/06, Rec. p. I-1757) el fallo del Tribunal de Justicia tiene especial cuidado en no imponer a los Estados miembros el reconocimiento jurídico de las parejas de personas del mismo sexo. Ahora bien, si un Estado opta por crear una institución paralela al matrimonio, reservada exclusivamente a las parejas del mismo sexo, existe una discriminación directa por motivos de orientación sexual, si en el Derecho nacional, la mencionada pareja estable inscrita, pese a hallarse en una situación jurídica y fáctica análoga a la de una persona casada, recibe un trato menos ventajoso a los efectos de una pensión que pueda conceptuarse como una retribución. Tal discriminación supone una vulneración de la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea

ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ *

1. Legislación

Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DOUE L 141 de 27 mayo de 2011)

Se establecen en este Reglamento una serie de medidas dirigidas a asegurar la igualdad de trato de los trabajadores de otros Estados miembros y sus familias. Así, el art. 2 establece que todo nacional de otro Estado miem-

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

bro y todo empresario que ejerza su actividad en un Estado miembro podrá intercambiar ofertas y demandas de empleo, formalizar contratos de trabajo y ejecutarlos de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes sin que de ello pueda resultar discriminación alguna.

Por ese motivo, no serán aplicables las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que de alguna forma limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales el acceso al empleo o su ejercicio o que aún no haciendo referencia a la nacionalidad tengan como finalidad eliminar el acceso a dicho empleo a los nacionales de otros Estados miembros (art. 3). Es decir, no solo se prohíbe la discriminación directa por nacionalidad sino también aquellas medidas que, siendo aparentemente neutras, afecten fundamentalmente a nacionales de otros Estados miembros y, por tanto, la discriminación indirecta. Sin embargo, ello no regirá en relación a disposiciones relativas a conocimientos lingüísticos necesarios por la naturaleza del empleo a desempeñar, en este caso, dicho criterio, que lógicamente afectará más a los nacionales de otro Estado miembro, está justificada.

El art. 7 de este Reglamento dispone que el trabajador de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales por razón de su nacionalidad en relación a las condiciones de empleo y de trabajo especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo.

Por ello, se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales y tendrá acceso a las escuelas de formación profesional y a los centros de readaptación y reeducación en iguales condiciones que los nacionales.

Toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo o despido que sea discriminatoria para los trabajadores de otros Estados miembros será nula de pleno derecho.

El art. 8 prevé que la igualdad de trato también se deberá materializar en relación a la posibilidad de afiliarse a organizaciones sindicales y ejercer los derechos sindicales, incluidos el derecho de voto y el acceso a puestos de administración o de dirección de dicha organización. Se beneficiará también del derecho a la elegibilidad a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Sin embargo, podrá ser excluido de participar en la gestión de organismos de derecho público y del ejercicio de una función de derecho público. Hay que tener en cuenta que este precepto se trata de una previsión de mínimos y que cada Estado miembro podrá conceder derechos más amplios a los trabajadores de otros Estados miembros.

El art. 9 del Reglamento prevé, en relación al acceso a la vivienda, que el trabajador de otro Estado miembro tendrá los mismos derechos y ventajas concedidos a los trabajadores nacionales en materia de alojamiento.

Por último, en relación a la familia de los trabajadores de otros Estados miembros, el art. 10 establece que sus hijos serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio. Además, el Estado deberá fomentar iniciativas que les permitan seguir dichos cursos en las mejores condiciones.

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

STJUE (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2011, Asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10 que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, presentadas por el *Bundes-arbeitsgericht* (Alemania) mediante resolución de 20 de mayo de 2010, recibidas en el Tribunal de justicia el 16 de junio de 2010 en los procedimientos entre Sabine Hennings (C-297/10) y *Elisenbahn-Bundesamt* y *Land Berlin* (C-298/10) y Alexander Mai

En el procedimiento se dirime, en relación a ambos asuntos, si una medida que establece la edad como uno de los criterios para fijar el salario de un funcionario en el momento de su contratación puede ser contrario a los arts. 2 y 6.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Es cierto que el art. 6.1 establece que una diferencia de trato no será discriminatoria si está justificada objetiva y razonablemente en el marco del derecho nacional por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, de mercado de trabajo y de la formación profesional si los medios para lograr ese fin son adecuados y necesarios.

El Gobierno alemán sostiene que una retribución más elevada según la edad está justificada por la mayor experiencia profesional que se presupone en una persona de más edad y porque así se compensa su fidelidad a la empresa.

Sin embargo, el Tribunal entiende que, aunque la antigüedad en la empresa es un criterio que puede ser útil para la consecución de este objetivo, no sucede así cuando la edad se tiene en cuenta en el momento de la contratación. Por ello, tener en cuenta el criterio de la edad en el momento de contratación excede de lo que es necesario y adecuado para lograr el objetivo legítimo de tener en cuenta la experiencia laboral. Por tanto, tal medida se opone a los arts. 2 y 6.1 de la Directiva 2000/78.

En relación al asunto C-297/10 el Tribunal afirma que los arts. 2 y 6.1 de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una medida prevista en convenio colectivo, como la controvertida en el litigio principal, que sustituye un sistema retributivo que establece una discriminación por edad por otro basado en criterios objetivos, como la experiencia profesional y el rendimiento del trabajador, manteniendo a la vez, durante un periodo de tiempo transitorio y limitado, algunos efectos del sistema retributivo discriminatorio a fin de evitar que la transición suponga una pérdida de ingresos para algunos trabajadores.

STJUE (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, Asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10 que tienen por objeto unas peticiones de decisión prejudicial planteadas con arreglo al art. 267 TFUE, por el *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main* (Alemania), mediante resoluciones de 29 de marzo de 2010, recibidas en el tribunal de Justicia de 2 de abril de 2010, en los procedimientos entre Gerhard Fuchs (C-159/10) Peter Köler (C-160/10) y *Land Hessen*

En la sentencia se plantea fundamentalmente si una normativa nacional que establece la jubilación forzosa de los funcionarios vitalicios, concretamente los fiscales, a la edad de 65 años sin perjuicio de que estos continúen

trabajando hasta la edad máxima de 68 años si el interés del servicio lo requiere, es contraria o no al art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE L 303, de 2 de diciembre de 2000). Este precepto establece que «los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios».

El Tribunal entiende que no es objeto de controversia que la extinción de la relación laboral de los funcionarios del Land Hessen a los 65 años constituya una diferencia de trato por razón de la edad en el sentido del art. 6.1 de la Directiva. La cuestión es dirimir si tal diferencia de trato está justificada por un objetivo legítimo y si los medios empleados para alcanzarlo son adecuados y necesarios.

A este respecto, establece que una normativa que establece la jubilación forzosa a los 65 años no se opone a la Directiva 2000/78 siempre que esta tenga por objetivo establecer una estructura de edades equilibrada para favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes, optimizar la gestión del personal, así como prevenir los posibles litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, y que permita alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios.

Otra cuestión planteada es si la ley nacional presenta una incoherencia al imponer la jubilación forzosa de los fiscales a los 65 años pero permitir que estos continúen en su actividad hasta los 68 años si el interés del servicio lo requiere. El Tribunal estima que dicha excepción no es contraria al objetivo perseguido de conseguir una estructura equilibrada de edades a efectos de garantizar la calidad del servicio por cuanto, como señaló el Land Hesse, esta excepción tiene por objeto cubrir el supuesto de que un fiscal alcance la edad de 65 años cuando se le haya confiado un asunto penal cuyo procedimiento aún no haya concluido y evitar así las complicaciones de su sustitución por otro fiscal que no conoce el caso.

STJUE (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2011, Asunto C-447/09, que tiene por objeto una petición de resolución prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE por el Bundesarbeitsgericht (Alemania), mediante resolución de 17 de junio de 2009, recibida ante el Tribunal de Justicia el 18 de noviembre de 2009 en el procedimiento entre Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach y Deutsche Lufthansa AG

La petición de la decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 2, apartado 5, y 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Debe interpretarse el artículo 2, apartado 5, en el sentido de que los Estados miembros pueden autorizar a los interlocutores sociales a adoptar medidas en el ámbito de la negociación colectiva siempre que las normas de habilitación sean lo suficientemente precisas para garantizar que tales medidas respetan las exigencias de dicho precepto. Una medida, como la que es obje-

to del procedimiento, en que se fija en 60 años la edad máxima a partir de la cual los pilotos ya no pueden ejercer su actividad profesional, pese a que la normativa nacional e internacional fijan dicha edad en 65 años, no es una medida necesaria para la seguridad pública y la protección en el sentido del art. 2.5 de la Directiva 2000/78.

Por otra parte, el art. 4.1 de la Directiva 2000/78 establece que «los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato (...) no es discriminatoria cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

Al fijar en 60 años la edad a partir de la cual se considera que los pilotos ya no tienen las capacidades físicas para ejercer su actividad profesional, pese a que la normativa nacional e internacional les permite hacerlo hasta los 65 años siempre y cuando el resto de la tripulación tenga menos de 60 de años, supone imponer un requisito desproporcionado en el sentido del art. 4.1 de la Directiva.

El art. 6.1 de la Directiva 2000/78 establece que una diferencia de trato por motivo de edad no constituye discriminación si está justificada objetiva y razonablemente en el marco del derecho nacional por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional siempre que los medios para lograr este objetivo sean adecuados y necesarios. El Tribunal considera que un objetivo como la seguridad aérea no puede entenderse incluido entre los motivos que enumera dicho art. 6.1 de la Directiva.

3. Resoluciones del Parlamento Europeo

Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2011, sobre las mujeres y la dirección de empresas [2010/2115 (INI)]

En esta resolución el Parlamento Europeo acoge favorablemente las medidas anunciadas por la Comisión el 1 de marzo de 2011, en particular la intención de proponer una normativa europea en 2012 si las empresas no consiguen alcanzar, mediante medidas voluntarias, los objetivos de un 30% de mujeres en los consejos de administración para 2015 y un 40% para 2020.

Insiste en que las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y que con esta finalidad deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación.

Por ello, acoge favorablemente las iniciativas de Estados miembros como Francia, los Países Bajos y España que fijan un porcentaje mínimo de representación de las mujeres en los órganos de dirección que debe ser respetado por las empresas.

Por otra parte, insiste en que la contratación para puestos en los órganos de dirección de las empresas debe basarse en las competencias requeridas en forma de cualidades, cualificaciones y experiencia y que en las políticas de contratación de las empresas deben observarse los principios de transparencia, objetividad, inclusividad, eficacia, no discriminación e igualdad de género.

También hace hincapié en la problemática de la diferencia salarial en las empresas y, en particular, en las diferencias entre los salarios de las mujeres en puestos de dirección y los de sus homólogos masculinos, y pide a los Estados miembros y a la Comisión que adopten medidas para combatir esas desigualdades salariales persistentes, asociadas a los estereotipos tradicionales, que afectan a la carrera profesional y contribuyen a la baja representación de las mujeres en los órganos directivos de las empresas.

Pide a la Comisión que exponga exhaustivamente la situación de la representación de las mujeres en las empresas y que, en caso que las empresas y los Estados miembros no hayan adoptado de forma voluntaria suficientes medidas, considere la adopción de medidas legislativas incluyendo cuotas, para 2012, con el fin de incrementar la representación de las mujeres en los órganos de dirección de las empresas hasta un 30% para 2015 y un 40% para 2020, teniendo en cuenta las competencias de los Estados miembros, así como las particularidades económicas, estructurales jurídicas y regionales de estos.

VI. 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 16 de junio de 2011, Asunto C-462/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos), en el procedimiento entre Stichting de ThuisKopie y Opus Supplies Deutschland GMBH, Mijndert van der Lee y Hananja van der Lee

La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, en particular, su artículo 5, apartados 2, letra *b*), y 5, debe interpretarse en el sentido de que el usuario final que realiza a título privado la reproducción de una obra protegida debe, en principio, considerarse el deudor de la compensación equitativa prevista en dicho apartado 2, letra *b*). No obstante, los Estados miembros tienen la facultad de establecer un canon por copia privada que grave a quienes ponen a disposición del usuario final equipos, aparatos o soportes de reproducción, siempre que estas personas tengan la posibilidad de repercutir el importe de dicho canon en el precio de puesta a disposición abonado por el usuario final.

La Directiva 2001/29, en particular, su artículo 5, apartados 2, letra *b*), y 5, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al Estado miembro que ha establecido un sistema de canon por copia privada que grava al fabricante o al importador de soportes de reproducción de obras protegidas, y en cuyo territorio se produce el perjuicio causado a los autores por el uso con fines

* Profesor asociado de Derecho Civil (UAB). Abogado.

privados de sus obras por compradores que residen en él, garantizar que dichos autores reciben realmente la compensación equitativa destinada a indemnizarles de tal perjuicio. A este respecto, la mera circunstancia de que el vendedor profesional de equipos, aparatos o soportes de reproducción esté establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el cual residen los compradores carece de incidencia en esta obligación de resultado.

STJUE (Sala 3.^a), de 30 de junio de 2011, Asunto C-271/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 CE, por el Raad van State van België (Bélgica), en el procedimiento entre Vereniging van Educatieve en Wetenschappelijke Auteurs (VEWA) y Belgische Staat

El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 92/100 se opone a una normativa como la controvertida en el litigio principal, por la que se establece un sistema según el cual la remuneración debida a los autores en caso de préstamo público se calcula exclusivamente en función del número de prestatarios inscritos en los establecimientos públicos (y no, además en otros criterios tales como el número de objetos puestos a disposición del público) sobre la base de una cantidad a tanto alzado fijada por prestatario y por año.

STJUE (Pleno), de 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, que tiene por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE por la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Reino Unido), y por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Reino Unido)

La FAPL (*Football Association Premier League Ltd*) no puede invocar derechos de autor sobre los propios partidos de la «Premier League» porque estos no pueden calificarse de obras. Efectivamente, para revestir tal calificación, el objeto en cuestión debe ser original, en el sentido de constituir una creación intelectual propia de su autor. Pues bien, los encuentros deportivos no pueden considerarse creaciones intelectuales calificables de obras en el sentido de la Directiva sobre los derechos de autor. Esto es así, en particular, en el caso de los partidos de fútbol, delimitados por reglas de juego que no dejan espacio a la libertad creativa, en el sentido de los derechos de autor.

En estas circunstancias, dichos partidos no pueden estar protegidos por los derechos de autor. Por otra parte, se ha comprobado que el Derecho de la Unión no los protege por ningún otro concepto en el ámbito de la propiedad intelectual. Ahora bien, los encuentros deportivos, como tales, revisten un carácter único y, en esta medida, original, lo que puede convertirlos en objetos dignos de protección comparable a la protección de las obras, protección que pueden otorgar, en su caso, los diferentes ordenamientos jurídicos internos.

A este respecto, cabe señalar que, según el artículo 165 TFUE, apartado 1, párrafo segundo, la Unión contribuirá a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa. En estas circunstancias, se permite a un Estado miembro proteger los encuentros deportivos, en su caso a través de la protección de la propiedad intelectual, adoptando una normativa nacional específica o reconociendo, dentro del respeto al

Derecho de la Unión, una protección a tales encuentros mediante instrumentos convencionales celebrados entre las personas que tienen el derecho de poner a disposición del público el contenido audiovisual de dichos encuentros y las personas que desean transmitir ese contenido al público de su elección.

A este respecto, es preciso añadir que el legislador de la Unión ha previsto el ejercicio de tal facultad por parte de un Estado miembro en la medida en que hace referencia, en el vigesimoprimer considerando de la Directiva 97/36, a acontecimientos organizados por un organizador que tenga legalmente derecho a vender los derechos correspondientes a dichos acontecimientos. Por consiguiente, en el supuesto de que la normativa nacional en cuestión pretenda otorgar protección a los encuentros deportivos –algo que corresponde examinar al órgano jurisdiccional remitente– el Derecho de la Unión no se opone, en principio, a dicha protección y, por tanto, tal normativa puede justificar una restricción a la libre circulación de servicios como la controvertida en los litigios principales

El derecho de reproducción se extiende a los fragmentos transitorios de las obras creados en la memoria de un decodificador de la señal vía satélite y en una pantalla de televisión, siempre que dichos fragmentos contengan elementos que expresen la creación intelectual propia de los autores de que se trate, debiendo examinarse el conjunto de fragmentos que se reproducen simultáneamente con el fin de comprobar si contienen tales elementos.

Los actos de reproducción realizados en el marco de un proceso tecnológico hacen posible acceder a las obras protegidas. Por tanto, al tener estas últimas un valor económico, el acceso a las mismas tiene necesariamente una significación económica. No obstante, para no privar de su efecto útil a la excepción establecida en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor, es necesario, además, que dicha significación sea independiente, en el sentido de que exceda de la ventaja económica derivada de la mera recepción de una emisión que contiene las obras protegidas, es decir, que vaya más allá de la ventaja derivada de su simple captación y de su visualización.

En el asunto principal, los actos de reproducción provisionales realizados en la memoria del decodificador de la señal vía satélite y en la pantalla de televisión forman parte inseparable y no independiente del proceso de recepción de las emisiones difundidas que contienen las obras de que se trata. Por lo demás, se realizan al margen de la influencia –o, incluso, de la consciencia– de las personas que tienen acceso de este modo a las obras protegidas. Por consiguiente, estos actos de reproducción provisionales no pueden generar una ventaja económica adicional que exceda de la ventaja derivada de la simple recepción de las emisiones controvertidas. De ello se desprende que no puede considerarse que los actos de reproducción controvertidos en los litigios principales tengan una significación económica independiente. Por consiguiente, cumplen el quinto requisito establecido en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor.

Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que los actos de reproducción como los controvertidos en el asunto C-403/08, realizados en la memoria de un decodificador de la señal vía satélite y en una pantalla de televisión, reúnen los requisitos que establece el artículo 5, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor y, por tanto, pueden realizarse sin la autorización de los titulares de derechos de autor afectados.

En una situación como la del asunto que se examina en el litigio principal, no puede negarse que, por una parte, el propietario transmite las obras difundidas en su establecimiento de restauración con el fin de beneficiarse de

ello y, por otra, que dicha transmisión puede atraer clientes interesados en las obras transmitidas de ese modo. Por consiguiente, la transmisión controvertida repercute sobre el número de personas que frecuentan dicho establecimiento y, en definitiva, sobre sus resultados económicos. Por consiguiente, la comunicación al público de que se trata reviste un carácter lucrativo.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, debe responderse a la cuestión planteada que el concepto de «comunicación al público» a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor, debe interpretarse en el sentido de que comprende la transmisión de obras difundidas, mediante una pantalla de televisión y altavoces, a los clientes presentes en un establecimiento de restauración.

Las cláusulas de un contrato de licencia exclusiva celebrado entre un titular de derechos de propiedad intelectual y un organismo de radiodifusión constituyen una restricción de la competencia prohibida por el artículo 101 TFUE, porque imponen a dicho organismo la obligación de no proporcionar decodificadores que permitan el acceso a los objetos protegidos de ese titular para su utilización en el exterior del territorio cubierto por dicho contrato de licencia.

STJUE (Sala 3.^a), de 13 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-431/09 y C-432/09, que tiene por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE por el *hof van beroep te Brussel* (Bélgica)

El proveedor de paquetes vía satélite amplía el círculo de personas que tienen acceso a los programas de televisión y permite a un público nuevo acceder a las obras y a los otros objetos protegidos. Por consiguiente, este proveedor de paquetes vía satélite, para intervenir en la comunicación vía satélite, está obligado a obtener la autorización de los titulares de derechos afectados, salvo que dichos titulares hayan acordado con el organismo de radiodifusión de que se trate que las obras protegidas se comunicarán también al público a través de ese proveedor, con la condición de que, en este último supuesto, la intervención de dicho proveedor no convierta las referidas obras en accesibles para un público nuevo. Por tanto, el art. 2 de la Directiva 93/83 debe interpretarse en el sentido de que un proveedor de paquetes vía satélite está obligado a obtener de los titulares de derechos afectados una autorización para intervenir en las transmisiones directa e indirecta de programas de televisión, como las controvertidas en los asuntos examinados en los litigios principales, salvo que dichos titulares hayan acordado con el organismo de radiodifusión de que se trate que las obras protegidas se comunicarán también al público a través de ese proveedor, con la condición de que, en este último supuesto, la intervención de dicho proveedor no convierta las referidas obras en accesibles para un público nuevo.

2. Legislación europea

Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DOUE L 265, de 11 de octubre de 2011)

El Parlamento y el Consejo acuerdan modificar la Directiva 2006/116/CE, en los términos siguientes:

1. El plazo de protección de una composición musical con letra expirará setenta años (en lugar de cincuenta) después del fallecimiento de la última

de las siguientes personas con vida, ya estén o no designadas esas personas como coautoras: el autor de la letra y el compositor de la composición musical, siempre que ambas contribuciones fueran creadas específicamente para la respectiva composición musical con letra.

2. Si, una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o, en caso de no haberse producido esta última, cincuenta años desde su comunicación lícita al público, el productor de fonogramas no pone a la venta un número suficiente de copias de un fonograma o no lo pone a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal modo que el público pueda tener acceso individual al fonograma en el momento y lugar que desee, el artista intérprete o ejecutante podrá poner fin al contrato en virtud del cual cede o hace concesión de sus derechos con respecto a la grabación de su interpretación o ejecución a un productor de fonogramas. El derecho a resolver el contrato de cesión o concesión podrá ejercerse si, en el plazo de un año desde la notificación del artista intérprete o ejecutante de su intención de resolver el contrato de cesión o concesión conforme a lo dispuesto en la frase anterior, el productor no lleva a cabo ambos actos de explotación mencionados en dicha frase. Esta posibilidad de resolución no podrá ser objeto de renuncia por parte del artista intérprete o ejecutante. Cuando un fonograma contenga la grabación de las interpretaciones o ejecuciones de varios artistas intérpretes o ejecutantes, estos solo podrán resolver el contrato de cesión o concesión de conformidad con la legislación nacional aplicable. Si se pone fin al contrato de cesión o concesión de conformidad con lo especificado en el presente apartado, expirarán los derechos del productor del fonograma sobre este.

3. Cuando un contrato de cesión o concesión otorgue al artista intérprete o ejecutante el derecho a una remuneración única, tendrá derecho a percibir del productor de fonogramas una remuneración anual adicional por cada año completo una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o, en caso de no haberse producido esta última, cincuenta años desde su comunicación lícita al público. El derecho a obtener esa remuneración anual adicional no podrá ser objeto de renuncia por parte del artista intérprete o ejecutante. El importe total de los fondos que el productor de fonogramas deba destinar al pago de la remuneración anual mencionada en el apartado 2 ter será igual al 20% de los ingresos que el productor de fonogramas haya obtenido, en el año precedente a aquel en el que se abone la remuneración, por la reproducción, distribución y puesta a disposición de los fonogramas en cuestión, una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o, en caso de no haberse producido esta última, cincuenta años desde su comunicación lícita al público.

4. Cuando un artista intérprete o ejecutante tenga derecho a pagos periódicos, no se deducirán de los importes abonados al artista intérprete o ejecutante ningún pago anticipado ni deducciones establecidas contractualmente al cumplirse cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o, en caso de no haberse producido esta última, cincuenta años desde su comunicación lícita al público.

5. Los Estados miembros disponen hasta el 1 de noviembre de 2013 para transponer en sus ordenamientos la Directiva.

VII. Derecho de daños en la Unión Europea

BELÉN TRIGO GARCÍA *

1. Legislación europea

Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DOUE L 88, de 4 de abril de 2011, 45 a 65)

La presente Directiva establece normas para facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de alta calidad y promueve la cooperación en la asistencia sanitaria entre Estados miembros, con pleno respeto a las competencias nacionales en la organización y la prestación de asistencia sanitaria (art. 1.1.º Objetivo y ámbito de aplicación).

En este contexto, los Estados miembros deben asegurarse de que disponen de mecanismos para proteger a los pacientes y para exigir reparación en caso de daños causados por la asistencia sanitaria prestada en su territorio, y de que estos mecanismos son adecuados a la naturaleza y el alcance del riesgo (Cdo. 24). De ahí que, de acuerdo con el art. 4.2.º, apartados *b*, *c* y *d*, el Estado miembro de tratamiento garantizará que:

– Los prestadores de asistencia sanitaria faciliten información oportuna para ayudar a cada paciente a elegir con pleno conocimiento de causa, especialmente en lo que se refiere a las opciones de tratamiento, sobre la disponibilidad, la calidad y la seguridad de la asistencia que prestan en el Estado miembro de tratamiento y que faciliten igualmente facturas claras e información clara sobre precios, así como información sobre su situación respecto del registro o la autorización pertinente, la cobertura de su seguro u otros medios de protección personal o colectiva en relación con su responsabilidad profesional.

– Se instauren procedimientos y mecanismos transparentes de presentación de reclamaciones para que los pacientes puedan pedir reparación, de acuerdo con la legislación del Estado miembro de tratamiento, cuando sufran daños de resultados de la asistencia sanitaria recibida.

– Se disponga de sistemas de seguro de responsabilidad profesional o garantías similares que sean equivalentes o esencialmente comparables en cuanto a su finalidad y adecuados a la naturaleza y el alcance del riesgo, para los tratamientos dispensados en su territorio.

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 25 de octubre de 2013 (art. 21.1.º Incorporación al Derecho nacional).

Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DOUE L 110, de 29 de abril de 2011, 1-11)

De acuerdo con los considerandos (4) y (5) de la presente Directiva, la protección de los intereses de los socios y de los terceros exige coordinar las

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

legislaciones de los Estados miembros relativas a las fusiones de sociedades anónimas, y es conveniente introducir en el Derecho de todos los Estados miembros la institución de la fusión. Asimismo, en el marco de dicha coordinación, es particularmente importante asegurar una información adecuada y tan objetiva como sea posible a los accionistas de las sociedades que se fusionan, y garantizar una protección apropiada de sus derechos.

Al respecto, se adoptan dos medidas. De una parte (art. 20), las legislaciones de los Estados miembros organizarán, al menos, la responsabilidad civil de los miembros del órgano de administración o de dirección de la sociedad absorbida ante los accionistas de esta sociedad en razón de las faltas cometidas por miembros de este órgano en la preparación y en la realización de la fusión. De otra (art. 21), las legislaciones de los Estados miembros organizarán, al menos, la responsabilidad civil ante los accionistas de la sociedad absorbida, de los peritos encargados de establecer para esta sociedad el informe previsto en el artículo 10, apartado 1, en razón de las faltas cometidas por estos peritos en el cumplimiento de su misión.

El art. 10.1.º dispone que por cada una de las sociedades que se fusionen, uno o varios peritos independientes de estas, designados o reconocidos por una autoridad judicial o administrativa, examinarán el proyecto de fusión y elaborarán un informe escrito destinado a los accionistas.

La presente Directiva entró en vigor el 1 de julio de 2011 (art. 33).

Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos (DOUE L 174, de 1 de julio de 2011, 88 a 110)

Conforme a esta Directiva, los Estados miembros garantizarán que los aparatos eléctricos y electrónicos (AEE) que se introduzcan en el mercado, incluidos los cables y las piezas de repuesto destinados a su reparación, su reutilización, la actualización de sus funciones o la mejora de su capacidad, no contengan sustancias peligrosas (*vid.* anexo II) (art. 4.1.º Prevención).

Al respecto, se prevé que acompañen a los AEE una declaración UE de conformidad, en la que constará que se cumplen los requisitos especificados en el artículo 4, de modo que al elaborar una declaración UE de conformidad, el fabricante asumirá la responsabilidad de la conformidad del AEE con la presente Directiva (art. 13 Declaración UE de conformidad).

Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 2 de enero de 2013, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva (art. 25.1.º Incorporación al Derecho interno).

Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009 y (UE) n.º 1095/2010 (DOUE L 174, de 1 de julio de 2011, 1-73)

La presente Directiva establece las normas aplicables en lo que se refiere a la autorización, el ejercicio continuo de la actividad y la transparencia de los gestores de fondos de inversión alternativos (GFIA) que gestionen y/o

comercialicen fondos de inversión alternativos (FIA) en la Unión (art. 1 Objeto).

Respecto de estas entidades (Cdo. 23), se considera necesario prever la aplicación de requisitos mínimos de capital, a fin de asegurar la continuidad y regularidad de la gestión de FIA prestada por los GFIA y de cubrir la exposición potencial de los GFIA a los riesgos derivados de la responsabilidad profesional en relación con la totalidad de sus actividades, incluida la gestión de FIA sobre la base de un mandato delegado. Así, el art. 9.7.º (Capital inicial y fondos propios) establece que, a fin de cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad profesional en relación con las actividades que el GFIA pueda realizar con arreglo a la presente Directiva, tanto los FIA gestionados internamente como los GFIA externos deberán o bien tener fondos propios adicionales que sean adecuados para cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad profesional en caso de negligencia profesional, o suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional para hacer frente a la responsabilidad por negligencia profesional que esté en consonancia con los riesgos cubiertos.

Antes del 22 de julio de 2013, los Estados miembros adoptarán y publicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva (art. 66.1.º Incorporación al Derecho interno).

Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal (DOUE L 174, de 1 de julio de 2011, 74-87)

El considerando (2) de la presente Directiva advierte de que se ha producido un alarmante incremento de medicamentos detectados en la Unión que son falsificados en cuanto a su identidad, su historial o su origen. Estos medicamentos contienen generalmente componentes de baja calidad o falsificados, o bien no los contienen o contienen componentes, incluidos principios activos, en los que la dosificación no es la correcta, y constituyen por ello una amenaza importante para la salud pública.

La experiencia demuestra que estos medicamentos falsificados no solo llegan al paciente a través de vías ilegales, sino también a través de la cadena de suministro legal. Esto plantea una amenaza especial para la salud humana y también puede minar la confianza del paciente en la cadena de suministro legal (Cdo. 3).

De ahí la exigencia de que cualquier agente de la cadena de suministro que envase medicamentos deba ser titular de una autorización de fabricación (Cdo. 12). Para que los dispositivos de seguridad resulten eficaces, al titular de la autorización de fabricación que no sea el fabricante original del medicamento solo se le debe permitir suprimir, sustituir o cubrir dichos dispositivos bajo unas condiciones estrictas. En particular, en caso de reacondicionamiento, los dispositivos de seguridad deben ser sustituidos por dispositivos de seguridad equivalentes. Estas condiciones estrictas deben proporcionar salvaguardias adecuadas contra la introducción de medicamentos falsificados en la cadena de suministro, con objeto de proteger a los pacientes, así como los intereses de los titulares de autorizaciones de comercialización y de los fabricantes.

En concreto, en materia de responsabilidad, los titulares de autorizaciones de fabricación que reacondicionen medicamentos deben ser responsables de los daños en los casos y las condiciones que contempla 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 (cdo. 13; *vid.* nuevo art. 47 bis, apartado 2.º).

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 2 de enero de 2013 (art. 2.1.º).

2. Legislación española de incorporación

Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (BOE 127, de 28 de mayo de 2011, 52951-52975)

España es Parte contratante del Convenio de París de 29 de julio de 1960, sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, y del Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963, complementario del anterior. En el mes de febrero de 2004 se aprobaron dos nuevas enmiendas de los Convenios de París y Bruselas. Los Protocolos de estas últimas enmiendas de los Convenios de París y de Bruselas fueron ratificados por España con fecha 18 de noviembre de 2005. No obstante, de conformidad con la «Decisión 2004/294/CE, del Consejo, de 8 de marzo de 2004, por la que se autoriza a los Estados miembros que son Partes contratantes en el Convenio de París, de 29 de julio de 1960, acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Protocolo por el que se modifica dicho Convenio o a adherirse a él», la presentación del instrumento de ratificación del Convenio de París ante el Secretario General de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, así como su entrada en vigor, deberá efectuarse conjuntamente y en la fecha en que todos los Estados miembros que son parte del mismo lo acuerden. La necesidad de la Decisión del Consejo es consecuencia de la existencia de competencia comunitaria judicial en los ámbitos civil y mercantil, concretamente a través del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La presente ley, de conformidad con las disposiciones de los Convenios de París y Bruselas, integra en un mismo régimen jurídico los daños nucleares que tradicionalmente se contemplaban en la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, y los daños medioambientales de origen nuclear considerados por primera vez en los Protocolos de enmienda de los citados Convenios recientemente ratificados.

Los Convenios de París y Bruselas establecen como principio fundamental la responsabilidad objetiva del explotador por los daños nucleares producidos como consecuencia de un accidente en una instalación nuclear con independencia de la causa origen, dentro de las limitaciones y en las condiciones que se establecen en los mismos. Los Protocolos de enmiendas de estos Convenios, aprobados en febrero del 2004, mantienen esta misma

estructura de compensaciones por daños nucleares. Sin embargo, las cantidades de las compensaciones por cada accidente e instalación se aumentan de manera significativa. Por otra parte, las enmiendas introducen otros cambios significativos en el régimen de responsabilidad civil, entre los que destacan:

a) La extensión del concepto de daño nuclear para incluir toda pérdida económica que se derive de los daños a las personas o a los bienes, las medidas de restauración del medio ambiente degradado, el lucro cesante directamente relacionado con el uso o disfrute del medio ambiente degradado y el coste de las medidas preventivas y cualquier pérdida o daño causado por tales medidas.

b) La extensión del ámbito geográfico de aplicación del Convenio, para incluir como objeto de compensación, en los casos en que sea procedente, los daños producidos en terceros países firmantes del Protocolo Común de los Convenios de responsabilidad civil nuclear de París y de Viena, así como en terceros países que no tengan instalaciones nucleares o aquellas cuya legislación conceda beneficios recíprocos equivalentes.

c) La extensión del periodo de reclamación por daños personales de 10 a 30 años.

Finalmente, la disposición adicional tercera modifica el art. 2 de la L. 25/1964, de energía nuclear, para redefinir la figura del «titular o explotador» de una autorización, e incorporar la definición de «seguridad nuclear» acorde con la definición establecida en la Directiva 2009/71/Euratom de 25 de junio de 2009, por la que se establece un marco comunitario para la seguridad nuclear de las instalaciones nucleares sobre seguridad nuclear.

Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (BOE 181, de 29 de julio de 2011, 85650-85705)

La presente ley transpone en nuestro ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas integrándolas en una única norma («Directiva marco de residuos»), y sustituye a la anteriormente vigente Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos.

De una parte, establece una responsabilidad ampliada del producto del producto. Así, se entenderá por productor del producto la persona física o jurídica, que de forma profesional desarrolle, fabrique, procese, trate, venda o importe productos (art. 31. Concepto y obligaciones). En aplicación de la responsabilidad ampliada y con la finalidad de promover la prevención y de mejorar la reutilización, el reciclado y la valorización de residuos, los productores de productos que con el uso se convierten en residuos podrán ser obligados a:

a) Diseñar productos de manera que a lo largo de todo su ciclo de vida se reduzca su impacto ambiental y la generación de residuos, tanto en su fabricación como en su uso posterior, y de manera que se asegure que la valorización y eliminación de los productos que se han convertido en residuos se desarrolle de conformidad con lo establecido en esta Ley.

b) Desarrollar, producir, etiquetar y comercializar productos aptos para usos múltiples, duraderos técnicamente y que, tras haberse convertido en residuos, sea fácil y clara su separación y puedan ser preparados para su reutilización o reciclado de una forma adecuada y sin riesgos y a una valorización y eliminación compatible con el medio ambiente.

c) Aceptar la devolución de productos reutilizables, la entrega de los residuos generados tras el uso del producto; asumir la subsiguiente gestión de los residuos y la responsabilidad financiera de estas actividades, ofrecer información a las instalaciones de preparación para la reutilización sobre reparación y desguace, así como información accesible al público sobre en qué medida el producto es reutilizable y reciclable.

d) Establecer sistemas de depósito que garanticen la devolución de las cantidades depositadas y el retorno del producto para su reutilización o del residuo para su tratamiento.

e) Responsabilizarse total o parcialmente de la organización de la gestión de los residuos, pudiendo establecerse que los distribuidores de dicho producto compartan esta responsabilidad.

f) Utilizar materiales procedentes de residuos en la fabricación de productos.

g) Proporcionar información sobre la puesta en el mercado de productos que con el uso se convierten en residuos y sobre la gestión de estos, así como realizar análisis económicos o auditorías.

h) Informar sobre la repercusión económica en el producto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada.

De otra parte, establece la obligación de realizar las operaciones de descontaminación y recuperación, previo requerimiento de las Comunidades Autónomas, a los causantes de la contaminación, que cuando sean varios responderán de estas obligaciones de forma solidaria y, subsidiariamente, por este orden, los propietarios de los suelos contaminados y los poseedores de los mismos (art. 36. Sujetos responsables de la descontaminación y recuperación de suelos contaminados; *vid.* art. 42. Alcance de la responsabilidad en materia de residuos).

Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (BOE 184, de 2 de agosto de 2011, 87462-87477)

La presente Ley pretende la trasposición a la legislación interna de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

De las normas de modernización del derecho de las sociedades de capital que la Ley introduce (procedentes de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, de 2002, redactado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación), destaca, en materia de responsabilidad y en relación con el consejo de administración, el régimen jurídico del administrador persona jurídica, recogiendo una referencia específica a la responsabilidad solidaria de la persona jurídica representada y del representante.

Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE 240, de octubre de 2011, 104537-104582)

La presente ley tiene como objeto iniciar la transposición de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y adminis-

trativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, y la Directiva 2010/78/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por la que se modifican las Directivas 98/26/CE, 2002/87/CE, 2003/6/CE, 2003/41/CE, 2003/71/CE, 2004/39/CE, 2004/109/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2009/65/CE en relación con las facultades de la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) y la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados); transposición que se completará con la normativa de desarrollo, y para ello se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

En materia de responsabilidad, el artículo único, apartado veintiuno, de la ley da nueva redacción al art. 17 (Documentos informativos) de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. Así, los datos fundamentales para el inversor se considerarán información precontractual. Serán imparciales, claros y no engañosos, y deberán guardar coherencia con las correspondientes partes del folleto. No se incurrirá en responsabilidad civil como consecuencia solo de los datos fundamentales para el inversor, o de su posible traducción, a menos que sean engañosos, inexactos o incoherentes en relación con las correspondientes partes del folleto. En el documento con los datos fundamentales para el inversor se incluirá una advertencia clara al respecto.

Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias (BOE 240, de 5 de octubre de 2011, 104642-104655)

El objeto de esta Ley es la regulación de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias con el fin de promover y favorecer la igualdad real y efectiva de las mujeres en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico de su participación en la actividad agraria (art. 1. 1.º Objeto y finalidad; *vid.* art. 30 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; la disposición adicional cuarta de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural; y el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias). Al respecto, en Europa se ha trabajado en este sentido, como lo demuestra la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

La explotación agraria de titularidad compartida es la unidad económica, sin personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales, que se constituye por un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad, para la gestión conjunta de la explotación agraria (art. 2.1.º Naturaleza). La responsabilidad será directa, personal, solidaria e ilimitada de las dos personas titulares (art. 4.3.º Administración, representación y responsabilidad de la explotación agraria de titularidad compartida).

3. Jurisprudencia comunitaria

STJUE (Sala Tercera) de 9 de junio de 2011, asunto C-409/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal), sobre

seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles.—El Tribunal considera que la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como sobre el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, la Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, Segunda Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles, y la Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, Tercera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a disposiciones nacionales del Derecho de la responsabilidad civil que permiten excluir o limitar el derecho de la víctima de un accidente a reclamar una indemnización por el seguro de responsabilidad civil del vehículo automóvil implicado en el accidente sobre la base de una apreciación individual de la contribución de manera exclusiva o parcialmente de dicha víctima a su propio daño.

VIII. Derecho de *trusts* en la Unión Europea

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN *

Los efectos en España de una planificación sucesoria a la «norteamericana» por parte de una ciudadana española: la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 25 de marzo de 2010

El 25 de marzo de 2010, la Audiencia Provincial de Jaén ha tenido que pronunciarse sobre una controversia en que aparece involucrado un *trust* (JUR 2010\195070). Se trata de un nuevo caso que pone en entredicho el que esta figura raramente entre en contacto con la realidad jurídica española y, por ende, la no necesidad de ratificar el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento.

En esta misma Sección (ADC, 2009, 1), comentábamos uno de los pocos pronunciamientos del Tribunal Supremo español acerca de la institución angloamericana y el reconocimiento de sus efectos en España (STS de 30 de abril de 2008). En aquella ocasión, el TS tuvo que resolver acerca de la titularidad de un bien inmueble situado en España que, según entendía la recurrente, tras el fallecimiento de su padre y con arreglo a los términos del *trust* que este había constituido en vida con su esposa, debía transmitirse en su mitad indivisa a un *trust* del que ella era beneficiaria. El Tribunal Supremo confirmó la aplicación del derecho americano a la sucesión, por ser este el de la nacionalidad del causante y hallarnos ante un *trust* dirigido a ordenar la sucesión pero, al no haber quedado acreditado suficientemente el derecho

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Cantabria.

extranjero, terminó aplicando subsidiariamente el derecho español. En aplicación del derecho de nuestro ordenamiento y por ser el *trust* institución desconocida en España, el Tribunal tomó en consideración exclusivamente el testamento del causante (otorgado a la vez que el *trust*), y con arreglo al mismo, entendió correctamente adjudicada la mitad indivisa del inmueble a la esposa del causante [«(...) no siendo reconocida la figura jurídica del *trust* ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio, (el juez) se ha de limitar a aplicar las disposiciones del causante contenidas en su testamento en cuanto resultan válidas y conformes con nuestro derecho, a partir de las cuales resulta correcta la adjudicación de la mitad indivisa del chalet a que se ha hecho referencia»]. En otros términos y al margen del resultado concreto que se alcanzó en este caso, el Tribunal omitió la existencia del *trust* extranjero por desconocerse la figura en derecho español.

La sentencia del TS de 30 de abril de 2008 es retomada por la Audiencia Provincial de Jaén, por entender que el pronunciamiento absolutorio de la sentencia de Instancia se basa en una incorrecta interpretación de aquella. En el caso que aquí nos ocupa, la causante, de nacionalidad española, había constituido un revocable *living trust* (*trust* inter vivos revocable) cuyos bienes, tras su fallecimiento, debían dividirse entre un *trust* matrimonial (*marital trust*) y un *trust* familiar (*family trust*). Por lo tanto, al igual que en el supuesto sobre el que se pronunció el Tribunal Supremo, estamos ante lo que en la práctica norteamericana se conoce como un *AB trust*, *bypass*, *credit shelter* o *life estate trust*. Este tipo de *trust* es utilizado en muchos estados norteamericanos por matrimonios que quieren disminuir (y no por ello eludir) la carga tributaria que conlleva la transmisión de bienes *mortis causa*. Para ello se acuerda que, al fallecimiento del primer cónyuge, los bienes del revocable *living trust* queden divididos en dos *trusts* diferentes, que reciben distinto tratamiento fiscal. La parte que corresponde al cónyuge superviviente en los bienes comunes sigue en el originario revocable *living trust*, que a partir de ese momento es comúnmente conocido como *marital trust*, *A trust* o *trust* del cónyuge superviviente. Dicho cónyuge es el único beneficiario de los réditos generados por los bienes y conserva la facultad de modificar o revocar el *trust*. En cambio, la parte que corresponde al cónyuge difunto en los bienes comunes y, en su caso, sus bienes privativos, se transmite al *family trust*, *trust B* o *trust* del cónyuge difunto. Este es un *trust* irrevocable (de ahí el diferente tratamiento fiscal) en que el cónyuge superviviente suele ser también *trustee* y beneficiario de los frutos hasta su muerte. En el caso de ser los hijos los destinatarios finales de los bienes tras el fallecimiento del segundo progenitor (lo más frecuente en el caso de existir hijos), se puede acordar que en ese momento los bienes se transmitan directamente a los hijos o a otros *trusts* constituidos en su favor. De esta forma, los *settlers* pueden transmitir su patrimonio a sus hijos o destinatarios finales utilizando cada uno de ellos el importe exento a efectos del *Estate Tax* (en el caso de fallecer entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, dicho importe es de 5000000 dólares). De no recurrir a este instrumento, la planificación sucesoria no estaría aprovechando el importe exento a que tiene derecho uno de los cónyuges. En el caso de autos la causante no tenía descendencia, con lo que nombra como beneficiarios finales a Torcuato y Soga Gakkai Internacional USA en 1/10 y 9/10 partes, respectivamente.

La habitual planificación sucesoria norteamericana combina un revocable *living trust* y un testamento. A través del testamento el causante dispone *mortis causa* de aquellos bienes que no ha transmitido en vida al *trust*, acor-

dando habitualmente su transmisión, en ese momento, al revocable *living trust* («*pour over will*»). En el caso que nos ocupa, la resolución judicial hace exclusivamente mención a la cláusula testamentaria segunda, apartado 2, conforme a la cual «para el caso de que por cualquier razón mi fideicomiso revocable en vida no esté vigente en el momento de mi fallecimiento, la disposición de mis bienes se hará conforme a los términos de mi fideicomiso revocable en vida como si estuviera en plena vigencia y efectos en la fecha de mi fallecimiento». Habida cuenta que efectivamente estos *trusts* o fideicomisos –en su traducción al castellano– se habían extinguido ya, incluso antes de la muerte del esposo de la causante que falleció en estado de viuda, Torcuato y Soga Gakkai Internacional USA solicitan ser declarados únicos herederos testamentarios y se declare la nulidad del auto de declaración de herederos dictado en el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Jaén, así como los actos jurídicos basados en dicha declaración.

En Primera Instancia, el Juzgado núm. 3 de Jaén desestima la pretensión de validez del testamento presentado. Afirma que conforme al artículo 9.1 Cc, la ley aplicable es la española por tener la causante dicha nacionalidad, pero entiende que se ha de acreditar la existencia de una declaración de herederos conforme al derecho que ha dado vida al testamento. Al tener este como complementario el *trust* constituido con la misma fecha por la causante y en el que lo que se nombran son beneficiarios y no herederos, el Tribunal entiende que la parte actora debió cumplir con la carga de acreditar el contenido del derecho americano a fin de poder comprobar si, con arreglo al mismo, los beneficiarios de un *trust* también tienen la consideración de herederos.

La Audiencia Provincial de Jaén entiende que el error y contradicción en que incurre el juzgador de instancia, al solicitar acreditar el derecho extranjero a pesar de ser las normas sucesorias españolas las que resultan de aplicación, se debe a la interpretación dada a la doctrina contenida en la sentencia del TS de 30 de abril de 2008. Según el Juzgador de Instancia, dicha doctrina sancionaría la invalidez en España de la figura del *trust* cuando en realidad –en opinión de la Audiencia Provincial de Jaén– se limita a declarar la invalidez del *trust* en el caso concreto enjuiciado por falta de acreditación del derecho aplicable al contenido del mismo, que en ese caso sí era el norteamericano, por ser esa la nacionalidad del causante. «En todo caso –añade la Audiencia– no es la validez del *Living Trust* aportado a los autos el quid de la cuestión de fondo a resolver en el presente supuesto, sino (...) la validez material del testamento otorgado simultáneamente a aquel y más concretamente, si el mismo se ha de entender cómo se alega, no contiene la institución de heredero». Y conforme a lo previsto en los arts. 675 y 773 Cc y la propia doctrina del Tribunal Supremo en materia de interpretación de la voluntad testamentaria, afirma que «(...) en el supuesto de autos habremos de concluir que del contenido de la cláusula testamentaria segunda apartado 2 antes expuesta, se deriva la clara voluntad de D.^a Consuelo, de instituir herederos a los actores, porque en ella quedan claramente identificados, ya que con certeza establecía la alternativa de que para el caso de que al momento de su fallecimiento el fideicomiso revocable en vida no estuviese vigente y los propios demandados reconocen que no lo estaba, instituía herederos universales a aquellos (...)».

Coincidimos con la Audiencia Provincial de Jaén en que el problema que nos ocupa no es la validez del *living trust* constituido por la causante, y que por otra parte no estaba ya en vigor a su muerte, sino la validez del testamento otorgado simultáneamente a aquel y más concretamente, la de la institu-

ción de heredero contenida en el mismo. De acuerdo con el art. 732 Cc, «Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen». Lo que efectivamente confirma la norma de conflicto contenida en el art.11.1 Cc («Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen (...)» y sobre todo el art. 1 del Convenio de La Haya sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 y ratificado por España el 10 de junio de 1988. El art. 1 de dicho Convenio, *erga omnes* y por lo tanto aplicable a todos los supuestos de tráfico externo (art. 6: «La aplicación de las normas de conflicto establecidas por el presente Convenio será independientemente de toda condición de reciprocidad. El Convenio se aplicará aunque la nacionalidad de los interesados o la ley aplicable en virtud de los artículos precedentes no sean las de un Estado contratante») reconoce la validez formal de las disposiciones testamentarias que responden –entre otras alternativas– a «la ley interna del lugar en que el testador hizo la disposición». Es con arreglo a dicha ley –a la sazón, la del derecho de Illinois– que deberá valorarse también la validez formal de la institución de heredero hecha por remisión al *trust*, un documento extrínseco al testamento aunque otorgado simultáneamente al mismo. Como explicábamos anteriormente, es habitual en derecho norteamericano que la planificación sucesoria se componga de un testamento y un revocable *living trust*, y que se haga referencia, en el testamento, al *trust*. Independientemente de la prueba o no de dicha práctica extranjera, la validez formal del testamento y por ende la de la institución de heredero contenida en el mismo ha quedado acreditada mediante cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 1 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, acerca de la Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, ratificado por España el 25 de septiembre de 1978.

Es cierto que, de acuerdo con el art.11.2 Cc, «si la Ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero» y que una interpretación literal de dicha norma podría llevar a una inversión del sistema de conexiones previsto en el artículo 11.1 y a tener que analizar la validez formal de la institución de herederos conforme al derecho aplicable al contenido del testamento (el español, por ser este el de la ley nacional de la causante en el momento de su fallecimiento: art. 9.8 Cc). No obstante, por una parte debemos recordar que el art. 11 Cc ha perdido su lugar como norma preferente ante la entrada en vigor del Convenio de La Haya sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. De acuerdo con el art. 7 de dicho texto internacional, el único límite a la validez formal del testamento que cumple los requisitos establecidos por algunas de las leyes declaradas competentes, por el art.1, es el de una incompatibilidad manifiesta con el orden público. Por otra parte, dicha interpretación del art. 11.2 eliminaría la idea del favor *negotii (testamentii)* que inspira el sistema general de conexiones del propio art. 11 Cc. De hecho, de acuerdo con la opinión de buena parte de la doctrina internacional privatista, el art. 11.2 Cc intentaría lograr una «armonía internacional de soluciones» de los distintos sistemas jurídicos en presencia, resolviendo un posible conflicto de calificaciones a favor de la *lex substantiae*. Es decir que, únicamente cuando desde la perspectiva del ordenamiento de la *lex substantiae* los aspec-

tos formales del testamento quedan sujetos a otra ley distinta de la *lex loci*, volverían a jugar las conexiones del art. 11.1 Cc.

Una vez determinada la validez formal del testamento y de la institución de herederos contenida en el mismo y hecha por remisión al documento del *trust*, procede analizar la validez material de dicho acto jurídico de conformidad con el derecho español (art. 9.8 Cc). Coincidimos una vez más con la Audiencia Provincial de Jaén en que el supuesto de autos se diferencia, en este aspecto, del caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008, en que entonces el causante tenía nacionalidad norteamericana. De ahí que no proceda exigir a los demandantes/recurrentes, en el presente supuesto, la acreditación del contenido del derecho americano que no es el de la nacionalidad de la causante. No obstante, la solución por la que optó el Tribunal Supremo ante la falta de acreditación del derecho norteamericano, consistente en la aplicación del derecho español como *lex substantiae*, acerca sustancialmente ambos casos. Como consecuencia de la aplicación del ordenamiento jurídico español, el Tribunal Supremo declaró que «(...) no siendo reconocida la figura jurídica del *trust* ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio, (el juez) se ha de limitar a aplicar las disposiciones del causante contenidas en su testamento en cuanto resultan válidas y conformes con nuestro derecho (...)». Tal y como afirma la Audiencia Provincial de Jaén, ello no significa la «(...) invalidez con carácter general del *trust* anglosajón» o que «(...) acreditado el contenido de la legislación que lo regula, no se pueda determinar su aplicabilidad». Ahora bien, sí implica que, cuando proceda aplicar la ley española al contenido de la planificación sucesoria, la referencia a las relaciones jurídicas derivadas de un *trust* puede conllevar –ante el desconocimiento de la figura en España–, el no reconocimiento de efectos a dicha institución (opción esta que no compartimos, tal y como pusimos de manifiesto en la crónica a que antes se ha hecho referencia, ADC, 2009, 1).

En el caso de autos, la remisión al *trust* (con independencia de su vigencia al momento de apertura de la sucesión) tiene por finalidad determinar la identidad de los herederos y su participación en la herencia, es decir, proceder a la distribución de los bienes. Dicha distribución es la querida por la testadora y siempre que resulte posible conocer a los herederos por alguna circunstancia que no deje duda acerca de su identidad (art. 772 Cc), y que la distribución de los bienes no vulnere alguna norma de derecho imperativo, la institución será válida. Todo lleva, por lo tanto, a entender el modo en que se distribuyen los bienes del revocable *living trust* al fallecimiento del *settlor*. En el caso de autos, esta cuestión no debería plantear ninguna dificultad si, tal y como se deduce de la exposición fáctica hecha por la sentencia de la Audiencia, los destinatarios finales de los bienes al fallecimiento de la causante eran Torcuato y Soga Gakkai Internacional USA, en 1/10 y 9/10 partes, respectivamente. No ofrece duda entonces la voluntad de la causante de instituir como herederos a Torcuato y Soga Gakkai y, en la medida en que no existen descendientes cuyos derechos legitimarios haya que respetar, nada se opone a la validez de la institución hereditaria.

Ahora bien, también podía haberse dado el supuesto en que la causante/*settlor* hubiera acordado que, tras el fallecimiento de ambos cónyuges, los bienes han de transmitirse a nuevos *trusts* testamentarios creados *mortis causa* a favor de Torcuato y Soga Gakkai. O bien, que estuviéramos discutiendo la distribución de los bienes del *trust* tras el fallecimiento del primer *settlor*/cónyuge. En este último caso, probablemente con arreglo a los térmi-

nos del revocable *living trust* los bienes habrían de distribuirse en dos *trusts* (*marital* y *family trust*) bajo la titularidad del cónyuge supérstite, en calidad de *trustee* y beneficiario de rédito, y la de los Torcuato y Soga Gakkai, en calidad de destinatarios finales y beneficiarios de capital. No olvidemos que el *trust* angloamericano conlleva la «*dual ownership*», desconocida en derecho español. Aunque el testamento y la remisión al *trust* cumplieran entonces con los requisitos exigidos por la ley del lugar de otorgamiento del testamento, habría sido imposible entender el modo en que han de distribuirse los bienes con arreglo al *trust*, sin entrar a calificar la posición que ocupan los distintos tipos de beneficiarios en dicha institución.

En otros términos, aunque el derecho material aplicable para determinar la validez del testamento es el español y no el de Illinois, la remisión (aunque indirecta) en dicho testamento a una figura desconocida en España puede llevar al juez español a desconocer la validez del testamento. Este desenlace se puede evitar mediante la firma y ratificación del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento. El texto internacional, además de determinar cuál es la ley aplicable al *trust*, ofrece una descripción de la figura y de sus elementos más significativos, convirtiéndose en un instrumento adecuado para la resolución de los problemas que genera la aparición de un *trust* en una situación de tráfico externo que afecta a España.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (junio 2011-octubre 2011)

GUILLEM CANO PALOMARES *

Asunto Ruspoli Morenes c. España (demanda 28979/07), sentencia de 28 de junio de 2011. Art. 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes).

En 1999, los demandantes, propietarios de la obra de Francisco de Goya «La Condesa de Chinchón», conforme a la ley 16/1985 del 25 de junio sobre el Patrimonio Histórico Español, notificaron a la Administración su intención de vender dicha obra, así como las condiciones de compra que habían pactado con los compradores particulares: pago al contado en el momento de entrega de 24.040.484,17 euros y, en caso de pago diferido, la actualización del importe conforme al índice de precios al consumo incrementado en el interés legal.

El Ministerio de Educación y Cultura ejerció el derecho de tanteo y adquisición del cuadro. La obra fue entregada en febrero del año 2000. Los demandantes interpusieron un recurso contencioso-administrativo y reclamaron el importe de la venta. Durante la tramitación del recurso, la Administración efectuó el pago en dos plazos, uno en enero y otro en julio del año 2001.

Mediante sentencia de 11 de octubre de 2001, la Audiencia Nacional rechazó las pretensiones de los demandantes. Señaló que el artículo 38.2 de la Ley sobre el Patrimonio Histórico Español autorizaba a la Administración a diferir en dos períodos contables, el pago de los bienes de interés cultural adquiridos en el ejercicio del derecho de tanteo. La Audiencia consideró que la Administración realizó el pago en el plazo fijado en la ley, es decir, en un período no superior a dos ejercicios económicos y que, mientras lo haga en ese tiempo, no está obligada a pagar intereses, ya que no ha incurrido en mora.

Los demandantes interpusieron recurso de casación. Por una sentencia de 21 de noviembre de 2006, el Tribunal Supremo desestimó su recurso y confirmó la sentencia impugnada.

La demanda ante el TEDH fue presentada el 2 de julio de 2007. Invocando el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio, los demandantes estimaban que las condiciones de venta aplicables a la Administración habrían debido ser las mismas que las acordadas con los compradores privados en caso de pago diferido, esto es, la revalorización del importe conforme al índice de precios al consumo incrementado en el interés legal.

El TEDH constata que las disposiciones legales que fueron aplicadas en la venta del cuadro en litigio tenían por finalidad, reglamentar, entre otras

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

cosas, el mercado de los bienes que forman parte del patrimonio histórico español fijando las condiciones de su enajenación y fijando particularmente un derecho de tanteo a favor del Estado sobre este tipo de bienes. En la medida en que los demandantes decidieron libremente poner su cuadro a la venta, no fueron objeto de una «privación del bien» en el sentido de la segunda frase del primer apartado del artículo 1, sino de una medida dirigida a «reglamentar el uso» del cuadro en el sentido del segundo apartado de este artículo.

El TEDH considera que la ejecución del derecho de tanteo constituyó una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de sus bienes, injerencia que estaba prevista en el artículo 38 de la Ley del Patrimonio Histórico Español. En efecto, el artículo 38 § 2 no hace referencia alguna a la obligación de la Administración de actualizar el precio en caso de pago diferido. Dicha injerencia perseguía un fin legítimo: el control del mercado de las obras de arte presenta un interés para el patrimonio del Estado y constituye un fin legítimo en el marco de la protección del patrimonio cultural y artístico de un país. El Tribunal precisa que su tarea consistirá en examinar las modalidades de aplicación del derecho de tanteo en este caso. Tales modalidades entran en el marco del margen de apreciación del Estado, excepto si llegan a resultados tan anormales que la legislación se considere inaceptable. El Tribunal estima que el margen de apreciación del Estado es todavía más amplio cuando se trata de un bien declarado de interés cultural o catalogado como patrimonio histórico. Así, el Tribunal considera que los propietarios de obras de arte que tienen un interés para el patrimonio artístico de la nación deben prever que soportarán restricciones de su derecho en razón de la protección del interés general y de la naturaleza particular de estos bienes. A pesar de ello, cualquier afectación al derecho al respeto de los bienes debe procurar un «justo equilibrio» entre las exigencias del interés general de la colectividad y las de la protección de los derechos fundamentales del individuo.

El TEDH señala que las restricciones aplicables (obligación de notificar a la Administración la intención de vender el cuadro, con el fin de que pueda ejercer su derecho de tanteo; el vendedor no puede fijar las condiciones unilateralmente y la transacción debe efectuarse conforme a la reglamentación aplicable) se explican por el deseo de la Administración de centralizar, tanto como sea posible, la conservación y promoción de obras de arte con el fin de satisfacer la obligación que emana del artículo 46 de la Constitución y de facilitar el acceso al conjunto de la población. El cuadro está ahora expuesto en la pinacoteca española más importante, esto es, el Museo del Prado de Madrid. No obstante, el TEDH procede a evaluar si el daño patrimonial alegado constituyó una carga desproporcionada. Constata al respecto que los demandantes recibieron la totalidad del precio de venta del cuadro, o sea 24.040.484,17 euros, antes del fin del plazo de dos períodos contables previsto por la ley. Además, el artículo 38 de la Ley sobre el Patrimonio Histórico Español no contiene previsiones expresas en cuanto a una eventual actualización del precio en caso de pago diferido. Así pues, los demandantes no podían razonablemente esperar una actualización del precio. En efecto, el artículo 38 § 2 de la Ley no dejaba ningún margen de apreciación a la Administración, ya que disponía estrictamente que esta última había de pagar al propietario del bien el precio acordado en el acto de enajenación. Teniendo en cuenta lo anterior, el TEDH concluye que los demandantes no han soportado una carga desproporcionada ni excesiva, y que el justo equilibrio requerido por el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio no ha sido, por consiguiente, quebrantado en este caso. Así pues, no ha habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Asunto Lizaso Azconobieta c. España (demanda 28834/08), sentencia de 28 de junio de 2011. Art. 6.2 del CEDH (presunción de inocencia).

El 5 de junio de 1994, en una operación policial de la Guardia Civil contra ETA, el demandante fue detenido. Tres días más tarde, en una rueda de prensa ante diversos medios de comunicación, el Gobernador civil de Guipúzcoa se refirió al demandante como miembro del comando Kurruli de ETA, responsable de tres atentados. Las declaraciones del Gobernador civil fueron difundidas en el telediario de mediodía de la cadena de televisión autonómica vasca, así como en varios periódicos regionales y nacionales. El 10 de junio de 1994, el demandante fue puesto en libertad sin cargos.

El demandante presentó una querrela contra el Gobernador civil de Guipúzcoa por presuntos delitos de injurias y calumnias. Por una decisión de 27 de mayo de 1996, el Juez de instrucción núm. 3 de San Sebastián consideró que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito. El Juez consideró, por otra parte, que la reputación del demandante podía haber sido afectada y señaló que el demandante tenía la posibilidad de reclamar una indemnización ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción contencioso-administrativa solicitando la responsabilidad de la Administración. El demandante ejercitó una acción de protección del honor ante el Juez de primera instancia núm. 4 de San Sebastián que, por una sentencia del 1 de junio de 1998 acogió sus pretensiones y condenó al Gobernador civil a pagar al demandante una indemnización de cinco millones de pesetas (30.000 euros). El Gobernador civil y la Fiscalía apelaron. Por una sentencia del 26 de marzo de 1999, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa confirmó la sentencia impugnada. El Gobernador civil recurrió en casación. Por una sentencia del 6 de julio de 2004, el Tribunal Supremo estimó el recurso, casó la sentencia de la Audiencia Provincial y anuló la sentencia de primera instancia. A la luz de la transcripción de la rueda de prensa efectuada en el procedimiento de primera instancia, el Tribunal Supremo estimó que no era posible deducir de las intenciones del Gobernador civil, la imputación directa, concreta y sin otra posibilidad de interpretación de la pertenencia del demandante al comando, ni de haber sido el autor de los crímenes cometidos por este último. Invocando los artículos 18 (derecho al honor) y 24 (derecho a la presunción de inocencia) de la Constitución, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La Fiscalía solicitó la concesión del amparo al demandante. Por una sentencia del 10 de diciembre de 2007, notificada el 17 de diciembre de 2007, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso. Contrariamente a las pretensiones del demandante y de la Fiscalía, el Tribunal Constitucional estimó, que a diferencia del asunto *Alenet de Ribemont c. Francia* (sentencia del TEDH de 10 de febrero de 1995, serie A n.º 308), en la rueda de prensa de este caso, el Gobernador civil no había realizado una declaración de culpabilidad del demandante sino que se había limitado a precisar, en términos mejor o peor elegidos, el motivo que determinó la detención del demandante en respuesta a los datos y a los resultados obtenidos en la investigación policial en el momento de la celebración de la rueda de prensa.

La demanda ante el TEDH fue presentada el 11 de junio de 2008. Invocando el artículo 6.2 CEDH, el demandante se quejaba de las expresiones del Gobernador civil de Guipúzcoa en la rueda de prensa del 8 de junio de 1994.

El TEDH recuerda que el derecho a la presunción de inocencia no se limita a una garantía procesal en materia penal, sino que, además, exige que ningún representante estatal o autoridad pública declare culpable a una persona antes de que su culpabilidad sea dictaminada por un tribunal. Asimismo, considera que si bien la libertad de expresión y comunicación implica la posibilidad de hacer públicos los elementos objetivos del proceso, dichos elementos deben estar exentos de toda apreciación o prejuicio de culpabilidad. Hay que hacer una distinción entre las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona afectada es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha. Las primeras vulneran la presunción de inocencia, mientras que las segundas han sido consideradas conformes al espíritu del artículo 6 del Convenio.

En el presente asunto, el TEDH observa que el 8 de junio de 1994, solo tres días después del arresto y detención del demandante en el marco de una operación policial llevada a cabo contra la organización terrorista ETA, el Gobernador civil de Guipúzcoa organizó una rueda de prensa. Identificó al demandante por su nombre en dos ocasiones, a petición de los periodistas. Se refirió al demandante, sin matices ni reservas, como uno de los miembros de un comando terrorista que habían sido detenidos en una operación policial. A este respecto, el TEDH señala que el Gobernador civil no se refirió al demandante como un «presunto» miembro del comando, aun cuando la investigación policial no había finalizado en el momento en el que se celebró la rueda de prensa. Por otra parte, el Gobernador civil señaló que las fuerzas y cuerpos de seguridad habían llegado «a la convicción» de que este comando era el responsable de tres atentados mortales cometidos en la provincia de Guipúzcoa. El TEDH señala que la rueda de prensa convocada por el Gobernador civil tuvo lugar cuando el demandante no había sido aun puesto a disposición del Juez para hacer su declaración. Por tanto, era particularmente importante en esta fase precoz, es decir, antes incluso de la apertura de diligencias penales contra el demandante, no formular alegaciones públicas que pudieran ser interpretadas como una confirmación de que el demandante había sido considerado culpable o, al menos, miembro de un comando terrorista asesino. Tomadas en su conjunto, las declaraciones del Gobernador civil, en la medida en que reflejan una apreciación previa de los cargos que pueden ser imputados al demandante y proporcionan a la prensa la identificación de este último, no se concilian con el respeto a la presunción de inocencia. La rueda de prensa así realizada, de una parte, incitaba al público a creer en la culpabilidad del demandante y, de otra, prejuzgaba de la apreciación de los hechos por parte de los jueces competentes. Por consiguiente, ha habido vulneración del artículo 6.2 CEDH.

El TEDH decide conceder al demandante 12.000 euros por perjuicio moral y la cantidad de 6.400 euros por todos los gastos ocasionados.

Asunto Tendam c. España (demanda 25720/05), sentencia de 28 de junio de 2011. Art. 41 del CEDH (satisfacción equitativa).

El demandante es un ciudadano alemán residente en Santa Cruz de Tenerife. En marzo de 1986 el demandante fue detenido y acusado del robo de unas colmenas de abejas. En agosto del mismo año fue puesto en libertad provisional. En el marco de otro procedimiento, el demandante fue acusado de receptación de bienes robados. En 1993, el demandante fue absuelto por ambos delitos. La Audiencia Provincial de Tenerife consideró que no había

pruebas concluyentes de su culpabilidad en lo que se refería al delito de robo. El Juzgado de lo penal núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife lo absolvió del delito de receptación, después de que el Ministerio Fiscal retirara la acusación.

A pesar de las reclamaciones del demandante para recuperar sus bienes incautados durante los registros policiales en el curso de la investigación, muchos de ellos no le fueron devueltos y algunos estaban deteriorados. El demandante reclamó ante el Ministerio de Justicia con el fin de obtener una indemnización por daños y perjuicios, por los bienes perdidos y deteriorados, así como por los ciento treinta y cinco días pasados en prisión provisional. El Ministerio rechazó dichas reclamaciones. Respecto a la indemnización por la 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. El recurso contencioso-administrativo interpuesto contra esta decisión fue desestimado por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 4 de febrero de 1998, confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2003.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 9 de julio de 2005. Mediante sentencia de 13 de julio de 2010 (véase Crónica del TEDH junio-octubre 2010, ADC, 2011, 1), el TEDH consideró que las autoridades españolas, al denegar una compensación económica por la prisión provisional del demandante, habían incurrido en la violación del artículo 6.2 CEDH, que establece el derecho a la presunción de inocencia. Por otra parte, consideró que había habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al CEDH, que establece el derecho al respeto de los bienes, al serle denegada una compensación económica por la pérdida y deterioro de los bienes incautados. El TEDH dictaminó que el Estado español debía abonar al demandante la cantidad de 15.600 euros en concepto de daños morales, y reservó la cuestión de los daños materiales derivados de la violación del derecho de propiedad, invitando al Gobierno y al demandante a mandarle por escrito sus observaciones sobre dicha cuestión y, particularmente, a poner en su conocimiento cualquier acuerdo al que pudieran llegar.

Mediante sentencia de 28 de junio de 2011 (sobre la satisfacción equitativa, art. 41 CEDH), el TEDH, teniendo en cuenta las dificultades para evaluar con precisión el daño material sufrido por el demandante, estima razonable conceder al demandante una indemnización de 200.000 euros, junto al importe que pueda ser debido por impuestos sobre esta cantidad. La sentencia fue adoptada por seis votos contra uno. Se adjunta a la sentencia una declaración discrepante del Juez Saiz Arnaiz.

Asunto Palomo Sánchez y otros c. España (demandas 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06). Sentencia de Gran Sala de 12 de septiembre de 2011. Art. 10 del CEDH (libertad de expresión) y art. 11 del CEDH (libertad de asociación).

Los demandantes trabajaban como repartidores para la empresa P. contra la cual habían iniciado, a título individual, varios procedimientos ante la jurisdicción social. Los demandantes reclamaban que su condición de trabajadores asalariados con carácter especial, confirmada por sentencias del 2 de mayo y del 30 diciembre de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, fuera aceptada por el empresario con el fin de integrarse en el régimen

pertinente de la Seguridad Social. En el marco de estos procedimientos, representantes de un comité de repartidores no asalariados en el seno de la empresa P. habían declarado en contra de los demandantes.

El 21 de mayo de 2001, los demandantes constituyeron el sindicato «Nueva alternativa asamblearia» (N.A.A.), para defender sus intereses y los de los otros repartidores asalariados frente a las iniciativas tomadas por la empresa P. con el fin de que renunciaran a su condición de asalariados. Los demandantes integraron la comisión ejecutiva del sindicato. El 3 de agosto de 2001, los demandantes informaron a la empresa P. de la constitución de la sección sindical en el seno de la empresa, de su composición y de su elección como miembros de la comisión ejecutiva de dicha sección sindical. Juan Manuel Palomo Sánchez era el delegado sindical, Francisco Antonio Fernández Olmo el secretario de tesorería, Agustín Álvarez Lecegui el secretario de prensa y propaganda y Francisco José María Blanco Balbas el secretario de organización. El sindicato N.A.A. publicaba un boletín de información mensual. El boletín del mes marzo 2002 (*sic*) informaba de la sentencia del 2 de abril de 2002 dictada por el Juzgado de lo social núm. 13 de Barcelona que había acogido parcialmente las pretensiones de los demandantes condenando a la empresa P. a pagarles ciertos importes relativos a los salarios de los que era deudora. En la portada del boletín, un dibujo con diálogos mostraba una caricatura del director de recursos humanos, G., sentado detrás de un pupitre bajo el cual se encontraba una persona a cuatro patas, de espaldas y, al lado, otras dos personas, A. y B., también empleados de la empresa P. y representantes de un comité de repartidores no asalariados en el seno de esta última, que contemplaban la escena y esperaban turno para ocupar el sitio bajo el pupitre y satisfacer al director. En el interior del boletín, dos artículos denunciaban vigorosamente el hecho de que estas dos personas habían declarado a favor de la empresa P. en un procedimiento instado por los demandantes en contra de aquella. El boletín fue distribuido entre los trabajadores y expuesto en el tablón de anuncios del sindicato N.A.A. situado en la empresa.

El 3 de junio de 2002 la empresa comunicó a los demandantes su despido por falta grave, en concreto atentar contra el honor de G., A. y B., con fundamento en el artículo 54.1 y 2 c) del Estatuto de los Trabajadores, que permite resolver el contrato de trabajo en caso de incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones contractuales por el trabajador. Los demandantes impugnaron esta decisión ante el Juzgado de lo social núm. 17 de Barcelona que, por una sentencia del 8 de noviembre de 2002, rechazó sus pretensiones y consideró que los despidos estaban justificados. El juez consideró que la decisión de la empresa de despedir a los demandantes estaba bien fundada sobre una causa real y seria, a saber, la publicación y exposición en el tablón situado en la empresa de un boletín que contenía un dibujo con diálogos y dos artículos ofensivos (titulados «*Testigos ... de quien? Pues de ellos*» y «*Quien alquila el culo, no caga cuando quiere*») que atentaban contra la dignidad de las personas concernidas. El juez observó en primer lugar que la causa del despido era el contenido del boletín y no la afiliación sindical de los demandantes. En su sentencia se refirió al ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el marco de las relaciones laborales y a su carácter no ilimitado. Consideró que los límites de este derecho debían ser interpretados conforme al principio de la buena fe, lo que, en el marco de las relaciones laborales, debía tener en cuenta el respeto a los intereses del empresario y a las mínimas exigencias de vida en común en el medio profesional. En cuanto al contenido del boletín, el juez consideró que el dibujo y los diálogos de la portada, así como los artícu-

los del interior, eran ofensivos y sobrepasaban los límites de la libertad de expresión y de información, atentando contra el honor y contra la dignidad del director de recursos humanos, de los repartidores A. y B. y contra la imagen de la empresa P. Los demandantes recurrieron esta sentencia. Por una sentencia dictada el 7 de mayo de 2003, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la sentencia impugnada en lo que concierne a los demandantes.

Los demandantes recurrieron en casación para unificación de doctrina. Por una resolución del 11 de marzo de 2004, el Tribunal Supremo rechazó este recurso. Los demandantes interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por una resolución del 11 de enero de 2006, notificada el 13 de enero de 2006, la alta jurisdicción declaró el recurso inadmisibles por carecer de contenido constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 13 de julio de 2006. Invocando los artículos 10 y 11 CEDH, los demandantes alegaban que habían sido despedidos en represalia a su afiliación a un sindicato y a causa de las reivindicaciones de este último, con el pretexto del contenido supuestamente injurioso del boletín informativo de dicho sindicato. Mediante sentencia de 8 de diciembre de 2009 (sentencia *Aguilera Jiménez y otros c. España*), una Sala de la Sección Tercera del TEDH concluyó, por seis votos contra uno, que no había habido vulneración del artículo 10 CEDH y que no se planteaba ninguna cuestión distinta respecto al artículo 11 CEDH. El 7 de marzo de 2010, los demandantes pidieron el reenvío del asunto ante la Gran Sala, en virtud del artículo 43 del Convenio y del artículo 73 del Reglamento, sosteniendo que había habido violación de los artículos 10 y 11 CEDH. El 10 de mayo de 2010, el colegio de cinco jueces de la Gran Sala estimó esta petición.

En la sentencia de la Gran Sala, el TEDH señala, de entrada, que vistos los hechos de la causa la cuestión de la libertad de expresión se encuentra estrechamente asociada con la libertad de asociación en el contexto sindical. Pero considerando que la pertenencia de los demandantes al sindicato no jugó un papel decisivo en el despido de los demandantes, el TEDH estima más apropiado examinar los hechos desde la perspectiva del artículo 10, el cual será interpretado no obstante, a la luz del artículo 11. El TEDH considera que los miembros de un sindicato deben poder expresar ante el empresario sus reivindicaciones tendentes a mejorar la situación de los trabajadores en el seno de su empresa. Un sindicato que no tiene la posibilidad de expresar libremente sus ideas en este marco se vería en efecto privado de un medio esencial de acción. Para asegurar el carácter real y efectivo de los derechos sindicales, las autoridades nacionales deben velar para que sanciones desproporcionadas no disuadan a los representantes sindicales de su intención de expresar y defender los intereses de sus miembros. La expresión sindical puede tener forma de boletines informativos, de folletos, de publicaciones y de otros documentos del sindicato, cuya distribución por los representantes de los trabajadores que actúan en nombre de un sindicato debe ser, por tanto, autorizada por la dirección, como lo enuncia la Conferencia general de la OIT en su Recomendación n.º 143, del 23 de junio de 1971.

En este caso, los jueces españoles han sido llamados a ponderar el derecho a la libertad de expresión de los demandantes, garantizado por el artículo 10 del Convenio, y el derecho al honor y a la dignidad de G., A. y B. en el contexto de una relación laboral. Los despidos de los demandantes no resultan de una intervención directa de las autoridades nacionales. La responsabilidad de estas últimas puede estar comprometida, sin embargo, si de los

hechos alegados resultase una omisión de su deber de garantizar a los demandantes el disfrute del derecho consagrado por el artículo 10 del Convenio. En estas condiciones, el TEDH considera que procede examinar las presentes demandas desde la perspectiva de las obligaciones positivas que incumben al Estado demandado en el ámbito del artículo 10, a la luz del artículo 11. Por tanto, analizará si, en este caso, las autoridades judiciales españolas debían estimar las demandas de anulación de los despidos litigiosos para preservar la libertad de expresión de los demandantes en el contexto de las relaciones laborales.

En cuanto a la cuestión de saber si las expresiones de los demandantes pueden considerarse atentatorias contra la reputación ajena, el TEDH no aprecia ninguna razón para cuestionar las conclusiones a las que llegan los tribunales internos, para los que el dibujo y los dos artículos litigiosos eran de carácter ofensivo y perjudicial para la reputación de otros. El Tribunal recuerda que debe hacerse una clara distinción entre la crítica y el insulto. Considera pues que las razones expuestas por los tribunales nacionales se conciliaban con el fin legítimo consistente en proteger la reputación de las personas físicas aludidas en la caricatura y en los textos en cuestión, y que la conclusión según la cual los demandantes se habían extralimitado en la crítica admisible en el marco de las relaciones laborales no debe ser considerada como infundada o carente de un fundamento fáctico razonable.

Sobre la cuestión de saber si la sanción del despido fue proporcionada en relación con la gravedad de las expresiones enjuiciadas, el TEDH señala que la caricatura y los artículos litigiosos publicados en el boletín de la sección sindical a la cual pertenecían los demandantes se inscribían en el marco de un conflicto que enfrentaba a los demandantes y a la empresa P. El debate no era puramente privado; se trataba, al menos, de una cuestión de interés general para los trabajadores de la empresa P. No obstante, la existencia de tal cuestión no justificaba la utilización de caricaturas y expresiones ofensivas, incluso en el marco de la relación laboral. Además, estas últimas no constituían una reacción instantánea e irreflexiva en el marco de un intercambio oral rápido, sino que se trataba de expresiones escritas, publicadas con toda lucidez y expuestas públicamente en el seno de la empresa P. Los tribunales nacionales tuvieron en cuenta todos estos elementos cuando estudiaron el recurso de los demandantes. En efecto, realizaron un profundo examen de las circunstancias del caso y sopesaron los intereses contrapuestos en juego, teniendo en cuenta los límites del derecho a la libertad de expresión y los derechos y obligaciones recíprocas propias del contrato laboral y en el ámbito profesional. Desde el punto de vista del TEDH, las conclusiones que alcanzaron no pueden ser consideradas irrazonables. El Tribunal recuerda que para poder prosperar, las relaciones laborales deben basarse en la confianza entre las personas. Tal y como el Juzgado de lo social subrayó con razón, aunque la buena fe en el marco de un contrato de trabajo no implica un deber de lealtad absoluta hacia el empresario ni una obligación de reserva que entrañe la sujeción del trabajador a los intereses del empresario, ciertas manifestaciones del derecho a la libertad de expresión que podrían ser legítimas en otros contextos no lo son en el marco de la relación laboral. Además, una ofensa a la honorabilidad de las personas realizada a través de expresiones groseramente insultantes o injuriosas en el ámbito profesional, reviste, debido a sus efectos perturbadores, una gravedad particular, susceptible de justificar sanciones severas.

Por todo ello el Tribunal considera que, en las circunstancias particulares del presente caso, el despido del que los demandantes fueron objeto no fue una sanción manifiestamente desproporcionada o excesiva, cuyo carácter exija que el Estado ponga remedio anulándolo o incluso sustituyéndolo por una sanción menos grave. La Gran Sala, por doce votos contra cinco, considera que no hubo violación del artículo 10, interpretado a la luz del artículo 11 CEDH.

Se adjunta a la sentencia una opinión discrepante común de los Jueces Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović y Vučinić.

Asunto Ortuño Ortuño c. España (demanda 30350/07), sentencia de 27 de septiembre de 2011. Art. 6.1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable).

La demandante es madre de dos niños nacidos de su matrimonio con J.A.Q. Por una sentencia del 22 de noviembre de 1996, el Juez de primera instancia núm. 6 de Orihuela (Alicante) declaró la separación matrimonial de los cónyuges y ordenó la liquidación del régimen económico matrimonial de comunidad de bienes gananciales. Por falta de acuerdo entre las partes en cuanto a los bienes que integran la comunidad de bienes gananciales, el 23 de diciembre de 1998 la demandante solicitó la ejecución de la sentencia de separación con el fin de liquidar el régimen económico matrimonial. Por una sentencia del 31 de julio de 2000, el Juzgado de primera instancia núm. 6 de Orihuela aceptó parcialmente la pretensión de la demandante haciendo inventario de los bienes que integran el activo y el pasivo de la comunidad de bienes gananciales. Por otra parte, ordenó la estimación del valor de los bienes antes de proceder a la liquidación del régimen económico matrimonial, así como el reparto del haber restante en partes iguales entre la demandante y su esposo.

La demandante presentó dos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional quejándose de los retrasos en el procedimiento de ejecución de la sentencia de 31 de julio de 2000. Ambos recursos fueron rechazados por el Tribunal Constitucional. El 30 de enero de 2004, el Juzgado de primera instancia declaró la suspensión del procedimiento de ejecución debido a la presentación del segundo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Después de la sentencia denegatoria del amparo de 15 de enero de 2007, se reanudó el procedimiento de ejecución de la sentencia del 31 de julio de 2000. Se sucedieron diversas vicisitudes en particular con los diferentes peritos nombrados por el Juzgado de Orihuela. A título de ejemplo, 595 días después del plazo de ocho días fijado por el Juzgado a la perito M. el 24 de septiembre de 2007, esta última no había presentado aún su informe y lo presentó dos años después del plazo fijado. La demandante presentó un nuevo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue rechazado en fecha de 14 de junio de 2010.

El 29 de noviembre de 2010, la demandante presentó una denuncia ante la jurisdicción penal contra los jueces titulares sucesivos del Juzgado de primera instancia de Orihuela y contra sus secretarios judiciales y otros funcionarios que habían participado en el procedimiento en cuestión, así como contra tres jueces del Tribunal Constitucional que habían declarado inadmisibles sus recursos de amparo precedentes.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 4 de julio de 2007. Invocando el artículo 6 CEDH, la demandante se quejaba de la excesiva duración del pro-

cedimiento tramitado para la ejecución de la sentencia definitiva que ordena la liquidación del régimen matrimonial de la comunidad de gananciales.

El TEDH rechaza la excepción preliminar del Gobierno basada en el no agotamiento de los recursos internos (por no haber presentado solicitud de indemnización ante el Ministerio de Justicia por anormal funcionamiento de la Administración una vez concluido el procedimiento, al amparo de los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El TEDH recuerda que cuando se ha utilizado una vía de recurso, no es exigible el uso de otra vía cuyo fin es prácticamente el mismo. El Tribunal observa que la demandante presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo para quejarse de la duración del procedimiento en curso, que todavía está pendiente, y para pedir su aceleración, sin éxito, y señala que la pertinencia de esta vía de recurso no ha sido cuestionada.

En cuanto al fondo de la demanda, el TEDH considera que el periodo a considerar comenzó el 31 de julio de 2000, fecha de la sentencia que ordenaba la liquidación del régimen económico matrimonial de la comunidad de gananciales y que todavía no ha concluido. Así, la duración a examinar es de más de once años a día de hoy, por una sola instancia. El Tribunal admite que el asunto revestía cierta complejidad debido a la disolución de la comunidad de gananciales y de las dificultades para proceder a su valoración. Observa, sin embargo, que no se ha dado respuesta a las diferentes quejas de la demandante sobre la duración del procedimiento y para su aceleración y que no se han adoptado ningún tipo de represalias frente a la actitud obstruccionista del esposo de la demandante, que se negaba a pagar en tiempo hábil los honorarios de los peritos para que las evaluaciones de los bienes pudieran efectuarse. El Tribunal estima que las autoridades competentes deberían haber actuado con más diligencia para no causar perjuicio a las posibilidades efectivas de ejecución de la sentencia dictada en el pleito principal y para no favorecer al deudor.

En conclusión, a la vista de las circunstancias del caso que requieren una evaluación global, el Tribunal estima que, por sí mismo, un lapso de tiempo de más de once años a día de hoy para la fase de ejecución de una sentencia definitiva no puede considerarse que responde a las exigencias del «plazo razonable» garantizado por el artículo 6 § 1 del Convenio. Por lo tanto, ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

En cuanto a las solicitudes de satisfacción equitativa, el TEDH concede a la demandante 21.000 euros por el daño moral sufrido.

Asunto Martínez Martínez c. España (demanda 21532/08), sentencia de 18 de octubre de 2011. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada).

En 2001, la discoteca A. abrió a menos de diez metros del domicilio del demandante. Su superficie era de 112,90 metros cuadrados, más una terraza de 1.108,72 metros cuadrados sobre la que se instaló un bar musical. La discoteca-bar musical solicitó una licencia para su funcionamiento. El 13 de mayo de 2002, el demandante denunció el ruido producido por la música nocturna de la terraza de la discoteca. Reiteró sus quejas en varias ocasiones, alegando que el local no respetaba los horarios autorizados.

El 5 de julio de 2002, el servicio de medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Murcia emitió un informe desfavorable al otorgamiento de la licencia de funcionamiento para la discoteca A, indicando que no podía emi-

tir música en la terraza. El Servicio de protección de la naturaleza del Ministerio del Interior (SEPRONA) elaboró un informe en el que se hicieron constatar los niveles de ruido en la habitación del demandante entre las 1:30 y las 4:15 de la mañana: el número de decibelios (entre 68 y 71) era claramente superior al permitido por la legislación aplicable (40 decibelios). La terraza estaba a una distancia de 3 a 4 metros del domicilio del demandante, y cerca de 200 personas se encontraban presentes en los controles efectuados en los locales de la discoteca.

El 4 de noviembre de 2002, el Ayuntamiento de Cartagena otorgó la licencia solicitada, de acuerdo con un informe favorable emitido por la concejalía de medio ambiente. El demandante impugnó dicha licencia por ser contraria a la reglamentación municipal de protección contra los ruidos y por vulnerar su derecho a la vida privada en su domicilio. En particular, el demandante alegaba que desde el inicio de los ruidos, el estado de la enfermedad de su hija menor de edad celiaca se había agravado y que se había visto obligado a proporcionarle atención psicológica.

Mediante sentencia de 18 de diciembre de 2003, el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 1 de Cartagena aceptó parcialmente las pretensiones del demandante y anuló la decisión del Ayuntamiento por motivos procesales (ausencia de autorización obligatoria de los servicios de medio ambiente, tal y como exige el Decreto regional 48/1998), sin pronunciarse sobre la gravedad de los ruidos. El Ayuntamiento recurrió en apelación. Por una sentencia de 25 de febrero de 2005, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia acogió parcialmente las pretensiones de la Administración y anuló la sentencia impugnada. La autorización litigiosa volvió a producir sus efectos en lo que se refiere a la terraza del local, para la cual no era obligatorio el acuerdo previo de los servicios de medio ambiente. Sobre la cuestión de saber si los niveles sonoros del local respetaban la legislación, el Tribunal Superior de Justicia consideró que no le correspondía pronunciarse sobre la gravedad de las molestias. Finalmente, el Tribunal declaró que el local no respetaba las exigencias legales en cuanto a la obligación de instalar una sala insonorizada en la entrada.

El demandante solicitó al Ayuntamiento que adoptara las medidas destinadas a corregir las irregularidades detectadas. El 17 de julio de 2006 la policía municipal constató que el local interior de la discoteca había sido cerrado y que solo el bar musical de la terraza continuaba funcionando. El demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, quejándose de las molestias sonoras provocadas por la música de la terraza. Por decisión notificada el 30 de octubre de 2007, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso por carecer de contenido constitucional.

Varios informes médicos y psicológicos acreditaban el estado de ansiedad, insomnio e irritabilidad de la hija del demandante, a causa de los ruidos provocados por la música nocturna de la discoteca. Otros informes hacían mención del estado de estrés y ansiedad del demandante y de su esposa.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 24 de abril de 2008. Invocando los artículos 3 y 8 CEDH, el demandante se quejaba de los ruidos nocturnos provocados por la terraza de la discoteca, que atentan contra su derecho y el derecho de su familia al respeto de la vida privada, causando un deterioro del estado de salud de su hija y esposa.

El TEDH examina el asunto desde el punto de vista del artículo 8 CEDH y recuerda que las injerencias en el derecho al respeto del domicilio no se refieren únicamente a injerencias materiales o corporales, sino que también

pueden tener su origen en ruidos, emisiones u olores (*Moreno Gómez contra España*, TEDH 2004-X). En el presente caso, no está en juego una injerencia de las autoridades públicas, sino la inactividad de tales autoridades para hacer cesar las injerencias causadas por terceros. El TEDH pone de relieve que los niveles sonoros en el interior del domicilio del demandante fueron verificados por el SEPRONA y que estos datos fueron ignorados durante todo el procedimiento. El Ayuntamiento de Cartagena no tomó ninguna medida en relación con el ruido producido por el bar musical de la terraza de la discoteca. Recurrió en apelación la decisión del Juzgado de lo contencioso-administrativo que había anulado por vicios de procedimiento la licencia otorgada a la discoteca. Es cierto que se procedió a cerrar la parte interior del local por falta de insonorización en la entrada, pero se permitió la continuidad del funcionamiento de la terraza. Además, las jurisdicciones internas no se pronunciaron sobre un aspecto esencial en este tipo de casos, la cuestión de saber si los niveles sonoros emitidos podían ser considerados nocivos para la salud del demandante y de su familia. Los demandantes han tenido que sufrir durante diez años y continúan sufriendo las molestias causadas por el bar instalado en la terraza de la discoteca. Teniendo en cuenta la intensidad de las molestias sonoras –nocturnas y sobrepasando claramente los niveles autorizados– y que estas se han reproducido durante varios años, el TEDH estima que el Estado no ha cumplido con su obligación positiva de garantizar el derecho del demandante al respeto del domicilio y de la vida privada. Por tanto, ha habido violación del artículo 8 CEDH.

El TEDH no se pronuncia sobre el derecho del demandante a una indemnización ya que su abogado anunció que iba a intentar reabrir el procedimiento judicial en España y será entonces cuando hará la reclamación correspondiente al perjuicio moral padecido. El TEDH sí condena al Estado español a pagar al demandante 15.000 euros por los gastos que le ha supuesto el procedimiento.

Asunto Almenara Alvarez c. España (demanda 16096/08), sentencia de 25 de octubre de 2011. Art. 6.1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo).

En diciembre de 2002, la sociedad V. presentó una querrela contra la demandante, su compañero y su hija por un presunto delito de alzamiento de bienes. Por sentencia de 13 de diciembre de 2005, dictada tras la celebración de un juicio oral, el Juzgado de lo penal núm. 3 de Sabadell absolvió a la demandante y a los otros acusados. Basándose en varios documentos y en los testigos que comparecieron durante el juicio oral (una amiga de la demandante y su psicóloga), el juez consideró que los elementos constitutivos del delito de alzamiento de bienes no se cumplían. La acusación particular y el ministerio público recurrieron en apelación. Mediante sentencia de 30 de octubre de 2006, dictada sin la celebración de una vista pública, la Audiencia Provincial de Barcelona admitió el recurso y condenó a la demandante a una pena de dos años de prisión y al pago de una multa por un delito de alzamiento de bienes tipificado en el artículo 257 del Código penal. La Audiencia Provincial se basó en las pruebas documentales para concluir que la demandante conocía la deuda exigible al vender el bien de manera fraudulenta, en perjuicio de la sociedad acreedora. La Audiencia consideró pues que el elemento subjetivo de intencionalidad exigido por el artículo 257 del Código penal estaba presente en la demandante y que dicha intención se deducía

directamente de los actos efectuados para organizar su insolvencia, a saber, la transmisión de bienes a miembros de su familia y amigos.

La demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional. La alta jurisdicción declaró inadmisibile el amparo por carecer de contenido constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 14 de marzo de 2008. Invocando el artículo 6.1 CEDH y el artículo 13 CEDH, la demandante se quejaba de la falta de vista pública ante la Audiencia Provincial y de la decisión de inadmisibilidad del Tribunal Constitucional.

El TEDH examina la queja relativa a la falta de motivación de la decisión del Tribunal Constitucional desde la perspectiva del artículo 6 CEDH. Recuerda que una jurisdicción superior puede rechazar un recurso limitándose a citar las disposiciones legales que la habilitan a ello cuando las cuestiones planteadas por el recurso no revisten una importancia particular o no ofrecen perspectivas suficientes de éxito. El TEDH también recuerda su jurisprudencia según la cual la eficacia de un recurso no depende de la certitud de la obtención de un resultado favorable. Por lo tanto, el TEDH considera que la decisión del Tribunal Constitucional estaba debidamente motivada y declara inadmisibile esta queja por estar manifiestamente mal fundada.

Sobre la cuestión de la falta de vista pública, el TEDH sigue el razonamiento de las sentencias *Igual Coll, Bazo González, Marcos Barrios* (ver Crónica junio 2010-octubre 2010, ADC, 2011, 1), *García Hernández* (ver Crónica noviembre 2010-mayo 2011, ADC, 2011, 3) y considera que la Audiencia Provincial no se limitó a realizar una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronunció sobre una cuestión de hecho, a saber la intención de la demandante en el momento de vender algunos de sus bienes inmobiliarios, modificando así los hechos declarados probados por el juez de primera instancia. En opinión del TEDH, dicho examen implica un posicionamiento sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la demandante. La condena de la demandante en apelación tras un cambio de valoración de la intención y la conducta de la demandante, sin que esta tuviera la ocasión de ser oída personalmente en una vista oral, no fue conforme con las exigencias del derecho a un proceso equitativo. El TEDH falla, por unanimidad, que se ha producido una violación del artículo 6 CEDH.

El TEDH concede a la demandante 8.000 euros por daño moral.

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

Asunto Bellizzi c. Malta (demanda 46575/09), sentencia de 21 de junio de 2011. Art. 6.1 del CEDH (derecho a un tribunal independiente e imparcial): alegación de falta de imparcialidad del Tribunal Constitucional debido a que el asistente judicial del presidente del Tribunal había representado a una de las partes en el procedimiento civil previo.

Asunto Krušković c. Croacia (demanda 46185/08), sentencia de 21 de junio de 2011. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): imposibilidad para un padre declarado incapaz de reconocer la paternidad de su hijo.

Asunto Šneersones y Kampanella c. Italia (demanda 14737/09), sentencia de 12 de julio de 2011. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): decisión por la que se ordena el retorno de un hijo menor a Italia para vivir con su padre, sin tener en cuenta el interés superior del menor.

Asunto Shaw c. Hungría (demanda 6457/09), sentencia de 26 de julio de 2011. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Reglamento de la UE sobre la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (secuestro de menores).

Asunto Uj c. Hungría (demanda 23954), sentencia de 19 de julio de 2011. Art. 10 del CEDH (libertad de expresión): condena a un periodista por difamación por haber escrito un artículo de prensa que criticaba un vino producido por una empresa pública: ausencia de dimensión moral en la reputación comercial de una sociedad.

Asunto Schneider c. Alemania (demanda 17080/07), sentencia de 15 de septiembre de 2011. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): imposibilidad para un padre biológico de ver a su hijo sin tener suficientemente en cuenta el interés superior del menor.

Asunto Genovese c. Malta (demanda 53124/09), sentencia de 11 de octubre de 2011. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada) en combinación con el art. 14 CEDH (principio de no discriminación): denegación de la nacionalidad a un menor nacido fuera del matrimonio de padre maltés y de madre británica: impacto sobre la «identidad social» y la vida privada del individuo.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LIDIA ARNAU RAVENTÓS *

STJUE 22 de diciembre de 2010. Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz. Petición de decisión prejudicial. Oberlandesgericht Celle (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 el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución puede oponerse a la ejecución de una resolución que ordena la restitución de un menor, certificada por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, por considerar que no es cierto tal certificado en el extremo relativo al cumplimiento de la obligación de oír al menor antes de pronunciarse, en el procedimiento de divorcio, sobre la atribución del derecho de custodia. El Tribunal apela a la finalidad del Reglamento, que no es otra que la de dotar de la máxima celeridad a la ejecución de las resoluciones que ordenan la restitución de un menor. En este sentido, el órgano jurisdiccional competente del Estado de ejecución no puede sino constatar la fuerza ejecutiva de una resolución certificada conforme al art. 42 del Reglamento, de forma que un eventual procedimiento de rectificación solo puede iniciarse conforme a la normativa del Estado miembro de origen y conocerse por los Tribunales de dicho Estado. Por lo demás, el art. 42 no impone en todo caso la necesidad de dar audiencia al menor, sino que delega en el juez que haya de resolver sobre la restitución del menor la apreciación de la oportunidad de aquella audiencia.

STJUE 22 de diciembre de 2010. Barbara Mercredi v. Richard Chaffe. Petición de decisión prejudicial. Court d'Appeal (Reino Unido). 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. Según el art. 8 del Reglamento, la competencia del órgano jurisdiccional de un Estado miembro en materia de responsabilidad parental se determina conforme al criterio de la residencia habitual de ese menor en el momento en que se presenta el asunto ante el citado órgano jurisdiccional. Se pregunta por el concepto de «residencia habitual» en un supuesto en el que una menor lactante se traslada lícitamente con su madre a un Estado miembro distinto al de su residencia habitual anterior y se encuentra en tal Estado solo unos días antes de que se inicie el procedimiento ante el órgano

* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2009 SGR 221 y del Proyecto DER 2011-26892, ambos dirigidos por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

jurisdiccional del Estado miembro del que ha salido la citada menor. En este sentido, y más allá de la idea de estabilidad o regularidad de la residencia (que se infiere de la misma expresión de «residencia habitual»), el Tribunal destaca la necesidad de una interpretación autónoma y uniforme de aquel concepto. Visto que las normas de competencia se establecen en función del interés del menor y en función del criterio de proximidad, debe estarse al lugar en el que el menor tenga cierta integración en un entorno social y familiar. Tratándose de un lactante, aquel entorno debe identificarse con el de la persona o personas con las que vive y que cuidan de él.

STJUE 9 de junio de 2011. José María Ambrósio Lavrador, Maria Candida Olival Ferreira Bonifácio v. Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial SA. Petición de decisión prejudicial. Supremo Tribunal de Justiça (Portugal). Interpretación de la Directiva 72/166, del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles («Primera Directiva»); de la Directiva 84/5, del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, Segunda Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, y de la Directiva 90/232, del Consejo, de 14 de mayo de 1990, Tercera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles. Se pregunta si aquellas Directivas se oponen a una normativa nacional que limite o excluya el derecho a ser indemnizado por haber intervenido, de manera parcial o exclusivamente, en la producción del daño. El Tribunal distingue entre, por una parte, la obligación de cobertura por el seguro de responsabilidad civil de los daños causados a los terceros y, por otra, el alcance de la indemnización debida a estos últimos. Esta segunda se rige por el derecho nacional de forma que lo que imponen las tres Directivas es que la responsabilidad civil aplicable según el derecho interno esté cubierta por un seguro obligatorio. Sin embargo, no sería conforme al Derecho de la Unión que aquella normativa nacional privara a las Directivas de su efecto útil. A entender del Tribunal, eso es lo que sucedería que si negara el derecho a ser indemnizado por el simple hecho de haber participado en la producción del daño. El alcance de la indemnización de la víctima solo puede limitarse en circunstancias excepcionales y sobre la base de una apreciación individual de su intervención en el siniestro.

STJUE 9 de junio de 2011. Eleftheri tileorasi AE «ALTER CHANNEL», Konstantinos Giannikos v. Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis, Ethniko Symvoulio Radiotileorasis. Petición de decisión prejudicial. Symvoulio tis Epikrateias (Grecia). Interpretación del art. 1, letra d, de la Directiva 89/552, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. El precepto, a propósito de la definición de «publicidad encubierta», estima que, «en particular», una presentación verbal o visual de bienes, servicios, nombre, marca o actividades realizada con fines publicitarios y de tal forma que pueda inducir al público a error, se considerará intencionada si se hiciera a cambio de una remuneración o pago similar. Pregunta-

do el Tribunal por si resulta esencial al concepto de «publicidad encubierta» el pago de aquel precio, el Tribunal estima que la forma adverbial «en particular» obliga a negarlo. Sucediendo, sin embargo, que en la versión griega de la disposición no aparece aquella locución, recuerda el Tribunal que la necesidad de una aplicación e interpretación uniformes del Derecho de la Unión excluye, en caso de duda, la interpretación aislada del texto en una de sus versiones, debiéndose interpretar y aplicar a la luz de las redactadas en las demás lenguas oficiales.

STJUE 9 de junio de 2011. Electrosteel Europe SA v. Edil Centro SpA. Petición de decisión prejudicial. Tribunale ordinario di Vicenza (Italia). Interpretación del art. 5, número 1, letra b, primer guión, 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. El precepto atribuye competencia, en materia contractual, al tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviera de base a la demanda, entendiéndose que, en caso de compraventa de mercaderías, aquel lugar se corresponde con el lugar de entrega según contrato. A propósito de esto último, estima el Tribunal que deben considerarse, a falta de designación expresa de un lugar de entrega, todos los términos y todas las cláusulas del contrato, incluidos los generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los llamados Incoterms. En este último caso, sin embargo, puede resultar necesario examinar si tales cláusulas son solo estipulaciones que fijan únicamente las condiciones relativas al reparto de los riesgos vinculados al transporte de las mercancías, o al reparto de los gastos o si designan también el lugar de entrega. Si a pesar de todo ello resultara imposible determinar el lugar de entrega, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías o el de su puesta a disposición del comprador en el destino final de la operación de compraventa.

STJUE 16 de junio de 2011. Gebr. Weber GmbH v. Jürgen Wittmer, Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH. Petición de decisión prejudicial. Bundersgerichtshof y Amtsgericht Schorndorf (Alemania). Interpretación del art. 3, apartados 2 y 3, de la Directiva 1999/44, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. El precepto establece que en caso de falta de conformidad el consumidor puede optar, en primer término, por la sustitución o la reparación sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado en comparación con la otra forma de saneamiento. Se plantea, para el caso de un producto no conforme instalado de buena fe por el propio consumidor antes de la manifestación del defecto, si su sustitución implica para el vendedor la obligación de retirar el producto instalado e instalar en su lugar el bien de sustitución. El Tribunal así concluye. A su entender, optar por lo contrario, no solo implicaría que la sustitución acarrearía gastos para el consumidor y que la garantía no se llevaría a cabo «sin mayores inconvenientes» para él, sino que, además, con ello se burlaría la finalidad primera de la Directiva, que es la de garantizar que la conformidad del producto se alcance sin otros costes que los que deberían soportarse si el vendedor hubiera ejecutado correctamente el contrato de compraventa. Preguntado también por si el vendedor puede negarse a la sustitución en caso de que los costes de retirada del pro-

ducto no conforme e instalación del bien de sustitución sean desproporcionados en relación a la importancia del defecto y al valor del bien conforme al contrato, el Tribunal: primero, matiza que la desproporción debe valorarse solo en comparación con la forma alternativa de saneamiento, esto es, con la reparación; segundo, responde a la cuestión admitiendo que el vendedor pueda solo asumir, del coste total por aquellos conceptos, una cantidad proporcional a la importancia de la falta de conformidad y al valor del bien conforme al contrato. Ahora bien, en tales supuestos de reducción de los costes asumibles por el vendedor, debe reconocerse al consumidor la posibilidad de exigir, en lugar de la sustitución del bien, o bien la reducción del precio, o bien la resolución del contrato.

STJUE 6 de septiembre de 2011. Lady & Kid A/S, Direct Nyt ApS, A/S Harald Nyborg Isenkram-og Sportsforretning, KID-Holding A/S v. Skatteministeriet. Ostre Landsret (Dinamarca). Interpretación del Derecho de la Unión en materia de pago de lo indebido. Es un principio del Derecho de la Unión el que ordena la devolución de los tributos declarados incompatibles con tal ordenamiento. Sin embargo, aquella devolución podrá denegarse en aquellos supuestos en los que, de efectuarse, se generaría un enriquecimiento injusto a favor del sujeto pasivo. Concurrirían tales circunstancias en aquellos casos en los que la persona obligada al pago los repercutió efectivamente sobre otros sujetos (así, aumentando directamente el precio del producto).

STJUE 13 de octubre de 2011. Prism Investments BV v. Jaap Anne van der Meer. Petición de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos). Interpretación del art. 45 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 en materia civil y mercantil. La disposición establece, a propósito del recurso contra la solicitud de ejecución, que el tribunal podrá desestimar el otorgamiento de la ejecución por uno de los motivos previstos en los artículos 34 y 35 del Reglamento sin posibilidad, en ningún caso, de proceder a una revisión en cuanto al fondo de la resolución a ejecutar. La petición trae causa del recurso interpuesto contra la resolución de ejecución de una sentencia de condena al pago de cantidad al estimar, la parte condenada, que ya la había cumplido en el Estado de origen por la vía de compensación de créditos. Dado que los arts. 34 y 35 del Reglamento no contemplan dicho motivo, se pregunta al Tribunal si sería conforme con el art. 45 la denegación de la ejecución por aquella causa. El Tribunal, tras reiterar que el procedimiento de otorgamiento de la ejecución consiste en un control puramente formal de los documentos que se aportan y tras confirmar que la ejecución de una resolución en el Estado de origen no priva a esta de carácter ejecutorio, resuelve que sería contrario al Derecho de la Unión denegar la ejecución, en un primer momento, por motivos distintos a los contemplados en los arts. 34 y 35 del Reglamento. Ahora bien, una vez que la resolución se integra en el ordenamiento del Estado requerido, las normas nacionales se aplican del mismo modo que resultarían aplicables a las resoluciones dictadas por órganos nacionales. Sería, pues, en este contexto que cabría alegar el cumplimiento de la resolución que pretende ejecutarse.

STJUE 13 de octubre de 2011. Aurora Sousa Rodríguez, Yago López Sousa, Rodrigo Manuel Puga Lueiro, Luis Ángel Rodríguez González, María del Mar Pato Barreiro, Manuel López Alonso, Yaiza Pato Rodríguez v. Air France SA. Petición de decisión prejudicial. Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra. Interpretación de los artículos 2 y 12 del Reglamento n.º 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Se pregunta si el concepto de «cancelación» previsto en el art. 2, letra l), del Reglamento incluye el supuesto de que el avión, habiendo despegado, se vea obligado a regresar al aeropuerto de origen por causa de una avería técnica del aparato. El precepto define el concepto de cancelación como «la no realización de un vuelo programado y en el que había reservada al menos una plaza», entendiendo el Tribunal por «vuelo» la realización del itinerario programado. Desde esta perspectiva, no ha habido propiamente «vuelo» (y, en consecuencia, puede cancelarse) en aquellos supuestos en los que, tras despegar, el avión regresa al aeropuerto de salida. Por lo demás, constata el Tribunal que, a efectos de cancelarse un vuelo, el art. 2 no exige una decisión explícita de cancelación, que resulta irrelevante su motivo y el que los pasajeros sean transferidos a otros vuelos. En segundo lugar, y a propósito del art. 12, letra l) (que establece la aplicación del Reglamento sin perjuicio del derecho de los pasajeros a obtener una compensación complementaria), se pregunta si el juez nacional puede condenar al transportista a indemnizar todo tipo de perjuicio, incluido el moral, conforme a las normas nacionales. Así lo afirma el Tribunal, al tiempo que precisa, no obstante, que no pueden considerarse comprendidos dentro del concepto de «compensación complementaria» del art. 12 los gastos efectuados por los pasajeros debidos al incumplimiento, por parte del transportista aéreo, de las obligaciones de asistencia y atención que le incumben en virtud de los arts. 8 y 9 del Reglamento. En su caso, el reembolso de estos gastos deberá ampararse en las obligaciones que dichos preceptos imponen al transportista.

STJUE 18 de octubre de 2011. Realchemie Nederland BV v. Bayer CropScience AG. Petición de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos). Interpretación del art. 1 del Reglamento 44/2001, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se pregunta si el concepto de «materia civil y mercantil» comprende también la condena al pago de una multa en virtud de una disposición nacional. El Tribunal, más allá de reconocer que la multa controvertida en el litigio principal se impuso por infringir una prohibición judicial, siendo además el beneficiario, no un particular, sino el Estado alemán, constata sin embargo que trae causa de una prohibición impuesta a fin de proteger intereses privados, dimanantes de una relación sin duda comprendida en el concepto de «materia civil y mercantil». Sin ello así, se declara la sujeción de la resolución controvertida al ámbito de aplicación del Reglamento.

STJUE 20 de octubre de 2011. Interedil Srl v. Fallimento Interedil Srl e Intesa Gestione Crediti SpA. Petición de decisión prejudicial. Tribunale di Bari (Italia). Interpretación del art. 3 del Reglamento n.º 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. El

precepto atribuye la competencia para abrir el procedimiento de insolvencia a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor. En respuesta a una de las cuestiones planteadas, el Tribunal resuelve que es contrario al Derecho de la Unión el que un órgano jurisdiccional nacional esté vinculado por una norma de Derecho procesal nacional en cuya virtud se le impongan las apreciaciones realizadas por un órgano jurisdiccional superior, siendo así que dichas apreciaciones no son conformes con la interpretación hecha del Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia. A propósito de la determinación del «centro de intereses principales del deudor», el Tribunal recuerda que se trata de un concepto propio del Reglamento, que debe interpretarse de manera uniforme y con independencia de las legislaciones nacionales. Se identifica con el lugar, coincida o no con el domicilio social, donde el deudor lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y así puede ser averiguado y comprobable por terceros. Así, son factores objetivos y verificables por terceros, la existencia de bienes inmuebles pertenecientes al deudor en un Estado distinto al del domicilio social y la existencia, en aquel mismo Estado, de un contrato celebrado con una entidad financiera. En relación a la fecha relevante a fin de determinar la ubicación de aquel centro de intereses, el Tribunal constata que el Reglamento no contiene normas relativas al caso particular del traslado del centro de intereses y, tras ello, considera que es el último lugar donde se encuentra aquel centro el que resulta determinante de la competencia judicial. A propósito del concepto de «establecimiento» (previsto en el art. 3.2 del Reglamento, a fin de reconocer también la competencia de los tribunales del lugar en que se encuentre un establecimiento del deudor pese a no ser su centro de intereses), el Tribunal estima que se requiere de una mínima organización y de cierta estabilidad, a verificar también a partir de datos objetivos comprobables por terceros. A estos efectos, resultaría insuficiente la presencia de bienes aislados o de cuentas bancarias.

STJUE 25 de octubre de 2011. eDate Advertising GmbH v. X, Olivier Martínez y Robert Martínez v. MGN Limited. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del art. 5, número 3, del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y del art. 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2000/31, 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. El art. 5.3 del Reglamento n.º 44/2001 establece que, en materia delictual o cuasidelictual, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro; en particular, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso. Se plantea, en esencia, en qué debe interpretarse por «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso» en el caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante los contenidos publicados en un sitio de Internet. Entiende el Tribunal que es el tribunal del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses el que mejor puede apreciar la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre derechos de aquella naturaleza, ya coincida aquel lugar con el de su residencia habitual, o con el lugar en el que desarrolla su actividad profesional. Y frente a tal Tribunal el perjudicado podría entablar una acción por la totalidad del daño

causado. El criterio del centro de intereses obedecería al principio de una buena administración de justicia, al tiempo que permite al perjudicado determinar fácilmente el lugar ante el cual puede ejercitar la acción y al difusor prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado. Más allá de este fuero, el Tribunal interpreta el art. 5.3 del Reglamento n.º 44/2001 en el sentido que el demandado puede también: o bien reclamar la totalidad del daño causado ante los tribunales del lugar de establecimiento del emisor de aquellos contenidos, o bien ejercitar una acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio sea accesible el contenido publicado en Internet mas, en este caso, solo por razón de los daños causados en este territorio. Por su parte, el art. 3, 1 y 2 de la Directiva 2000/31, dispone que todo Estado miembro debe procurar que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado. Establece, además, que los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado. Se pregunta si aquel artículo constituye una norma de conflicto de leyes en el sentido que, también en el ámbito del Derecho civil, prescribe la aplicación exclusiva del derecho en vigor en el país de origen, excluyendo las normas nacionales de conflicto de leyes o si, por el contrario, constituye un correctivo al Derecho declarado aplicable según las normas nacionales de conflicto de leyes para modificar su tenor con arreglo a las exigencias del país de origen. Responde el Tribunal que ni la obligación que para los Estados resulta del art. 3.1 presenta las características de una norma de conflicto de leyes, destinada a zanjar un conflicto específico entre varios derechos que deben ser aplicados, ni el art. 3.2 impone una transposición que revista la forma de norma específica de conflicto de leyes.

Jurisprudencia Nacional
(mayo 2011-septiembre 2011)

MIRIAM ANDERSON *

TRIBUNAL SUPREMO

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

STS (Sala Civil) de 6 de mayo de 2011 (RJ 2011/3843). Ponente: Encarnación Roca Trias. Enriquecimiento injusto: *condictio* por inversión en la disolución de una pareja de hecho por muerte. Durante los quince años que duró la convivencia entre la demandante en primera instancia y el causante de los demandados (hermanos suyos y sus sucesores abintestato), este último había constituido distintas sociedades, en las que participaban sus hermanos pero no su pareja, pese a que ella aportó su trabajo sin percibir remuneración alguna. Por el contrario, el causante sí tenía una pequeña participación en una sociedad que constituyó la demandante. La demandante solicitó que se le reconociera una participación del 50% en el patrimonio del causante, por entender que se había formado entre ellos una comunidad de bienes o una sociedad irregular y, subsidiariamente, que se le reconociese una participación del 30% sobre esos bienes, con base en la teoría del enriquecimiento injusto. En primera instancia, se estimó esta última pretensión. En apelación, la Audiencia sustituyó esa suma por una cantidad de dinero (60.000 euros), teniendo en cuenta las aportaciones que el causante había hecho a propiedades que pertenecían en exclusiva a la demandante. El TS confirma la sentencia recurrida, por entender que, efectivamente, en este caso se da un supuesto de enriquecimiento injusto. Al tratar de la naturaleza jurídica del enriquecimiento sin causa, en su FJ 4.º, se acude al texto del DCFR: «La naturaleza del enriquecimiento sin causa ha sido y sigue siendo una de las cuestiones que ofrece mayores dudas en la jurisprudencia y en la doctrina. Hay que tener en cuenta además, que tiene diferentes significados en los ordenamientos europeos y buena prueba lo constituye la propuesta de regulación contenida en el DCFR (arts. II.-7:102). No es posible hablar como regla general de la existencia de un principio que obligue a examinar de nuevo todos los desplazamientos patrimoniales efectuados entre dos personas. Solo en casos en los que la causa de los desplazamientos patrimoniales no sea aceptada por el ordenamiento jurídico es posible efectuar esta revisión. La obligación de reparar un enriquecimiento solo puede imponerse en circunstancias muy concretas. La revisión de la cesión se producirá solamente cuando el interés del demandante se considera digno de tutela». La Sala concluye que en el supuesto enjuiciado se produjo ciertamente el enriquecimiento sin causa

* Profesora agregada de Derecho civil, Universitat de Barcelona.

(FJ 5.º): «Cuando una persona invierte su trabajo en beneficio de las empresas de otra persona, sin recibir la adecuada compensación, ni participar en los beneficios que ayuda a crear, se puede considerar que el enriquecimiento se ha producido en virtud de la denominada *condictio* por inversión, debiendo interpretarse en este caso la palabra inversión como trabajo efectuado sin la correspondiente compensación económica. En definitiva, se ha invertido capital humano, el trabajo, sin ningún tipo de participación en el resultado de la inversión ni ningún esfuerzo por parte del beneficiado. Esto es lo que ocurrió aquí y es por ello que la sentencia recurrida considera probada la existencia de enriquecimiento injusto». En cuanto a la discrepancia entre la compensación solicitada, consistente en una participación en el patrimonio del causante, y la concedida, el TS considera (FJ 6.º) que: «No podía por tanto pedir la participación en el patrimonio de su difunto compañero, porque ello hubiera sido tanto como pedir un derecho sucesorio al que no tiene derecho debido su cualidad de conviviente. Por tanto debe reconocerse implícita en la petición de compensación por enriquecimiento injusto el pago de una cantidad, puesto que la recurrente no podía pedir por este título la participación». Por esta misma razón, se desestima el motivo que alegaba incongruencia por no coincidir exactamente lo solicitado con lo concedido (FJ 7.º).

Principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario

STS (Sala Civil) de 20 de septiembre de 2011 (RJ 2011/350420). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel. Acción encaminada a la declaración de que un contrato de explotación de estación de servicio no era un contrato de agencia sino de reventa: la existencia de cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE sobre asuntos similares no justifica la suspensión del proceso. El demandante alegaba que, dada la existencia de dos cuestiones prejudiciales planteadas respecto de la adecuación al Derecho europeo de la competencia de contratos del mismo tipo y contenido al enjuiciado, el hecho de que en instancias inferiores se hubiera denegado la suspensión del procedimiento favorecía la aplicación no uniforme del Derecho comunitario sobre la materia, con posibilidad de contradicción con lo que finalmente decidiera sobre esas cuestiones el TJUE, lo que, además, estaría mermando el derecho a un proceso con todas las garantías. Respecto a la primera cuestión, en el FJ 3.º de la STS puede leerse que: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha destacado –así en la Sentencia de 6 de octubre de 1982 (C-283/81)– que la cuestión prejudicial constituye un útil mecanismo de cooperación para hacer posible que cumpla con la mayor eficacia su función de indicador de las pautas que han de tener en cuenta los Tribunales nacionales al interpretar y aplicar el derecho comunitario, incluso aunque no haya estricta identidad entre las cuestiones debatidas en los respectivos procesos. –Es cierto, por otro lado, que el Reglamento (CE) 1/2003 establece mecanismos de cooperación entre las autoridades responsables de la competencia y los Tribunales de los Estados miembros, como consecuencia de inspirarse en el propósito de garantizar, en un sistema de competencias paralelas, el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas comunitarias a que se refiere –considerandos 8 y 22–. Ello, sin embargo, no implica admitir que las infracciones denunciadas en el recurso –referidas no a la negativa del planteamiento de la cuestión, sino a la de suspender el trámite– se han producido. –El artículo 16 del mencionado Reglamento contempla –bajo el epígrafe «aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia»– la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales

les nacionales suspendan la tramitación de los procedimientos que ante ellos se tramiten cuando deban adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con alguna de la Comisión prevista en procedimientos que dicho órgano ya haya incoado. No se refiere, sin embargo, a la suspensión de un proceso por haberse planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial pendiente de decisión –sobre ello, nuestra sentencia 382/2011, de 13 de junio (JUR 2011\274815)–. El artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –hoy 267 del de Funcionamiento de la Unión Europea –no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la suspensión del procedimiento cuando se esté tramitando una cuestión prejudicial sobre alguna materia relacionada con la que en él sea “*res iudicanda*”. Solo contempla la posibilidad de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y el deber de hacerlo solo si las decisiones de aquellos no fueran susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, y, como precisó la antes citada sentencia de 6 de octubre de 1982 (C-283/81) “a menos que hayan comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente o que la comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna”. –El artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de la suspensión del curso de las actuaciones, a petición de las dos partes o de una, oída la contraria, a la espera de que finalice el proceso que tenga por objeto una cuestión prejudicial civil. Pero no se refiere a la prejudicialidad comunitaria, sometida a un régimen particular y distinto. –Finalmente, a los efectos del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva –sentencias del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo (RTC 1993/111), 180/1993, de 31 de mayo (RTC 1993/180), 201/1996, de 9 de diciembre (RTC 1996/201), y 203/1996, de 9 de diciembre (RTC 1996/203)–, no cabe desconocer que la decisión del Tribunal de apelación contraria a la suspensión, por ausencia de dudas, está motivada –en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida– y en modo alguno puede ser calificada como arbitraria. Antes bien, se muestra totalmente acertada, como lo evidencian, al fin, las respuestas dadas posteriormente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones prejudiciales cuyo planteamiento llevó al demandante y ahora recurrente a interesar la suspensión del trámite. –En efecto, en las sentencias de 11 de septiembre de 2.008 (TJCE 2008/203), C-279/06, y 2 de abril de 2009 (TJCE 2009/76), C-260/07, dicho Tribunal se pronunció sobre cuestiones distintas de las que integraron la “*ratio decidendi*” de la sentencia aquí recurrida, en la que lo que se planteó como cuestión determinante fue si, en el hipotético caso de que el contrato celebrado por los litigantes estuviera prohibido por el apartado 1 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –lo que el Tribunal de apelación ha negado tras valorar el resultado de la prueba–, la sanción aplicable al mismo sería no la nulidad –cuya declaración no se pretende en la demanda–, sino la novación forzosa y, además, con efectos retroactivos –que fue lo reclamado por el demandante–. Parece evidente que la decisión viene facilitada por el hecho de que las cuestiones prejudiciales resueltas no concernían directamente al problema planteado por el demandante.

Principios de Derecho europeo de los contratos

STS (Sala Civil) de 2 de mayo de 2011 (RJ 2011/3725). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Interpretación de los contratos. Al analizar el sentido que las partes quisieron dar a la expresión «resolución definitiva» incluida en

el contrato que las vinculaba, la sentencia se refiere, en el FJ 5.º, a los PECL, en los siguientes términos: «Cuando las expresiones utilizadas en los contratos son plurívocas, constituyen un valioso elemento para identificar el que quiso darse las prácticas del sector –en este sentido, aunque no constituyen Derecho positivo, resultan ilustrativas las previsiones contenidas en los artículos 5:102.e) de los principios de Derecho Europeo de los contratos: “Para interpretar el contrato se atenderá en especial a lo siguiente: (e) El sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizadas (...)”; 4.3.e) de los Principios UNIDROIT: “(...) deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo: (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial”, y 1279.4 del anteproyecto de modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009: “Para interpretar el contrato se tendrán en cuenta: 4. Los usos de los negocios”–, especialmente cuando se trata de contratos suscritos por profesionales, afirmando el artículo 57 del Código de Comercio para los “contratos de comercio” que se ejecutarán y cumplirán “sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas”». Sin embargo, la Sala acaba concluyendo que la interpretación que se diese a la expresión era del todo irrelevante por carecer de efectos prácticos.

STS (Sala Civil) de 7 de junio de 2011 (RJ 2011/4398). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Contrato de abanderamiento: indeterminación del precio. La recurrente funda uno de los motivos del recurso en la nulidad del contrato de abanderamiento por indeterminación del precio de compra. Sin embargo, el TS (FJ 5.º), apoyándose en los PECL, en el Proyecto de Modernización del Derecho de obligaciones preparado por la Comisión General de Codificación y también en decisiones suyas anteriores, entiende que: «[...] la doctrina admite que la relativa indeterminación de alguno de los elementos del objeto del contrato no es obstáculo para su perfección siempre que exista consentimiento sobre elementos que sean “suficientes” para que pueda ejecutarse, y no rechaza la posibilidad de su determinación por una de las partes siempre que existan ciertos límites que pongan coto a su posible arbitrariedad.–64. En este sentido, aunque no constituyen Derecho positivo, son ilustrativas las previsiones contenidas en los Principios Lando de Derecho Europeo de los contratos preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los contratos, que en el artículo 2:101 previene que “El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente” entendiéndolo suficiente a tenor del artículo 2 103 “a) Si las partes han definido sus cláusulas de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse; (b) O si [su contenido] puede determinarse conforme a los presentes Principios, regulándose en el artículo 6:104 la determinación del precio, en el 6:105 la determinación unilateral por una de las partes, en el 6:106 la determinación por un tercero, y en el 6:107 su fijación por referencia a un “índice de determinación inexistente”. 65. También resultan de especial interés los trabajos elaborados por la Comisión de Codificación para la Modernización del Derecho de Obligaciones, publicados por el Ministerio de Justicia en enero del 2009, que en el segundo párrafo del artículo 1237 del proyectado Código Civil dispone que: “Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes”, para después prevenir en el 1277.1 que: “No

impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado"; y en el 1277.2 que: "Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración que esta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultaran del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios". Sentencias del TS como las de 18 de febrero (RJ 2011/2360), 31 de marzo (RJ 2011/3136) y 5 de mayo de 2011 (RJ 2011/3729) también han admitido la determinación sucesiva del precio en los contratos de abanderamiento.

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil

STS (Sala Civil) de 8 de junio de 2011 (RJ 2011/4401). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Accidente de circulación: indemnización por gastos médicos, incluidos los que se produzcan en el futuro. La esposa y tutora de uno de los lesionados en un accidente de circulación que condujo, entre otras cosas, a la incapacitación del actor, solicitó que se indemnizasen los gastos médicos presentes y futuros a los que debería hacer frente. La Audiencia entendió que, por ser anteriores a la fecha del informe de sanidad forense y no discutirse su relación con el siniestro, debían presumirse debidos los gastos médicos, hospitalarios, farmacéuticos y de rehabilitación, indemnizados por el Juzgado, pero no así los gastos que por dichos conceptos que se devengarán a partir del referido informe, dado que en este quedaron fijadas las secuelas con carácter definitivo, y cualquier agravación o alteración futura habría de entenderse como algo hipotético y no como un perjuicio real y cierto. Frente a ello, el TS (FJ 4.º) se apoya en la STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2010/1310), que entendió que era posible, conforme a la normativa aplicable al tiempo del siniestro, que la indemnización por los gastos de asistencia médica y hospitalaria comprendiera la totalidad de los devengados, con origen causal en el siniestro, fueran anteriores o posteriores a la consolidación de las secuelas. Entiende la Sala que «[t]ambién encuentra acomodo la tesis expuesta en los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, que consideran daño patrimonial resarcible toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso y, al referirse a la indemnización del dicho daño corporal, establecen (artículo 10:202) que dicho daño patrimonial incluye «la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica». Todo ello, para un caso al que, como queda dicho, no le era de aplicación la reforma introducida en este punto por la Ley 21/2007, de 11 de julio, que limita la indemnización a los gastos ya devengados en el momento de la «sanación o consolidación de secuelas».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Aunque siguen siendo frecuentes las referencias en resoluciones de las Audiencias provinciales a textos tendentes a la armonización del Derecho europeo por remisión a decisiones del TS que se suelen transcribir literalmen-

te, empiezan a verse referencias directas a estos textos en decisiones recientes de la llamada jurisprudencia menor. Entre ellas, destacamos las siguientes:

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

SAP Murcia (Sección 1.^a) de 8 de julio de 2011 (JUR 2011/318920).

Ponente: María Carmen Plana Arnaldos. Compraventa de limones para su exportación: discusión sobre la determinación del precio. Con independencia de la polémica que surge en el caso enjuiciado respecto de la mala calidad de algunos limones, que pudo significar que el comprador lograra venderlos solo para la obtención de zumo (y, por tanto, por un precio más bajo), cuestión que la AP considera debería haberse reclamado conforme a la normativa sobre vicios ocultos contenida en el Código de comercio, el pleito se centra en averiguar si el precio pactado fue el que figuraba en los albaranes o bien «a resultas de la comercialización». A efectos de deslindar esta cuestión, la sentencia realiza las siguientes consideraciones (FJ 2.^o): «En resumen, la interpretación conjunta de las normas sobre determinación del precio en el contrato de compraventa contenidas en nuestro Código civil nos lleva a concluir que el criterio de determinación del precio, cuando no se ha explicitado, ha de ser un criterio objetivo, no pudiendo depender su fijación de una sola de las partes. En este caso, el criterio objetivo es el precio de comercialización de los limones rodejos en la misma fecha de la compraventa entre las partes, que era 0,390 €/ Kg. Tal precio ha quedado acreditado por las distintas operaciones de compraventa de este mismo tipo de limones en esas fechas realizadas por el comprador, que se dedica a la exportación, lo que fue considerado prueba suficiente por la sentencia recurrida, que compartimos plenamente en este extremo. Recordemos a este respecto que el precio de mercado es un criterio aceptado expresamente por el Código civil en el artículo 1448 , y que debe ser interpretado no como mercado institucionalizado ni precios oficiales, sino que es admisible el precio medio que resulte de una campaña en la zona [SSTS de 4 de julio de 2000 (RJ 2000/6678) y 13 de julio de 1984 (RJ 1984/3984)], el precio al final de la campaña agrícola (STS 11 de octubre de 1967) el precio usual de mercado de las mercancías vendidas (STS 23 de noviembre de 1976) o cualquier otra fórmula que refleje de forma objetiva el valor del objeto. Realmente tal exigencia de que la determinación esté ligada a un criterio objetivo está en la línea marcada por los textos de derecho internacional en materia de compraventa, que establecen criterios de determinación residuales que hacen referencia a la posibilidad de determinación objetiva [así, tanto el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptado en Viena el 11 de abril de 1980 (RCL 1991/229 y RCL 1996/286), como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, incluyen normas de determinación residual del precio que se remiten a criterios objetivos como el precio de mercado, el precio generalmente cobrado, o el precio «razonable». En la misma línea se pronuncian los textos jurídicos que reflejan los intentos de armonización en materia de derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Unión Europea, los Principios de Derecho Contractual Europeo –Principles of European Contract Law, PECL, con sus siglas en inglés– primero, publicados en el año 2000 y, basado en ellos, el actual Marco Común de Referencia –Common Frame of Reference o *Cfr*, con sus siglas en inglés, y más exactamente el borrador, “draft”–]. Aunque tales normas parten de un modelo distinto de contrato (open contract) y, sobre todo, están previstas para

ordenamientos en los que existen criterios de determinación residual del precio, sin embargo nuestro ordenamiento comparte la orientación en cuanto a tener en cuenta siempre un criterio objetivo».

Principios de Derecho europeo de los contratos

SAP Barcelona (Sección 1.ª) de 9 de mayo de 2011 (JUR 2011/259185).

Ponente: Antonio Ramón Recio Córdoba. Ruptura injustificada de tratos preliminares. En el FJ 4.º, la Sección hace suyas consideraciones previamente realizadas por el TS: «Cabe igualmente acudir en este punto a los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL), dado que, como ha declarado reciente jurisprudencia (SSTS, Sala 1.ª, 10 octubre 2005, 4 abril 2006, 20 julio 2007 y 17 diciembre 2008, entre otras), el origen común de las reglas contenidas en dicho texto permite utilizarlo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil; y así es de observar que en la Sección 3 del Capítulo 2, relativa a la responsabilidad en las negociaciones, el art. 2:301 prevé lo siguiente: “(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. –(2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”. Por tanto, lo que ahora procede analizar es si la ruptura de las negociaciones puede entenderse derivada de una actuación de la demandada que pueda considerarse contraria a la buena fe, lo que, si ese fuera el caso, podría conferir a la actora el derecho a reclamar los daños sufridos conforme a lo dispuesto en los arts. 7.2 y 1902 Cc.» En el caso enjuiciado, no se estima que la actuación de la demandada fuera contraria a la buena fe, por falta de prueba.

SAP Barcelona (Sección 4.ª) de 31 de mayo de 2011 (JUR 2011/311834).

Ponente: Vicente Conca Pérez. Arrendamiento con opción de compra. La arrendataria no puede ejercitar la acción antes de que llegue el momento pactado para ello, puesto que, entre otros motivos (FJ 7.º): «[...] Ni el artículo 1127 Cc ni el 7.103 PECL permiten la modificación del plazo taxativamente establecido en el contrato. Es claro que el mantenimiento del plazo tiene un claro interés económico para el propietario, que percibe una renta mientras dura el contrato de arrendamiento. Y siendo lícito ese interés, no puede alterarse unilateralmente por voluntad del arrendatario».

SAP Barcelona (Sección 16.ª) de 8 de junio de 2011 (JUR 2011/291293).

Ponente: Jordi Seguí Puntas. Indemnización debida a raíz de la resolución del contrato promovida por el cesionario de un bar musical. De conformidad con el FJ 2.º de la sentencia: «Es sabido que, a diferencia de lo que sucede en la hipótesis de invalidez originaria de un contrato, en que los efectos restitutorios de la anulación del negocio solo cubren el “interés negativo” del contratante no causante del vicio (STS 5 de marzo de 2010), en el caso de la resolución de un vínculo por incumplimiento de una de las partes, la contraria tiene derecho al más completo “resarcimiento de daños” (artículo 1124 II Cc), lo que comprende tanto el lucro cesante como el daño emergente, puesto que en tal caso se protege el “interés positivo” de ese contratante por comparación entre su situación actual y la que tendría de haberse desarrollado el negocio según lo previsto (STS 30 de abril de 2010). En palabras de los Principios de Derecho

Contractual Europeo (PECL), publicados en el año 2000, en esta segunda hipótesis ha de resarcirse al cumplidor con “aquella suma que ponga a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a la que se hubiera encontrado si el contrato hubiera sido debidamente cumplido” (artículo 9.502). – Esa distinción tiene su trascendencia en el supuesto enjuiciado [...]. –A tal efecto no es ocioso reseñar que la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación en 2008 establece que, resuelto un contrato por incumplimiento, “se presume que el daño causado [a quien ejercita la acción resolutoria] es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto” (artículo 1202, tercer párrafo)». También en el FJ 3.º se alude a los PECL, a la hora de determinar las consecuencias de la resolución en un contrato de tracto sucesivo: «[...] Una segunda partida estaba integrada por la restitución de las rentas periódicas satisfechas por Voleymania entre julio de 2006 y febrero de 2007 (44.355 €), fecha de cierre del negocio. La sentencia de primera instancia descartó tal resarcimiento por entender que esa renta se correspondió con un periodo de efectiva explotación del negocio por parte de la arrendataria. Hemos de ratificar tal razonamiento, por lo demás no específicamente combatido en el recurso, toda vez que, a diferencia de lo que ocurre con la restitución de las cosas en los contratos de tracto único por efecto de la resolución del vínculo (artículo 1123 Cc), en los de tracto sucesivo –como es el caso– la retribución del arrendador es la justa contraprestación del disfrute por parte del cesionario del negocio objeto del contrato, situación a todas luces irreversible (los PECL antes citados expresan esa idea en su artículo 9.307 con la siguiente afirmación: “resuelto el contrato, una de las partes puede recuperar el dinero pagado por un cumplimiento que no recibió [...]”)».

SAP Barcelona (Sección 1.ª) de 26 de julio de 2011 (JUR 2011/307640).

Ponente: Antonio Ramón Recio Córdoba. Compraventa de cosa ajena. La AP sostiene que la compraventa de cosa ajena no es nula por falta de objeto, sino que, tal y como tiene declarado la jurisprudencia, pueden proceder otros remedios en caso de que el vendedor, llegado el momento del cumplimiento, no esté en condiciones de transmitir la propiedad de lo vendido. Apoya este criterio en la jurisprudencia más reciente del TS en la materia, que entiende se adecúa a los PECL y, en concreto, a su art. 4:102, a tenor del cual: «Un contrato no es nulo por el mero hecho de que, en el momento de su conclusión, el cumplimiento de la obligación contraída no fuera posible o porque una de las partes no tuviera derecho de disposición sobre los bienes objeto del contrato».

SAP Zaragoza (Sección 5.ª) de 26 de septiembre de 2011 (JUR 2011/349132).

Ponente: Antonio Luis Pastor Oliver. Resolución de un contrato de compraventa de vivienda: retraso suficiente como para ser estimado esencial. Según la sentencia: «FJ 6.º: [...] preciso será recordar que el concepto de “plazo esencial” –como aquel que determina el momento inamovible del cumplimiento del contrato– ha de inferirse tanto del pacto como de la voluntad de las partes en aquél vertida (S.A.P. Zaragoza, Sección Quinta, 4 de octubre de 2010). –Los términos del pacto son suficientemente claros en el sentido de querer considerar el plazo como “esencial”, pues confieren al comprador una opción radical (renovar el plazo o resolver). En este sentido, la citada Sentencia de esta sección, de 4 de octubre de 2010. –Ahora bien, aunque no se llegara a tal conclusión, habría que decidir si los incumplimientos denunciados son bas-

tantes para configurar el concepto de “no entrega de la vivienda” del citado art. 3 [de la Ley 57/68]. –FJ 7.º: Este tribunal ha reiterado que el “mero retraso” (salvo el caso del “plazo esencial”, claro está) no significa necesariamente frustración del fin negocial y –por tanto– tampoco significa “ausencia de entrega” (S. 303/2010, de 13 de mayo). Pero, en tal caso es preciso examinar el valor del plazo pactado (S.T.S. 17 de diciembre de 2008). Y, para ello, se utiliza la técnica interpretativa del origen común de las reglas contenidas en el “Texto de los Principios del Derecho Europeo de Contratos” (PECL). Allí se contempla como incumplimiento esencial aquel que prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, existiendo razones en la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento. Pues, como razona nuestra sentencia 561/09, de 23 de octubre , “una cosa es que el plazo no sea esencial y otra muy diferente que la promotora pueda concluir la obra cuando le plazca o bienamente pueda”. –FJ 8.º: Y esto es lo que ocurre en el caso enjuiciado. A fecha de hoy no solo no consta la licencia de primera ocupación, sino ni siquiera su petición. Tampoco consta que las plazas de aparcamiento sean viables a través del pertinente montacargas. Pero, sobre todo, no consta expediente algún de legalización de la zona bajo cubierta. Y de no obtener la legalización, había que eliminar la escalera (de por sí incómoda) y cerrar el hueco al que aquella accedía y del cual no podría disfrutar el comprador, según el perito. Tesis no desvirtuada por la demandada. Todos estos datos son claramente constitutivos de la “no entrega”, lo que habilita las consecuencias del artículo 3 estudiado, pues los documentos que lo acreditan pueden ser multiformes (A.361/10, 8 de junio)».

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil.

SAPA Coruña (Sección 3.ª) de 17 de junio de 2011 (JUR 2011\265315).

Ponente: Rafael Jesús Fernández-Porto García. Daños ocasionados en un inmueble por las obras realizadas en el solar colindante. En el FJ 3.º se puede leer que: «La Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo lleva años indicando que, conforme exige la aplicabilidad del artículo 1902 del Código Civil, debe explicarse siempre el “cómo” (causalidad física, hechos probados) y el “por qué” (causalidad jurídica) del evento dañoso para poder imputar el resultado. Como establece la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2006 (Roj: STS 7525/2006, recurso 4880/1999), causa es, según la tesis que parece ir predominando en la doctrina y que tiene apoyos claros en la reciente jurisprudencia, “el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido”. Debe establecerse cuál es el hecho productor del daño. Para determinarlo se acude a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Si suprimida idealmente la acción atribuida al agente, el daño se hubiese producido igual, puede descartarse la relación de causalidad física [Ts. 10 de junio de 2008 (Roj: STS 4313/2008, recurso 2897/2002)]. En el artículo 3:101 de los PETL (“Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil” elaborados por el “European Group on Tort Law”) se sigue el principio de la “conditio sine qua non”, estableciéndose que: “Una actividad o conducta es causa del daño de la víctima, si de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido”, aunque posteriormente matice el principio». En términos idénticos pueden verse también las SS. AP A Coruña (Sección 3.ª) de 27 de junio (JUR 2011\277701), 16 de septiembre (JUR 2011\345104) y 23 de septiembre (JUR 2011\350878), todas del mismo ponente.

Recensiones de libros sobre Derecho Privado Europeo

ANDERSON, Miriam –ARRROYO I AMAYUELAS, Esther (eds.) *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, European Estudios in Private Law, Groningen, 2011. 336 pp. ISBN 978-90-8952-087-6

El libro que da lugar a estas reflexiones contiene el texto escrito de una buena parte de las intervenciones de los ponentes de la Jornada sobre el Derecho catalán de sucesiones en Europa que con el título «La autonomía de la voluntad y el Derecho de sucesiones», se celebró en Barcelona el 30 de abril de 2010, bajo la dirección de Esther Arroyo y la coordinación de Miriam Anderson, ambas profesoras de la Universidad de Barcelona, quienes son también las encargadas de la dirección de este libro. Alguna ausencia significativa respecto de aquellas intervenciones (señaladamente la de los profesores Grimaldi y Badosa), ha sido en cierta medida compensada por la inclusión de las aportaciones de conspicuos representantes de diversos países europeos que nos muestran las líneas generales de su correspondiente Derecho sucesorio. Ello permite a esta obra dar una panorámica bastante completa del estado actual del Derecho de Sucesiones en Europa, tanto desde el punto de vista material interno (Kerridge para Inglaterra y Gales, Röthel para Alemania, Csehi por Hungría, Fusaro por Italia, Milo por Holanda, Hambro por Noruega, Clive para el Derecho escocés, Kraljic por Eslovenia y Cámara Lapuente por España, más las contribuciones de Bosch Capdevilla, Vaquer Aloy, Navas Navarro y las propias editoras de la obra, que contienen una buena síntesis del nuevo Derecho sucesorio catalán surgido de la Ley 10/2008, de 10 de julio), como desde el Derecho Internacional Privado (representado por uno de sus más destacados especialistas en Derecho sucesorio, el Prof. Andrea Bonomi, quien nos muestra los puntos principales de la Propuesta de Reglamento europeo en materia de Sucesiones, de 14 de octubre de 2009). A todo ello ha de añadirse la sugerente y brillante síntesis que, con una perspectiva comparada, hace a modo de pórtico el Prof. Walter Pintens, algunas de cuyas afirmaciones me voy a permitir traer a colación aquí en un momento posterior.

Con carácter preliminar, una lectura transversal del contenido del libro pone de manifiesto que el Derecho de Sucesiones ha dejado de ser una parte del Derecho privado que, debido su carácter eminentemente técnico y en cierta medida esotérico, solo interesaba a unos pocos iniciados; a ello se añadía además su fuerte apego a la historia de cada país y a las tradiciones nacionales, lo que parecía hacer de este sector del ordenamiento un terreno poco permeable a los reclamos de la internacionalización, y como consecuencia de ello, la unificación o al menos la aproximación de los distintos ordenamientos europeos. Tomando como *leitmotiv* la libertad de testar y sus limitaciones, cada una de las contribuciones desmiente ambos asertos, poniendo de manifiesto el interés e importancia de las sucesiones en Europa, así como la necesidad de llegar a puntos de encuentro tanto a nivel sustantivo como con-

flictual debido, entre otras cosas, al notable incremento de las sucesiones en las que existe un elemento de internacionalidad. En este sentido es interesante resaltar que además del significativo paso que va a representar la aprobación de un Reglamento europeo sobre los aspectos de DIPr relativos a la materia, se constata que aunque solo sea por la vía de los hechos se está produciendo también lo que el Prof. Pintens llama una «armonización espontánea» derivada de los cambios sociológicos producidos por los continuos flujos de personas, de problemas y de ideas que caracterizan la Europa de nuestros días.

Como manifestación de esta armonización espontánea el citado profesor menciona dos temas particulares: la porción legal del cónyuge sobreviviente y la porción necesaria de los hijos (la legítima): respecto a lo primero se observa la tendencia a pasar del usufructo a la plena propiedad y a incrementar la porción legal en detrimento de los hijos (y por supuesto de otros parientes); por lo que atañe al segundo, se aprecia que la porción forzosa a favor de los hijos existe en casi todos los sistemas, fundándose tradicionalmente en la solidaridad entre generaciones. Sin duda se trata de dos de los temas más recurrentes en los modernos estudios hereditarios, pues no en vano han sido objeto de la mayoría de las reformas legislativas operadas en el Derecho de Sucesiones de los ordenamientos que, en los últimos años, han acometido tal tarea, incluyendo por supuesto algunos de los autonómicos, como el catalán, el aragonés o el gallego y, en mucha menor medida, el propio Cc español por el carácter «errático» y «carente de una visión de conjunto» de las reformas (en palabras de Teodora Torres).

Sin embargo, una lectura atenta de las diferentes contribuciones nos obliga a incluir como objeto de reflexión en esta sede, además de los dos temas citados, otros que también parecen destinados a ocupar páginas venideras y que, como muestra de esa armonización espontánea, se repiten, al menos como problemas candentes, en varios de los textos referidos a los diferentes ordenamientos nacionales. La pregunta por la constitucionalidad de la legítima, la tutela del testador vulnerable, la importancia de los contratos como posible límite a la libertad de testar, se añaden al propio alcance de la legítima y los derechos del cónyuge viudo (y de la pareja estable, al menos registrada), como temas recurrentes de la obra comentada, razón por la que intentaré detenerme mínimamente en todos ellos. Comenzaré por el viudo, y dejaré para el último lugar todo lo referente a la legítima.

El conjunto de contribuciones presentes en el libro muestran la creciente preocupación de los ordenamientos jurídicos modernos por conseguir una adecuada tutela jurídica del cónyuge sobreviviente en la sucesión de su consorte (preocupación que por lo demás ha estado presente desde las primeras codificaciones), tutela que además tiende a extenderse al conviviente de hecho, al menos en aquellos casos en los que la convivencia ha sido formalizada e institucionalizada, normalmente a través de su inscripción registral. El reforzamiento de esa posición se realiza a través de varias vías que tienden a incrementar los derechos del viudo en detrimento de la legítima de los hijos, otorgándole una participación en la herencia que, con pocas excepciones más que las que representan los derechos civiles españoles, tiende a ser en propiedad. A mi juicio, los cambios sociológicos operados en las familias contemporáneas, las nuevas formas de titularidad de la riqueza y de composición de los patrimonios familiares, e incluso las dificultades técnicas que pueden derivar de la concurrencia de propietarios y usufructuarios en una misma sucesión, aconsejan esa solución. Sin duda con ella se evitan *ex ante* muchas

querellas familiares, especialmente en aquellos casos en los que el viudo o viuda lo es de un segundo o ulterior matrimonio del causante de la sucesión y concurre con los descendientes del matrimonio o matrimonios anteriores.

Otro de los temas que aparece en varios trabajos insertos en la obra objeto de estos comentarios hace referencia a la relación entre la libertad de testar y los derechos fundamentales, tópico que aparece sobre todo al hilo de la referencia hecha por algunos de los autores (por ejemplo, Kerridge, Bosch, Cámara) a la sentencia del ECHR de 13 de julio de 2004 (*Pla and Puncernau v. Andorra*), en la que se consideró que el Tribunal Supremo de Andorra había violado el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos al interpretar que, en un testamento elaborado en 1939, la cláusula testamentaria referida a los «hijos de legítimo y canónico matrimonio» excluía de la sucesión a los hijos adoptivos; este criterio de la Corte europea ha tenido indudable peso en la STC español de 27 de abril de 2010, en la que se consideró que un testamento hecho en 1927 donde se instituía a «los descendientes legítimos» debía incluir a los hijos adoptivos. Para la mayoría de los autores que han analizado estas sentencias desde la perspectiva del Derecho de Sucesiones y de la correcta utilización de las técnicas de interpretación testamentaria ambas sentencias son criticables, pues se estima que hacen decir al testamento lo que el testador nunca quiso decir. Algunos añaden además que la utilización del principio de no discriminación para llegar a esa conclusión no resulta un camino correcto, toda vez que libertad de testar y no discriminación son en buena medida términos antitéticos (particularmente crítico con la sentencia europea es el profesor Kerridge, quien en las páginas 140-141 del libro comentado dice literalmente «*freedom of testation is all about “discrimination”, except that is not, in the context of succession, what it is called*», añadiendo a continuación «*Freedom of testation means freedom to discriminate, the greater the freedom, the greater the possible discrimination*»). No puedo entrar en esta sede a reflexionar, como me gustaría, sobre el tema de fondo que subyace en ambas decisiones que, como acabo de señalar hace pocas líneas, consiste nada más y nada menos que en preguntarse por la relación entre la libertad de testar y los derechos fundamentales, cuestión que en alguna literatura jurídica, señaladamente la alemana, está adquiriendo una importancia más que notable. Sí quiero decir, no obstante, que, sin perjuicio de reconocer que en los dos casos citados probablemente la decisión de ambos tribunales contradice la verdadera voluntad del testador, constituye a mi juicio una simplificación excesiva señalar que libertad de testar y no discriminación son principios antitéticos o contrapuestos. Estoy convencida de que la relación entre ambos es mucho más compleja; baste traer aquí a colación, aunque sea de refilón, la reciente decisión del Consejo Constitucional francés de 5 de agosto de 2011 (*Décision n.º 2011-159 QPC, Mme Elke B. Et autres*), en la que se declaró inconstitucional el art. 2 de la ley de 14 de julio de 1819, todavía en vigor, por el que se reconocía un derecho privilegiado al ciudadano francés que concurriera en la misma sucesión con un extranjero, permitiendo únicamente al primero el derecho a reclamar sobre los bienes situados en Francia la parte sucesoria que le otorgaba la ley material francesa, aunque hubiera sido excluido de ella por la ley aplicable a esa sucesión según la norma de conflicto francesa (el profesor Bonomi se hace eco de este artículo francés en la nota 16 de su trabajo, antes de que hubiera sido declarado inconstitucional). Se trataba pues de una regla material que derogaba la ley extranjera designada por la regla de conflicto francesa y que, según el propio Consejo constitucional, no solo viola el principio de igualdad, puesto

que solo favorece al nacional francés, sino que además «*restringe de manera injustificada la libre disposición de los bienes por el difunto*, además de suponer un atentado contra la propiedad». La cursiva añadida pone de manifiesto que libertad de testar y no discriminación no solo no son siempre principios contrapuestos, sino que incluso van a veces de la mano.

Cambiando de tema con la premura a la que obliga una recensión, tengo para mí, y en ello coincidido plenamente con la afirmación hecha al respecto por la profesora Röthel en su contribución a la obra comentada, que la tutela de los testadores que por razones de edad, de enfermedad, u otras de análoga naturaleza, son especialmente vulnerables a influencias indebidas de terceros, constituye una cuestión de creciente importancia que deberá ser abordada por los juristas con mayor profundidad en un futuro inmediato. Cambios sociológicos propios de nuestros días como el envejecimiento de la población o la complicación de las relaciones familiares y afectivas, hacen muy necesario este abordaje. Es cierto que en algunos sistemas, entre los que están todos los españoles, la intervención *ex ante* del notario en los testamentos más frecuentes constituye una buena garantía de la integridad de la voluntad testamentaria de la que no gozan otros sistemas como, por ejemplo, los pertenecientes al *common law*. Sin embargo, es muy probable que no sea una garantía suficiente. Para completarla parece necesario reflexionar sobre los instrumentos que el Derecho positivo utiliza para garantizar la integridad de las últimas voluntades, a fin de determinar si son o no adecuados y, en su caso, qué propuestas de futuro pueden ayudar a salvaguardarla más y mejor. Todo ello ha de hacerse, además, procurando no incurrir en un paternalismo excesivo que termine ahogando esa libertad que pretendíamos asegurar; al respecto, conviene recordar las palabras del juez que resolvió el caso inglés *Bird v. Luckie* en 1850 cuando señalaba que el testador es libre, pero no tiene por qué ser ni prudente, ni sabio, ni bueno. A nadie se le oculta, por ejemplo, que junto o en lugar de algunos de los tradicionales casos de incapacidad relativa (inhabilidad en el CcCat) o indignidad para suceder, van apareciendo otros posibles que pueden obligar a repensar el alcance de estas instituciones. Paradigmático es el caso de la disposición a favor de las personas que cuidan o han cuidado al testador, tanto de manera privada (contratados en su casa, por ejemplo), como en centros públicos o privados; las parciales y diversas soluciones adoptadas por algunos legisladores europeos (caso del alemán a través de la aplicación conjunta del par. 134 BGB en relación al par. 14 *HeimGesezt*, el francés con la nueva redacción del art. 909 *Code* o el catalán en el art. 412-5.2 CcCat) constituyen solo un punto de partida para dar cumplida respuesta a un problema sociológico común a los países europeos que, ni mucho menos, puede darse por cerrado.

Otra de las cuestiones que aparecen reiteradamente en los trabajos incluidos en el libro que nos ocupa es la relativa a los contratos sucesorios o, más en concreto para atinar con el hilo conductor de la obra, al posible recurso al derecho de contratos como límite a la libertad de testar. También en este punto las diferentes contribuciones resultan especialmente sugerentes. De gran interés me ha parecido la exposición que hace al respecto el profesor Kerridge con relación al Derecho inglés y galés, en la que en contra de lo que resulta creencia bastante generalizada en el continente, se pone claramente de relieve como históricamente se han utilizado en Inglaterra y Gales figuras contractuales que han limitado de modo muy importante la libertad del testador (*strict settlements, marriage settlements*). Resalta además el autor citado que nunca ha existido en Derecho inglés (tampoco en el escocés, según el

profesor Clive) una regla prohibitiva de los contratos por los que se acuerda dejar la sucesión a alguien o se promete no alterar un testamento que favorecía a alguien, promesas que además, como he tenido ocasión de comprobar, son también relativamente frecuentes en el ámbito norteamericano. Aunque se trate de figuras que parecen moverse en el puro Derecho de contratos, activando remedios de este sector del ordenamiento en caso de incumplimiento, lo cierto es que en alguna medida suponen la confirmación de la tendencia, presente también en los Derechos de raíz continental, a reconocer la presencia y eficacia de los contratos con trascendencia sucesoria. Esa tendencia se pone de relieve en las reformas recientes de muchos ordenamientos, tradicionalmente prohibitivos de las figuras sucesorias pactadas (como el francés o el italiano) o restrictivos en su admisibilidad (caso del gallego o el catalán), que sin embargo han optado por introducir pactos concretos o por extender las posibilidades de los anteriormente admitidos (de esta tendencia parece apartarse, sin embargo, el legislador holandés de 2003, que según nos señala el profesor Milo, elimina las figuras contractuales sucesorias admitidas hasta entonces en el Cc holandés, que pasan a tener la consideración de donaciones). La tendencia general pro pactos sucesorios queda confirmada al comprobar la relativa importancia que parecen tener en la Propuesta de Reglamento de Sucesiones, de la que nos da cuenta el profesor Bonomi. Muchas son las voces que se han manifestado en los últimos años para que también en el caso del Cc español se camine por esa senda y se abandone la tradicional prohibición que, con matices, contiene el art. 1271. Mencionaré al respecto que, a las funciones que pueden cumplir este tipo de pactos por ejemplo, como instrumento de sucesión de la empresa familiar o como mecanismo para evitar *ex ante* controversias previsibles, particularmente en caso de sucesivos matrimonios con hijos del causante de sucesión, debe añadirse la pérdida de peso de las razones que tradicionalmente han sustentado la regla prohibitiva, además del escaso respeto por la autonomía privada que esa misma regla significa. No obstante, no basta con abrir sin más las puertas a los pactos sucesorios. Como nos recuerda la profesora Röthel en su exposición del Derecho alemán, tradicionalmente generoso con el uso de las figuras contractuales como instrumento para ordenar la sucesión, existe en este momento un debate en Alemania sobre la necesidad de la reforma de estos pactos, por ejemplo, para clarificar el efecto vinculante durante la vida del instituyente (par. 2287 BGB). Ello obedece a que con la ley vigente los herederos contractuales pueden impugnar las donaciones que el instituyente haya hecho con el intento de perjudicarles, lo que en la práctica afecta a casos en los que el causante vinculado por un contrato de institución de heredero desea dejar algo a su nuevo esposo o compañero. Según la interpretación de los tribunales actualmente, esto solo es posible cuando el testador persigue un interés propio durante su vida, por ejemplo, cuando la disposición conlleva beneficios recíprocos para el donante, como cuidados. Esta circunstancia, que puede cambiar a lo largo de la vida del causante, provoca la utilización de argumentaciones ficticias. La opinión de la autora es favorable a la existencia de instrumentos legales que permitan la vinculación en vida del causante, si bien se deben aclarar los peligros que esto conlleva para el testador y ha de tenerse más cuidado aún en lo referente a contratos sucesorios resultantes de influencia indebida o de la inexperiencia comercial.

Finalmente me detendré con cierto pormenor, como ya anticipé más arriba, en la institución de legítima, particularmente a aquella que se refiere a los descendientes. Como no puede ser de otro modo en un libro que cuyo título

apela a la libertad de testar, este es uno de los asuntos presentes en la obra de modo constante. De los muchos temas que se suscitan alrededor de la legítima comenzaré por referirme a la posible constitucionalidad o inconstitucionalidad de una hipotética norma que, en cualquiera de los derechos civiles españoles o más en particular en el Código civil español, optara por su supresión. La pregunta, que también hace el profesor Cámara en su extenso trabajo, tiene relevancia por la existencia en nuestro país de no pocas voces que, desde profesiones jurídicas diferentes, abogan por esa supresión. Es de sobra conocido que la respuesta a pregunta similar hecha en el seno del ordenamiento alemán ha sido ya abordada por su Tribunal Constitucional, cuyas decisiones al respecto son citadas en el libro por varios autores, especialmente, como es lógico, por la profesora Röthel y el profesor Pintens. Haciendo un compendio de la opinión del *BVerfG* se nos recuerda que mientras una decisión de 2000 pareció confirmar que la porción debida no era un derecho absoluto, otra de 19 de abril de 2005 –que ha tenido un amplio eco en España–, estimó que esa porción tenía un carácter familiar e irrevocable, independiente de la necesidad y de las circunstancias. En ella el *BVerfG* considera la parte reservada a los hijos como parte de la garantía del art. 14 GG que tiene un elemento que trasciende a las generaciones; el tribunal da gran importancia al elemento histórico y además considera que la «*Pflichtteil*» es expresión de la solidaridad familiar basada en el 6 GG, el cual garantiza que la relación entre el testador y sus hijos es como una comunidad de vida, con el derecho y la obligación de responsabilizarse unos de otros. Por todo ello el *BVerfG* declara constitucional la regulación de la legítima contenida en el BGB e inconstitucional su supresión. Volviendo de nuevo al Derecho español, y después de recordar que el Tribunal Supremo ha reconocido que la legítima no está protegida por el orden público (interno), el profesor Cámara se hace la ya anticipada pregunta por la constitucionalidad de la legítima; tras recoger las opiniones encontradas de nuestra doctrina, termina por considerar que la legítima es solo uno de los mecanismos posibles para cumplir el mandato constitucional de protección de la familia (art. 39 CE), de modo que no parece constitucionalmente exigible el reconocimiento por el legislador de una legítima con contenido material, si bien reconoce que tal vez sí se pide al menos una garantía de índole formal. Esta opinión, que ya han sustentado otros autores como Jose M.^a Miquel y yo misma, se basa sobre todo en que en el propio sistema español existen ordenamientos donde la legítima carece de contenido económico (Navarra y Fuero de Ayala) y no es lógico considerar ahora que se trata de normas inconstitucionales.

El conjunto de contribuciones de los países de *civil law* donde tradicionalmente se asienta la institución de la legítima de los descendientes, contenidos en este libro, ponen de manifiesto los nuevos perfiles en los que parecen converger los ordenamientos que han apostado por una reforma reciente de la misma. Así, se apuesta en general por el mantenimiento de la mencionada participación forzosa en la herencia por parte de los hijos y descendientes, basándose sobre todo en argumentos de solidaridad familiar intergeneracional, aunque no faltan opiniones, como la del escocés Eric Clive, que *lege ferenda* parecen más favorables a su sustitución por un instituto con fundamento alimenticio. Esa opinión mayoritaria no obstaculiza la general creencia de que no se trata de una institución de orden público, ni interno, ni internacional. Las reformas operadas hasta ahora muestran igualmente la tendencia a disminuir su cuantía en favor del esposo a quien también se le suelen conceder en muchos ordenamientos verdaderos derechos legítimarios.

Asimismo, parece consolidarse la opción de sustituir la legítima *in natura* por la legítima como derecho de crédito pagadero en dinero, toda vez que se piensa que aquella supone un obstáculo para la libre circulación de los bienes, especialmente los inmuebles. Todas las reformas recientes de los ordenamientos donde se configuraba como una participación en los bienes, entre los que debemos incluir el Derecho francés o el holandés, van en esta línea. La misma que ya seguían el Derecho catalán y el gallego desde 1995, aunque probablemente en este último haya quedado aún más claro tras la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006. La reforma profunda de la institución pendiente en Italia y en el Cc español explica que ambos ordenamientos se aparten de esa línea, aun cuando en esta última sede no son pocas las excepciones a la regla general que siguen la tendencia europea.

En la línea de flexibilizar la legítima de los descendientes se muestra también la predisposición por parte de los legisladores reformistas a proteger las donaciones del causante frente a las pretensiones de los legitimarios. Así, al reconocimiento de la posibilidad de renunciar anticipadamente a la acción de reducción que se ha introducido en la reforma francesa de 2006 (siguiendo la senda, ya señalada, de admitir determinados pactos sucesorios), se ha de sumar la inviolabilidad de las donaciones que han sido hechas más allá de un tiempo (diez años Alemania –con reducción progresiva– diez en Cataluña, dos años en Austria), lo que según el profesor Pintens resulta del todo adecuado, pues cuanto más antigua sea más difícil será de probar la donación, además de que no tiene sentido que el causante tenga que preservar su herencia durante toda su vida a favor de sus herederos. Finalmente, también se observa la tendencia común a flexibilizar el pago, incluyendo la posibilidad del pago diferido (introducido en la reforma alemana de 2009), así como a que se extiendan y modernicen los casos legales de desheredación (lo que se ha hecho, por ejemplo, en Alemania y en Cataluña; respecto a este último destaca la aportación del profesor Vaquer Aloy sobre la introducción de una nueva causa de desheredación en el art. 451-17.2 e CcCat, consistente en la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario).

En fin, como se puede derivar de lo dicho hasta aquí, el libro editado por las profesoras Anderson y Arroyo nos muestra que el Derecho de Sucesiones europeo está en plena ebullición, siendo muy importantes los cambios producidos y, por lo que parece probable, los que se van a producir en un futuro próximo. Aunque tradicionalmente se haya argumentado con la fuerte impronta nacional de este sector del ordenamiento, que formaría parte de la identidad cultural de cada país, no cabe duda de que, como pone de relieve el profesor Pintens, estos cambios están influidos por las leyes de otros países del entorno, de forma que mucha de esa identidad cultural se está diluyendo. Es particularmente relevante mencionar la contribución del citado profesor cuando señala que la identidad cultural no se pierde porque ocurran cambios culturales y legislativos, indicando además que Europa se caracteriza por su diversidad cultural, pero que la diversidad no es un valor por sí mismo; en su opinión empeñarse en la diversidad legal niega el hecho de que el Derecho, aunque está embebido en la cultura, es primariamente un instrumento que regula las relaciones humanas y no un fin en sí mismo. No se si la traducción al español de estas afirmaciones vertidas en idioma inglés suponen algo distinto. Sea como fuere, no puedo dejar de manifestar mi acuerdo con ellas.

En definitiva, creo que la alusión a los temas aquí apenas pergeñados, todos ellos de máxima actualidad e interés, así como la convicción de que

muchos otros relevantes se han quedado en el tintero, ponen de manifiesto la calidad del libro que he tenido el gusto de leer primero y comentar después. En el abigarrado panorama de obras jurídicas que constantemente aparecen en nuestro entorno, pocas resultan en verdad interesantes. *The Law of Succession: Testamentary Freedom* no solo es una de ellas; es además de las poquísimas imprescindibles para quien quiera hoy conocer el estado de la cuestión del Derecho de Sucesiones en Europa.

María Paz GARCÍA RUBIO
Universidad de Santiago de Compostela

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (coord.) *Unificación del derecho patrimonial europeo*, Barcelona, Bosch ed., 2011, 582 pp. ISBN:978-84-9790-820-7.

1. El libro del que ahora se da cuenta es una obra colectiva coordinada por el Catedrático de Derecho Mercantil Eduardo Valpuesta Gastaminza, y en la que participan bastantes juristas del ámbito del Derecho Privado, ubicados en Navarra y Madrid fundamentalmente, y casi todos académicos aunque también escriben profesionales dedicados a la práctica forense. El reputado mercantilista Dr. José M.^a de La Cuesta Rute, además de prologar la obra, es el autor del capítulo primero que constituye el pórtico o presentación del material de trabajo empleado por los autores, que no es otro que el *Draft Common Frame of Reference*, uno de los frutos más importantes de los diversos procesos de armonización abiertos en Europa en materia de Derecho privado patrimonial. El ya mencionado coordinador de la obra, Dr. Eduardo Valpuesta Gastaminza se encarga, además, de una importante parte del libro: es el responsable de la elaboración material del capítulo segundo, «La propuesta de Derecho Privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*», que sería el segundo estudio de carácter general contenido en la obra sobre la significación y alcance de este borrador académico como instrumento unificador del derecho contractual europeo. Es autor de los capítulos 3 y 4 sobre los Libros I y II del DCFR respectivamente (disposiciones generales y parte general sobre contratos). También expone el contenido de la regulación sobre contrato de servicios en el capítulo 8 de la obra (Libro IV.C del DCFR), y la regulación de las garantías reales sobre bienes muebles en el capítulo 18 (Libro IX del DCFR). El Dr. Javier Nanclares Valle, Profesor Contratado Doctor en la Universidad de Navarra, se ocupa en el capítulo 5 de esta obra, del Libro III del DCFR sobre obligaciones y derechos y también, en el capítulo 13, del concreto negocio jurídico de la donación (Libro IV.H del DCFR). El contrato de compraventa en el DCFR, Libro IV.A. y el contrato de arrendamiento de bienes muebles, Libro IV.B., son analizados por la Dra. Concepción Pablo-Romero Gil-Delgado, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Pública de Navarra. La Dra. Blanca Torrubia Chalmeta, de la Universitat Oberta de Catalunya, se ocupa del contrato de mandato regulado en el Libro IV.D y del contrato de agencia comercial, franquicia y distribución, Libro IV. E, ambos del DCFR. El Dr. José Carlos González Vázquez, Profesor Titular de la Universidad Complutense, elabora en el capítulo 11 de la obra el análisis del Libro IV.F sobre los contratos de préstamo/crédito. El estudio de las garantías personales se aborda por el Dr. Pablo Gómez-Blanes, profesor e investi-

gador de la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra. La Dra. Elsa Sabater Bayle, Profesora Titular de la Universidad Pública de Navarra, es la autora del capítulo 14 sobre el Libro V del DCFR relativo a la gestión de negocios ajenos, y del capítulo 16 sobre el Libro VII en materia de enriquecimiento injustificado. La Dra. Verónica San Julián Puig, Profesora Titular de la Universidad de Navarra, trata la responsabilidad extracontractual, materia contenida en el Libro VI del *draft*. El Dr. Javier Fajardo Fernández, Profesor Contratado Doctor también de la Universidad de Navarra, se ocupa del Libro VIII, adquisición y pérdida de la propiedad de bienes muebles. Termina la obra colectiva el Dr. Carlos Llorente Gómez de Segura, profesor y abogado en ejercicio, que expone el contenido del Libro X del DCFR bajo el título *Trusts*.

La mera enunciación de los autores y de los temas tratados en esta obra permite al lector hacerse una idea de la magnitud de la empresa abordada por el grupo de investigadores que la suscriben. Ciertamente es muy difícil ofrecer un estudio completo y cabal que desglose y analice el basto contenido jurídico que presenta el borrador académico, *Common Frame of Reference*, y que además lo haga en un libro mínimamente manejable y aprehensible, por su extensión y sistemática. Para empezar no puede olvidarse que el DCFR es como su propio nombre indica un *draft*, no es un documento acabado sino un instrumento académico más, de armonización del derecho contractual europeo que, a fecha de hoy, ya ha sido objeto de una significativa depuración y análisis por parte del Grupo de Expertos nombrados por la Comisión europea mediante Decisión de 26 de abril de 2010. Efectivamente, este grupo de trabajo partió de los trabajos contenidos en el DCFR con el objetivo de realizar un estudio de viabilidad sobre un instrumento futuro de Derecho contractual europeo, que abarcara las principales cuestiones planteadas, en la práctica, en las transacciones transfronterizas. El resultado ha sido, en fecha 11 de octubre de 2011, una propuesta de instrumento opcional de derecho contractual europeo, que lleva el título de «Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea» y en la que, con tan solo 183 artículos, se lleva a cabo una importante selección de las cuestiones jurídicas que se consideran prioritarias a los efectos de la armonización y unificación del Derecho patrimonial europeo.

Consciente del verdadero alcance del borrador académico, el profesor José M.^a de la Cuesta Rute incide en el Prólogo de la obra, en el juicio general que le merece: «Desde luego, el DCFR no es un documento acabado, y ha sido objeto, con razón en muchos casos, de críticas en cuanto al contenido o a las soluciones de técnica jurídica. Pero esto no obsta a que deba reconocerse la magna obra realizada, procurando ofrecer un sistema coherente que aúna tanto aspectos puramente de derecho de obligaciones cuanto de derechos reales (en concreto sobre bienes muebles). En el Derecho patrimonial privado los aspectos obligacionales y reales van siempre unidos, y por eso contemplar ambas materias en su íntima cohesión es correcto, aunque indudablemente expone el flanco del DCFR a posibles críticas por tal motivo, pues en materia de derechos reales la aproximación de los derechos europeos es menor que en materia de obligaciones» (p. 5).

2. El libro se divide en diecinueve capítulos de los que los dos primeros tienen un contenido y finalidad de carácter preliminar, de presentación del *soft law* europeo de contratos, y los diecisiete restantes se corresponden con la propia sistemática del DCFR, de manera que cada uno de los capítulos se dedica al análisis de uno de los diez Libros del citado borrador académico,

salvo el Libro IV que abarca más de un capítulo, los numerados 6 a 13, en los que se tratan separadamente las diversas modalidades contractuales contempladas en el citado libro. En este sentido, cabe elogiar la sistemática y la distribución de temas en esta obra colectiva, que facilita el análisis del libro y de sus contenidos específicos.

3. En cuanto al análisis del contenido de la obra, cabe destacar lo siguiente sobre los capítulos que la componen:

Como ya se ha mencionado, en los capítulos primero y segundo sus autores dan cuenta de los propósitos del libro y sobre todo, sitúan al lector en relación al material de trabajo empleado, el *draft Draft Common Frame of Reference*, tanto en lo que hace a su contenido como a la génesis del trabajo de los académicos europeos, vertiendo al respecto interesantes reflexiones y valoraciones críticas del DCFR, como las que se traslucen del apartado transcrito más arriba. El capítulo tercero, también a cargo del profesor Valpuesta Gastaminza, participa en cierta medida de este carácter introductorio dentro del total de la obra, puesto que al estar centrado en el Libro I del DCFR sobre Disposiciones Generales se centra especialmente en las definiciones y conceptos acuñados desde hace años en el Derecho europeo de contratos, y que han sido recogidas y heredadas por el DCFR. Así, se hace referencia a la definición de buena fe y honradez en los tratos (que el autor traduce entiendo que desafortunadamente, como «trato justo»), el gran concepto jurídico indeterminado de razonabilidad, la definición de consumidor y profesional y algunos otros términos jurídicos empleados en el borrador académico como *in writing*, *signature* o *notice*.

Los capítulos cuarto y quinto abordan la tarea de abarcar respectivamente el Libro II del DCFR, sobre contratos y otros actos jurídicos, y el Libro III, sobre obligaciones y derechos, esto es, toda la parte general de obligaciones y contratos lo cual, obviamente, no es una empresa sencilla. La exposición de las cuestiones tratadas por los académicos europeos es muy ordenada y de la misma cabe destacar, entre otras cuestiones, la tesis de Valpuesta sobre los contratos complejos o mixtos en el DCFR, respecto a la que defiende la teoría de la combinación salvo que una de las prestaciones sea más relevante que la otra, o la crítica que formula sobre el contenido del *draft* en materia de obligaciones precontractuales de información. A su juicio, el DCFR se hace eco en esta importantísima materia de lo dispuesto en diversas Directivas, cada una con sus límites y ámbitos de aplicación concretos, y «el resultado es una superposición de regímenes parcialmente coincidentes pero no coordinados» (p. 110). En cuanto a la contribución del profesor Nanclares puede destacarse su análisis del capítulo 3 del Libro III sobre consecuencias del incumplimiento. Desglosa pormenorizadamente el conjunto de remedios, poniéndolos en relación unos con otros a los efectos de lograr la satisfacción del interés del acreedor, y siguiendo las reglas que rigen la acumulación de remedios en el DCFR.

El análisis del Libro IV del DCFR se aborda en los capítulos 6 a 13 por los profesores Pablo-Romero, Torrubia, González, Gómez-Blanes, Valpuesta y Nanclares. De las diversas modalidades contractuales cabe destacar, por la aportación que implica para los legisladores nacionales, la regulación contenida en el Libro IV.C sobre el contrato de servicios, más concretamente la cuestión relativa al principio neutro de conformidad como expresión del cumplimiento contractual, aplicado a las obligaciones de hacer. Valpuesta referencia extensamente las resoluciones de nuestros tribunales para hacer notar la diferencia de planteamientos en nuestro ordenamiento y en el dere-

cho europeo. Sin embargo, es preciso señalar que la dicotomía obligaciones de medios-obligaciones de resultado no es la única forma posible de tratar la cuestión de la responsabilidad de los prestadores de servicios, las propias categorías jurídicas son objeto de discusión, sistemas jurídicos como el alemán, el holandés o el inglés no recurren a ellas. El nuevo derecho contractual europeo prefiere no otorgar tanta trascendencia al hecho de que se trate de una obligación de medios o de resultados y, en cambio, tratar de aplicar la noción unitaria y objetiva de cumplimiento a la prestación del servicio, como regla general y salvo que las partes lo dispongan de otra manera. De esta opción se derivan importantes consecuencias en el terreno de la responsabilidad civil que afectan a quienes desarrollan profesiones liberales y a todos los prestadores de servicios, y en este sentido, tanto el legislador como los tribunales españoles pueden beneficiarse de las aportaciones que ofrece la normativa de servicios en el DCFR. También merece una mención el capítulo 13 de la obra que se dedica, con una extensión de 14 páginas, al análisis del Libro IV.H. dedicado a la donación. Esta breve extensión tal vez pueda explicarse por la previsible falta de interés para el legislador europeo de una regulación de la donación común a todos los Estados miembros. Sin embargo, esto no significa que la regulación que proporciona el DCFR carezca de todo interés. Nanclares inicia su contribución haciendo referencia a la concepción contractual de la donación que es mayoritaria en derecho español y advierte que «el aspecto obligacional adquiere una fuerza de la que carece de Derecho civil español». Es verdad que la doctrina española no ha deducido todas las consecuencias que cabría de la configuración de la donación como un contrato; así, por ejemplo, las obligaciones de las partes y los remedios disponibles, como la cuestión sobre si cabe o no la resolución de la donación por el donatario. Nanclares se refiere también al rechazo de la eficacia jurídica de la promesa de donación en la jurisprudencia española, lo que parece poco coherente con esta naturaleza contractualista que se sostiene. Estos son aspectos en los que claramente el MCR puede servir de elemento interpretativo e integrador, pero no son en absoluto los únicos.

Los capítulos catorce a diecinueve tratan sobre el contenido de los Libros V a X del DCFR. Los temas son variados y complejos, destacaremos brevemente algunos aspectos, como la referencia a la singular decisión de los autores del *draft*, de tratar separadamente en el Libro VI la gestión de negocios ajenos, al margen de instituciones próximas como el enriquecimiento injustificado –Libro VIII DCFR– o del contrato de mandato –Libro IV.D DCFR–. En relación a la responsabilidad extracontractual –Libro VI DCFR–, se hace notar por la Dra. San Julián, que el *draft* se fija en la víctima, y sobre todo en el concepto de daño jurídicamente relevante, que abarca no solo el ya producido sino también el daño inminente, bajo la máxima de que es mejor la prevención del daño que su reparación. La regulación del enriquecimiento injustificado es relativamente extensa, siete capítulos que componen el Libro VII, y se configura en torno a cuatro elementos, a saber, el enriquecimiento de una parte, la desventaja de la otra, la correlación entre ambas y la ausencia de justificación del enriquecimiento experimentado por la primera. Respecto al Libro VIII glosado en el capítulo 17 de esta obra, cabe coincidir con el profesor Fajardo en cuanto al contenido ambicioso –¿desmesurado?– del mismo (bajo el título «adquisición y pérdida de la propiedad de bienes muebles» se incluye regulación sobre propiedad, posesión, derechos reales limitados, y la defensa procesal de estos derechos patrimoniales). El carácter más reciente de esta última parte del DCFR junto con los siguientes Libros IX y X, que se

redactaron al final de los plazos previstos y sin posibilidad de ser tan debatidos en los grupos de trabajo como el resto del borrador académico, es la causa principal de la escasez de doctrina existente a fecha de hoy sobre esta específica normativa. Por ello, las contribuciones de los profesores Fajardo, Valpuesta y Llorente tienen el valor de estar entre las primeras que se formulan en nuestro país.

Paloma de BARRÓN ARNICHES
Universitat de Lleida

**MICKLITZ HANS W. – STUYCK, Jules – TERRY, Evelyne (eds.),
Cases, Materials and Text on Consumer Law, Hart Publishing, Oxford
and Portland, 2010. 597 pp. ISBN: 978-1-84113-749-0.**

El *Cases, Materials and Text on Consumer Law* es un nuevo volumen de la serie *Ius Commune Casebooks on the Common Law of Europe*, editada por el Prof. Walter van Gerven en el seno del conocido proyecto desarrollado conjuntamente por las universidades de Leuven (Bélgica) y Maastricht (Países Bajos). Este que ahora se recensiona tiene como editores generales a Hans W. Micklitz (Instituto de Florencia), Jules Stuyck y Evelyn Terry (ambos, U. Leuven) que, además, son coautores, junto con otros diez profesores de siete universidades europeas, todos ellos eficazmente coordinados por Dimitri Droshout. Tal y como el título del volumen indica, su objeto es el análisis del Derecho contractual de consumo y, como todos los *casebooks* de la misma serie, persigue un doble objetivo: por un lado, la colaboración de profesores formados en distintos ordenamientos jurídicos europeos en la discusión de problemas y en la selección de materiales de enseñanza que los reflejen (y también sus posibles soluciones); y, por el otro, el común aprendizaje, a partir de esos mismos materiales traducidos a un único idioma, el inglés, por parte del mayor número posible de estudiantes en Europa. En parte, la tarea viene facilitada por ser el derecho de consumo uno de los ámbitos en los que la armonización del derecho ha tenido y sigue teniendo un mayor recorrido, de manera que el *casebook* sirve también para analizar los pros y contras de ese proceso, todavía inacabado, frecuentemente con defectos, pero en evolución y constante perfeccionamiento. En este sentido, el libro incorpora no solo materiales de derecho nacional, sino también, en tanta o mayor medida, legislación comunitaria, jurisprudencia del TJCE, *soft law* (mayoritariamente representado por la versión académica original del DCFR), informes, libros verdes y recomendaciones.

El *casebook* cuenta con ocho capítulos que, a su vez, presentan detalladas subdivisiones internas. El capítulo I (Jules Stuyck) es una amplia y muy sugerente introducción general al Derecho de consumo, en el que se abordan cuestiones clásicas, tales como el concepto mismo de derecho de consumo, las distintas nociones de consumidor que se barajan según el tipo de armonización (positiva, negativa), las formas (públicas y privadas) de protección o sus niveles de armonización (mínima, máxima). El capítulo II analiza con prolija extensión la publicidad y las prácticas comerciales desleales y, especialmente, a la luz de la directiva 2005/29 (Hans W. Micklitz, Geraint Howells). El derecho contractual de consumo se divide en dos capítulos, y, aunque solo el capítulo III (Sergio Cámara Lapuente, Evelyne Terry) lleva esa misma rúbrica, en realidad en él se estudian fundamentalmente temas como la formación del contrato y los deberes de información; el derecho de desistimiento y las condiciones generales, que también forman parte del

derecho contractual de consumo, son el objeto del capítulo IV (Evelyn Terry y Peter Rott) y la compraventa está analizada en el capítulo V (Christian Twigg-Flesner, Elise Poillot). Otros contratos, como los de servicios financieros (de crédito, inversión y pago), son explicados en el capítulo VI (Veerle Colaert, Tom van Dyck). En el capítulo VII, se aborda la responsabilidad por productos defectuosos (Geraint Howells, Jean-Sébastien Borghetti), no tanto porque sea el consumidor el único destinatario de la protección, cuanto por ser muchas veces los bienes de consumo los que causan daños; y, finalmente, en el capítulo VIII, se expone la materia referida a los remedios, sanciones y procedimientos individuales y colectivos para hacer efectivos los derechos de los consumidores, tanto desde el punto de vista del derecho público como del derecho privado (Hans W. Micklitz, Jules Stuyck, Evelyn Terry, Lubos Tichý). Cada capítulo, a parte las referencias bibliográficas al pie de página que se estiman necesarias, cuenta con una sumaria bibliografía final de referencia que permite completar el estudio al lector que quiera ir más lejos. Existen, además, completos índices de conceptos y documentos utilizados que facilitan enormemente el manejo de este volumen de casi seiscientas páginas.

El *casebook* es una oferta didáctica tanto para la enseñanza como para el estudio. Tiene la ventaja de presentar en un solo libro los materiales (jurisprudenciales, legislativos, doctrinales) necesarios para el aprendizaje de una determinada materia –en este caso, el derecho de consumo– y cuya recopilación, en otro caso, supondría un esfuerzo que no siempre es posible. Es un complemento interesante a los manuales de texto al uso, por dos razones: la primera, porque rehúsa la tradicional exposición teórica y convencional de lecciones comprensivas del régimen y naturaleza jurídica de tal o cual institución. La segunda, porque incorpora el derecho europeo (antes, «comunitario») y presenta la comparación entre distintos ordenamientos nacionales y, señaladamente, el inglés, francés y alemán, con notorias incursiones en el derecho belga, y, en menor medida, el neerlandés, español, italiano o el de los países nórdicos. Naturalmente, no todas las cuestiones son abordadas según la particular o común solución que ofrecen todos y cada uno de esos ordenamientos, ni siempre cada problema es analizado desde la triple perspectiva legislativa, doctrinal y jurisprudencial en cada uno de ellos. Más bien se trata de identificar los problemas que se plantean en la práctica y de ilustrarlos –y, en su caso, sus posibles soluciones– con los materiales que mejor convengan a su estudio, libremente escogidos por los autores de cada capítulo y, por tanto, sin perfecta simetría entre todos ellos.

Para acertar con ese planteamiento es preciso, a partes iguales, un profundo conocimiento de la materia –y en el ámbito del derecho de consumo todos los autores son reputados expertos– y mucha pedagogía a la hora de seleccionar los materiales, entresacar de ellos lo esencial (*vid.* las diferentes «*notes*» que acompañan a cada sección de capítulo) y formular los interrogantes que, a modo de recapitulación, se encuentran al final de cada una de las secciones en que se subdivide cada capítulo (*vid.* las diferentes «*questions*»). Tales cuestiones no siempre pueden responderse con la simple lectura guiada de los materiales que se ofrecen y casi nunca tienen una única respuesta. Su pretensión es otra: incentivar la discusión, sugerir nuevas interpretaciones, entender la lógica o motivos que subyacen en una determinada norma, decisión o comentario, y, en definitiva, acentuar el proceso crítico de aprendizaje. Tal y como los editores reconocen en el prefacio, se trata de introducir la reflexión y de fomentar la actitud creativa ante el derecho.

El *casebook* no es nada más (y nada menos) que una herramienta que facilita ese tipo de enseñanza. Su publicación debe ser muy bienvenida y es deseable que, en mayor o menor medida, pueda contribuir a desarrollar ese modelo en las universidades españolas, especialmente en los cursos de derecho privado europeo o derecho comparado que, en muchas de ellas, parecen haberse afianzado tras la reciente reforma de los planes de estudio.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Universitat de Barcelona

BUSCH, Christoph – SCHULTE-NÖLKE, Hans (eds.), *EU Compendium. Fundamental Rights and Private Law. A Practical Tool for Judges*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2011, XXV + 110 pp. ISBN: 978-3-86653-178-9.

El presente libro plantea un tema de extraordinario interés y gran relevancia en los últimos años, cual es el del creciente peso de la doctrina de los derechos fundamentales en la concepción del Derecho privado moderno, es decir, en cierto modo, la «constitucionalización» del Derecho privado, o al menos de grandes áreas del mismo, lo que ha supuesto hasta cierto punto la ruptura de un paradigma jurídico que se venía arrastrando desde el siglo XIX (*vid.* al respecto, p. ej., P. Cruz Villalón, «Derechos fundamentales y Derecho privado», en *Academia Sevillana del Notariado*. Tomo Extra, 1988, pp. 97 ss.; J. M. Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de State Action en la jurisprudencia norteamericana)*, Madrid, 1997; C. Starck, «Derechos fundamentales y Derecho privado», en *REDC* 66 (2002), pp. 65 ss.; D. Buendía García, «El Convenio Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociolaborales», en J. Bonet Pérez/A. Olesti Rayo, *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*, Barcelona, 2010, pp. 225 ss.).

Con ello confluye, además, otro fenómeno que está contribuyendo al cambio en los rasgos básicos del Derecho privado tal como lo conocemos en los últimos dos siglos, como es el de su progresiva armonización a nivel mundial, pero sobre todo a escala europea (con una dimensión distinta, ligada a la constitucionalidad, que en los instrumentos armonizadores a nivel internacional no se da). Esa confluencia de elementos –no siempre bien conjuntados, lo que puede dar lugar a conflictos [*vid.* con detalle P. R. Dubinsky, «Human Rights Law meets Private Law Harmonization: The coming conflict», en *The Yale Journal of International Law* 30 (2005) 211 ss.] está produciendo, sobre todo en el espacio europeo, una transformación profunda en los esquemas del Derecho privado tradicional, sobre todo aquellos más ligados al juego de los derechos de la personalidad, especialmente en lo que afecta al sistema de fuentes del Derecho. En este ámbito, la armonización jurídica en Europa no está viniendo tanto por la vía de la acción de las instituciones de la Unión Europea, sino a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya incidencia en el seno de los distintos Derechos privados de los Estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos aún está pendiente de ser suficientemente calibrada; sin embargo, es previsible que esta situación cambie parcialmente, desde el momento en que, por un lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2000) se ha convertido en un documento con valor jurídico equivalente al de los Tratados constitutivos de la Unión (art. 6.1 del TUE, redactado conforme al art. 1.8 del

Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007), y, por otro, la Unión Europea como tal se ha convertido también en parte signataria del mencionado Convenio (art. 6.2 Tratado de la Unión Europea y Protocolo Anexo al Tratado de Lisboa), de modo que también las instituciones de la Unión se encuentran ahora vinculadas por el texto del mismo y por las decisiones de aquel Tribunal, y en particular el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que es previsible que la jurisprudencia de este último en lo sucesivo incorpore muchos más elementos ligados a la protección de los derechos fundamentales, también en aquellas áreas ligadas a la construcción europea que hasta ahora podían haber quedado hasta cierto punto inmunes a la influencia de aquellos desarrollos, como son las que se refieren a la construcción del mercado interior, por tanto, las más avanzadas en cuanto a la formación de un Derecho privado europeo unificado (o, al menos, altamente armonizado).

Este es el campo en el que se inscribe el libro que comentamos, que se presenta como el resultado de un Plan de Acción auspiciado por la Comisión Europea (Comisariado de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, Dirección General de Justicia e Interior) titulado significativamente *Fundamental Rights Action Plan* (FRAP), organizado por el *European Legal Studies Institute* de la Universidad de Osnabrück (Alemania) y desarrollado entre abril y diciembre de 2009, en el marco de un programa más amplio denominado «*Fundamental Rights and Citizenship*» coordinado por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea y cofinanciado por la Comisión Europea y el mencionado *European Legal Studies Institute*. El objetivo de ese programa es promover el desarrollo de la sociedad europea sobre la base del respeto a los derechos fundamentales y mejorar los contactos, intercambio de información y articulación de redes entre las autoridades judiciales y administrativas y las profesiones jurídicas. A la colaboración en la consecución de ese objetivo se dirigía precisamente el citado FRAP, cuyos resultados materiales se encuentran en el libro recensionado.

Este trata aparentemente de ser un instrumento práctico que pueda servir a los jueces de los Estados Miembros de la Unión Europea para una mejor intelección de los problemas vinculados al juego de los derechos fundamentales en ámbitos tradicionalmente entendidos como exclusivamente iusprivatísticos y, por tanto, ajenos a exigencias constitucionales de índole sustantiva, fuera del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la iniciativa privada y, por tanto, a la libertad de contratación. Se entiende que una identificación de esos ámbitos del Derecho privado en que opera una cierta «constitucionalización» y la consideración de los modos en que la jurisprudencia de los distintos Estados Miembros afronta los posibles conflictos derivados de ello para obtener buenas prácticas puede ayudar a jueces y legisladores de los Estados a crear un marco de referencia común para la protección de los derechos fundamentales en el campo del proceso civil. El objetivo más modesto del libro es simplemente dar una sucinta descripción del *statu quo* de la interrelación entre derechos fundamentales y Derecho privado y presentar una pequeña colección de casos jurisprudenciales ilustrativos que pueda servir de inspiración a jueces, investigadores y legisladores. Si juzgamos el libro por estos dos objetivos básicos, podemos decir que el primero de ellos lo cumple razonablemente bien, dado que en las páginas iniciales ofrece un adecuado panorama del estado de la cuestión actual en relación con este tema, con una bibliografía rica y actualizada y una amplia información de carácter comparatista, y en las páginas siguientes apunta correctamente a los campos del Derecho privado europeo donde puede detectarse este fenómeno de manera

más acusada, mientras que, en cambio, el segundo objetivo se encuentra a nuestro juicio mucho más lejos de haberse conseguido, ya que no acabamos de ver cómo puede servir de inspiración, sobre todo para jueces y legisladores (quizá algo más para investigadores), una selección tan pequeña de casos como la que aquí se presenta, pero además referidos cada uno de ellos a decisiones concretas de Tribunales internos de los Estados Miembros sin que se vea conexión alguna con las soluciones de los otros Estados (salvo en los casos presentados en la última parte del libro, como en seguida comentaremos), aparte de que los criterios de selección de unos y otros casos no se hallan explicitados o no acaban de quedar claros. De ahí, por tanto, que en este aspecto el libro prometa más que lo que da, y que el resultado, a nuestro juicio, sea más que una herramienta para jueces, un buen instrumento para la enseñanza y discusión en seminarios académicos. En ese sentido el libro sí puede resultar muy útil.

La realización del proyecto FRAP se articulaba en tres fases diferenciadas. La primera consistía en la elaboración de un estudio comparativo a través de diversos corresponsales en distintos Estados de la UE, con el fin de incrementar el conocimiento sobre el juego de la interacción entre el procedimiento civil y los derechos fundamentales. La red de corresponsales se extendió a un número total de 21 Estados Miembros de la UE (curiosa y sorprendentemente no estaba España entre ellos, al igual que Chipre, Eslovaquia, Irlanda, Luxemburgo y Malta). La segunda fase se proponía tender puentes entre teoría y práctica y tratar así de observar el «derecho en acción», más allá de lo que el estudio de los textos ofrecía. Para eso se organizaron dos simposios (en octubre de 2009 en Cracovia y en diciembre en Osnabrück) con participación de jueces de los Estados Miembros y otros prácticos expertos implicados en el proyecto, con el fin de intercambiar experiencias e identificar problemas prácticos en la aplicación de los derechos fundamentales en los procesos civiles. Por fin, una tercera fase se centró en la búsqueda y ordenación de casos significativos de la jurisprudencia de los diferentes Estados Miembros que pudieran servir para perfilar buenas prácticas susceptibles de incorporación por los jueces nacionales en la resolución de conflictos de la misma índole.

En paralelo con esas tres fases en la realización del proyecto, el libro se estructura en tres partes (si bien estas no se corresponden perfectamente con cada una de las fases de elaboración). La primera (redactada por Christoph Busch) se corresponde con la primera fase del proyecto, y expone los resultados teóricos del estudio comparativo sobre la incidencia de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de los Estados Miembros en relación con temas de Derecho privado. En este capítulo se analizan en primer término las fuentes del Derecho utilizadas en los Estados Miembros para la determinación de los derechos fundamentales (normas de Derecho interno, fuentes de Derecho comunitario, Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros instrumentos de carácter internacional). En relación con las fuentes del Derecho comunitario, es de capital importancia la jurisprudencia del TJUE, así como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, ahora con valor jurídico equivalente al de los Tratados: el punto principal que se discute a ese respecto es el del posible efecto horizontal directo de los derechos fundamentales reconocidos por la UE (es decir, susceptibles de hacerse valer en las controversias entre particulares), ya que el TJUE no ha adoptado una posición clara a ese respecto, si bien en el estudio se indica que la opinión mayoritaria entre los expertos es que carecen de tal efecto horizontal. Otra cosa es lo que se refiere al efecto de los derechos

fundamentales reconocidos por los Estados Miembros, que constituyen de algún modo un *acquis commun* de los ordenamientos jurídicos de dichos Estados, a los cuales no se les niega cierta influencia en las relaciones «horizontales» entre particulares, y por tanto su incidencia en los procesos civiles, lo que ha suscitado la crítica de los puristas de la autonomía del Derecho privado; sin embargo, el análisis de la jurisprudencia de los Estados Miembros muestra claramente que de los catálogos de derechos contenidos en las Constituciones de los Estados Miembros se desprenden derechos subjetivos no solo dirigidos contra el Estado, y se entiende que dichos catálogos constituyen un sistema de valores objetivo que permea todo el ordenamiento, incluido, por tanto, el Derecho privado. En todo caso, ese efecto horizontal no tiene por qué ser siempre directo (mediante la invocación de los derechos en un procedimiento civil), sino que puede ser también indirecto, a través de la interpretación judicial de las normas de Derecho privado inspirada por tales derechos fundamentales. Con todo, lo que el estudio muestra es que las jurisdicciones estatales actúan en este punto con un cierto grado de pragmatismo a la hora de atribuir valor a los derechos fundamentales en la resolución de los conflictos entre particulares y buscan cierto equilibrio entre la aplicación «horizontal» de los mismos y el respeto a la autonomía privada. El estudio también se detiene en la cuestión de los procedimientos de citación de las fuentes de derechos fundamentales que emplean los tribunales, con importantes diferencias entre unos Estados y otros, mostrándose unos más abiertos a la referencia a las normas internacionales y otros, en cambio, limitándose a la aplicación de las normas nacionales de reconocimiento. Otro punto importante del estudio es el referido a las instituciones que intervienen como principales actores en el proceso de constitucionalización del Derecho privado y aplicación de los derechos fundamentales en los procedimientos civiles, observándose una gran diferencia entre aquellos Estados que disponen de Tribunales Constitucionales con capacidad de intervenir como protectores de los Derechos fundamentales (en cuyo caso existen procedimientos especiales para hacer valer tales derechos en las controversias civiles, como es el caso del recurso de amparo en España) y aquellos otros en los cuales solo la jurisdicción ordinaria está en condiciones de actuar y entonces se debe acudir a mecanismos de compensación ante la ausencia de procedimientos especiales al efecto. Significativamente se observa que en estos últimos casos el Convenio Europeo de Derechos Humanos es más utilizado como fuente normativa para producir ese efecto de constitucionalización del Derecho privado. Un último punto de especial relevancia que es analizado en esta parte del libro es el de la relación entre el juego de los derechos fundamentales y la armonización del Derecho privado europeo. Como decíamos más arriba, la aplicación de los derechos fundamentales se ha visto como un modelo relevante de armonización no-legislativa a través de la convergencia de decisiones jurisprudenciales. Sin embargo, paladinamente se reconoce que «*the armonising effect of fundamental rights must not be overestimated*» (p. 24). En un último punto dentro de esta primera parte, la obra da noticia sobre la relevancia del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) del Derecho privado europeo (como prolegómeno de un futuro Marco Común de Referencia político) en este proceso de adopción del punto de vista de los derechos fundamentales en la resolución de problemas del Derecho privado, y apunta que, puesto que este DCFR reconoce la importancia de los derechos fundamentales para la interpretación y aplicación de reglas de Derecho privado en diversas ocasiones, es previsible que se abra un espacio mayor de vínculo entre derechos fundamentales y Derecho privado; sin embargo, al día de hoy, el futuro de dicho DCFR como

documento de trabajo de cara a la armonización futura del Derecho privado europeo se ha oscurecido bastante tras la aparición de nuevos documentos que rebajan considerablemente su valor (el *Feasibility Study on a European Contract Law for Consumers and Business*, elaborado por el grupo de expertos sobre Derecho contractual europeo para empresarios y prácticos jurídicos, última versión de 19 de agosto de 2011; y el Proyecto de Reglamento sobre un Derecho común europeo de Compraventa [COM (201) 635 final]). Esa afirmación del libro hay que ponerla, pues, hasta cierto punto en cuarentena.

La segunda parte del volumen (al igual que la tercera) se corresponde con la tercera fase de elaboración del proyecto FRAP, es decir, está referido a la selección de casos que pueden resultar identificativos de buenas prácticas en el campo que nos ocupa que pudieran resultar de alguna utilidad para los jueces de los Estados miembros en orden a una más precisa consideración de los derechos fundamentales en el marco de los problemas del Derecho privado, así como, al mismo tiempo, una mayor armonización de los contenidos del Derecho privado a nivel europeo. Esta segunda parte se dedica a analizar el impacto de la doctrina de los derechos fundamentales en áreas clave del Derecho privado, estableciendo una serie de «puntos calientes» o áreas de referencia en que esto se produce con mayor intensidad. Con acierto se dice en el libro que, como demuestran los estudios de Derecho comparado, el impacto, directo o indirecto, de los derechos fundamentales puede observarse en una gran cantidad de tipos de casos jurídicos, que cubren casi la totalidad de las áreas del Derecho privado. Pero en este libro la selección de casos se limita a cinco grandes esferas —que, en realidad, se identifican con los grandes capítulos de la parte especial del Derecho civil de la Pandectística: contrato, responsabilidad extracontractual, derechos reales, familia y herencia—. Cada uno de esos ámbitos es estudiado con detalle en este capítulo del libro, con una estructura similar en cada uno de ellos: se exponen los principales problemas dogmáticos, se identifican los «puntos calientes» en que puede hacer acto de presencia en la resolución de casos por los Tribunales nacionales la problemática de los derechos fundamentales, y se presentan finalmente una serie de casos escogidos de las jurisprudencias nacionales para ofrecer una panorámica suficientemente amplia del campo temático tratado. Naturalmente, entre unos campos y otros hay importantes diferencias, porque no en todos ellos se produce el mismo impacto, o con la misma intensidad, de la doctrina de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, dentro del Derecho de obligaciones, en Derecho de la responsabilidad civil es mucho más receptivo a la aplicación del efecto «horizontal» de los derechos fundamentales que el Derecho de contratos, si bien el mayor influjo se detecta, obviamente, en el marco del Derecho de familia. En muchos casos, la vía de penetración del derecho fundamental es la existencia en los ordenamientos nacionales de cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados. La selección de casos parece bastante adecuada y ofrece una impresión de estudio riguroso de las distintas opciones presentes en el Derecho comparado para escoger aquellos que podrían proyectar una imagen más precisa del juego de los derechos fundamentales en cada ámbito normativo. En este sentido, si bien no nos parece que dicha selección vaya a hacer grandes aportaciones a los jueces nacionales en cuanto a los modos de resolver los problemas de Derecho privado en que algún derecho fundamental se encuentre implicado, sin embargo, proporciona un excelente material ya filtrado para la docencia y la investigación futura en esta materia.

Por fin, la tercera parte del libro continúa en esta línea de exposición de los resultados de la tercera fase del proyecto, y esta vez se trata de la presentación de una serie de casos-tipo (tomados ciertamente de la jurisprudencia de los Estados Miembros de la UE, pero convenientemente generalizados) de implicación de derechos fundamentales en relación con cuestiones de Derecho privado, en ocasiones con la coexistencia de diversos derechos fundamentales confrontados, convirtiendo dichos supuestos en genuinos «casos difíciles» conforme a la teoría jurídica argumentativa hoy en boga. Los casos así preparados son cuatro, y se refieren a cuestiones relativas a las cláusulas de no-competencia de un agente en casos de contrato de agencia, contratos de tenencia y explotación de negocio con obligación de pertenencia a una asociación de comerciantes, cambio de diseño arquitectónico por imposición del contratista, y supuestos de secreto profesional médico. Todos ellos se presentan de igual manera, divididos en tres partes: 1) la decisión por parte de los tribunales nacionales (si para el Estado Miembro el caso es relevante y existe una solución jurídica al respecto); 2) la aplicación de reglas de Derecho privado exclusivamente (o si el tribunal estatal deberá hacer referencia a los derechos fundamentales en sus líneas argumentativas), y 3) la cita de derechos fundamentales (y, en su caso, a partir de qué fuentes concretas). Los resultados que arroja el estudio del Derecho comparado son, a nuestro modo de ver, bastante magros, en el sentido de que lo que viene a decirse es que la posición al respecto de las jurisprudencias de los Estados Miembros es muy variada y difícilmente pueden detectarse líneas de solución claramente coincidentes o dominantes en ninguno de ellos que puedan señalar con claridad un amplio recurso a los derechos fundamentales, y particularmente a la normativa internacional al respecto.

El libro se cierra con Anexos conteniendo el texto (en versión inglesa) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000). En las primeras páginas hay prólogos de Vivianne Reding (Vicepresidenta de la Comisión Europea y titular de la Cartera de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía) –lo cual parece lógico, ya que esa institución es la que promovió el estudio– y del Profesor Andrzej Zoll (Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Cracovia y ex presidente del Tribunal Constitucional polaco) –lo que ya no es tan lógico, puesto que no se trataba más que de un miembro más de la comisión redactora y no parece que en la misma desempeñara un papel especialmente relevante, salvo quizá por el hecho de que esa Universidad albergara el primero de los simposios organizados para discutir los casos con jueces y expertos para determinar los problemas prácticos del recurso a los derechos fundamentales en los procesos civiles. A este respecto resulta aún más llamativa la inserción de este segundo prólogo, si se tiene en cuenta que en él se hacen afirmaciones que resultan dudosamente aceptables desde el punto de vista del principio de neutralidad religiosa del Estado liberal que informa también la constitución de la Unión Europea. Pero sin duda aquí tanto el profesor Zoll como los editores del volumen podrán ampararse en el derecho fundamental a la libertad ideológica y de expresión y difusión de ideas, de modo que, aunque podamos no estar de acuerdo con tales afirmaciones, no las pondremos aquí en cuestión.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid

Congreso internacional: «Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva» (Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 20 y 21 de octubre de 2011)

Los pasados 20 y 21 de octubre, el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona fue la sede del Congreso Internacional «Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva», organizado por los Proyectos de investigación DER 2008-03992 y 2009 SGR 221, dirigidos por el Prof. Ferran Badosa Coll (Universidad de Barcelona). Con esta son tres las veces que dicho grupo de investigación ha propuesto un debate público e interdisciplinario sobre los derechos reales de garantía. Con todo, a diferencia de las anteriores ediciones, focalizadas en las garantías de tipo mobiliario (2005 «Garantías reales mobiliarias en Europa», 29 y 30 de septiembre, Universidad de Barcelona, y 2008 «Garantías reales mobiliarias: Modelos y perspectivas», 17 y 18 de abril, Colegio de Registradores de Barcelona), el encuentro de este año ha abarcado también las garantías inmobiliarias. Se trataba de una ampliación necesaria, dado el contexto actual de recesión del mercado hipotecario. De hecho, para abordar el problema desde la raíz –el colapso norteamericano del 2007– se encargó al Sr. Emiliano González Mota que expusiera, desde la Dirección General Adjunta de Asuntos Internacionales del Banco de España, las perspectivas de reforma del financiamiento de la vivienda impulsadas por el Fondo Monetario Internacional y los Estados Unidos de América.

Aunque la actividad del legislador europeo en materia de garantías se ha intensificado en los últimos tiempos, el objetivo general de armonización y modernización de este ámbito del Derecho comunitario solo se ha alcanzado plenamente con relación a las garantías financieras (Directivas 2002/47/CE, de 6 de junio, y 2009/44/CE, de 6 de mayo). Para comprender el verdadero significado de dicha regulación era necesario contar con especialistas avezados en las específicas prácticas de los mercados financieros. Su análisis quedó dividido en tres intervenciones: el Prof. Emilio Díaz Ruiz (Universidad Complutense de Madrid) expuso los efectos de la transposición española de la Directiva 47/2002; el Prof. Ángel Carrasco Perera (Universidad de Castilla-La Mancha) fue el encargado de delimitar el impacto en nuestro país de la Directiva 2009/44/CE, de 6 de mayo, que, entre otras previsiones, amplía los bienes inmateriales susceptibles de conformar el objeto de las garantías financieras; finalmente, el Prof. Francisco Garcimartín Alférez (Universidad Autónoma de Madrid) abordó los problemas de Derecho internacional privado que suscita la aplicación de la normativa citada. Aún en relación con el Derecho comunitario, el Congreso se hizo eco de la reciente Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 de marzo de 2011. El doble objetivo de la Propuesta –favorecer la estabilidad financiera y proteger satisfactoriamente a los «consumido-

res» de créditos hipotecarios— fue analizado escépticamente por la Prof. Elena Lauroba Lacasa (Universidad de Barcelona).

La internacionalidad del acto transluce en las intervenciones de expertos provenientes de diversos países y tradiciones jurídicas. El Prof. Ulrich Drobnig (Max-Planck-Institut, Hamburgo) fue el encargado de realizar la lección inaugural, que versó sobre el *Book IX* del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR, 2009), instrumento de *soft law* que prevé un régimen general de garantías mobiliarias no posesorias para Europa. Pese a no ser Derecho aplicable, los principios rectores del *Book IX* DCFR han empezado ya a inspirar iniciativas nacionales de modernización legislativa. Sobre la belga, incluso antes de ser presentada oficialmente, informó uno de sus promotores, el Prof. Frédéric Georges (Universidad de Lieja). El *Book IX* DCFR pretende instaurar un sistema de garantías «funcional», es decir, un régimen jurídico que sirva de soporte a todos los mecanismos que tengan como finalidad la afectación de bienes muebles al cumplimiento de una obligación, con independencia de su manifestación externa o formal. El *Book IX* sigue, en este sentido, la estela del influyente régimen norteamericano de garantías *ex art. 9 Uniform Commercial Code* (UCC). Precisamente, el influjo del art. 9 UCC en los países latinoamericanos fue el tema de la ponencia del Prof. Boris Kozolchik (Universidad de Arizona), quien defendió que las diferencias entre los sistemas jurídicos de Derecho continental y el Derecho anglosajón en materia de derechos reales se desvanecen si son reconducidas a su mínimo común denominador: el concepto de *iura in re aliena* propio del Derecho romano clásico, que permite la coexistencia de derechos reales sobre un mismo bien. También desde la experiencia del Derecho italiano, los Prof. Enrico Gabrielli (Universidad de Roma «Tor Vergata») y Michele Graziadei (Universidad de Turín) reconocieron la corriente actual de prevalencia de la sustancia o función de los mecanismos jurídicos sobre su forma o *nomen*. De hecho, la exposición del propio Prof. Ferran Badosa Coll demostró cómo una especificidad del Derecho catalán, el usufructo en garantía (arts. 561-3.2.c y 561-16.1.g CcCat.), constituye una clara manifestación de dicha tendencia. Se confirmaba una idea de partida: contraponer el Derecho nacional a otros modelos contribuye a reafirmar sus aciertos, a detectar sus carencias y a racionalizar su desarrollo.

A nivel estatal, las propuestas para revisar la legislación del sector se han sucedido en los últimos meses: a las mediáticas iniciativas parlamentarias en materia de dación en pago, hay que sumar algunas decisiones judiciales polémicas (significativamente, los Autos de la AP Navarra, de 17 de diciembre de 2010 y de 28 de enero de 2011, del TC, de 19 de julio de 2011, y de la AP Gerona, de 16 de septiembre de 2011), la actividad de urgencia del Gobierno español (especialmente, mediante el *Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios...*) y las leyes aprobadas por las Cortes Generales justo antes de su última disolución (*Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal* y *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*).

El análisis de esta legislación se encomendó a especialistas de todos los ámbitos de la vida jurídica de nuestro país. El Sr. José Luis Valle Muñoz (Registrador de la propiedad y Director del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña) propuso un análisis crítico de la regulación de la «hipoteca recargable», una de la novedades introducidas por la *Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario*. El Prof. Ángel Serrano de Nicolás (notario de Barcelona) denunció los defectos de los procedimientos

extrajudiciales de ejecución hipotecaria vigentes y planteó su revisión, abogando por la admisión, dentro de ciertos límites, del pacto marciano. Por su parte, el Prof. Andrés Domínguez Luelmo (Universidad de Valladolid) alertó al auditorio de que la reforma de la LEC operada por el *Real Decreto-Ley 8/2011* comporta una revisión integral del procedimiento de ejecución, y ello aunque sobre el particular la única finalidad confesada de la norma sea la protección del deudor hipotecario incumplidor a quien ejecutan la vivienda. Las intervenciones sobre el Derecho nacional se cerraron con el estudio crítico del Prof. José Ramón García Vicente (Universidad de Salamanca) sobre las recientes modificaciones de la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, introducidas por la *Ley 38/2011, de 10 de octubre*.

Jaume TARABAL BOSCH
Universitat de Barcelona