

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica

Coordinación: Esther Arroyo Amayuelas. Colaboran: Miriam Anderson, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, Guillem Cano Palomares, Martin Ebers, Mirko Faccioli, María Paz García Rubio, Cristina González Beilfuss, César Hornero Méndez, Alejandra de Lama Aymà, José Antonio Martín Pérez, Sonia Martín Santisteban, Barbara Pasa, Javier Pou de Avilés Sans, Paloma Saborido Sánchez, Héctor Simón Moreno, Mauro Tescaro, Belén Trigo García, Stefano Troiano.

SUMARIO: Presentación.–EDITORIAL: «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (Comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)» (María Paz García Rubio).–RAPPORTS NACIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO Y COMPARADO: Alemania (Martin Ebers), España (Esther Arroyo i 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 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 responsabilidad. 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.–Schulze, Reiner (ed.): *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden, C.H. Beck - Hart-Nomos, 2012 (Esther Arroyo i Amayuelas).–Cámara Lapuente, S. (dir.) - Arroyo Amayuelas, E. (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre Derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho Europeo de La compraventa de octubre de 2011)*, Madrid, Civitas, 2012 (Paloma Saborido Sánchez).–Conti, Natalia: *Grenzüberschreitende Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in Europa. Eine Untersuchung der neuen EG- Unterhaltsverordnung*, Munich, Sellier, 2011 (Cristina González Beilfuss).–Lurger, Brigitta - Faber, Wolfgang (eds): *Acquisition and Loss of Ownership of Goods (Principles of European Law)*, Munich, Sellier, 2011 (José Antonio Martín Pérez).–Santucci, Gianni: *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 2010 (César Hornero Méndez).–Artz, Markus (Hrgs.): *Entwicklungen im Verbraucherprivatrecht-Deutschland und Europa. Symposium aus Anlass der Verabschiedung von Prof. Dr. Dr. h.c Peter Büllof*, Heidelberg, Müller, 2007 (Esther Arroyo Amayuelas).

Presentación

Esta 17.^a crónica se cierra el 15 de noviembre de 2012. La fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión Europea, el TJUE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Diario Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, entre otros.

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

Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO*

I. EL PROBLEMA PLANTEADO

La STJUE de 16 de junio de 2011¹ trata de dar respuesta a una cuestión que no resulta evidente en la letra de la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, cual es la de decidir si la responsabilidad del vendedor ante el consumidor por falta de conformidad del bien entregado incluye, cuando el saneamiento se produzca a través de la sustitución del bien, la obligación de retirar el bien no conforme que haya sido instalado por el propio consumidor después de la entrega, así como la de instalar el bien conforme entregado en sustitución del defectuoso (o, en su caso, sufragar los costes de ambas obligaciones). A mayores y para el caso de que la pregunta anterior reciba una respuesta positiva, se cuestiona si esas obligaciones son exigibles al vendedor incluso en el caso de que, siendo imposible la reparación del bien defectuoso, los costes de retirada e instalación sean claramente desproporcionados en relación con el valor del bien.

El problema tiene su origen en dos asuntos surgidos en los tribunales alemanes y que finalmente fueron acumulados por el Tribunal de Justicia. En el primero de ellos, el Sr. Wittmer y la empresa Hermanos (Gebrüder) Weber

* Catedrática de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela. El presente comentario ha sido realizado contando con una Ayuda del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas, subvencionado por la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y el FEDER.

¹ Asuntos acumulados C-65/09 (Gebrüder Weber GmbH y Jürgen Wittmer) y C-87/09 (Ingrid Putz y Medianess Electronics GmbH).

realizaron un contrato de compraventa sobre unas baldosas pulidas al precio de 1.382,27 euros. Cuando llevaba colocado alrededor de dos tercios de dichas baldosas en su casa, el comprador, Sr. Wittmer, detectó en las baldosas unos sombreados que se percibían a simple vista, por lo que presentó la pertinente reclamación a la empresa vendedora. El perito designado en el litigio dictaminó que los sombreados eran restos de lijado que no podían desaparecer, de modo que la reparación era imposible, por lo que la sustitución por otras baldosas libres de defectos parecía la única forma de saneamiento disponible; el mismo perito estimó que los gastos de levantar las baldosas instaladas, entregar y colocar unas nuevas ascendían a 5.830,57 euros. Tras dos sentencias discrepantes, el asunto llegó al Bundesgerichtshof que, ante el tenor literal del § 439.3 BGB, en relación con el artículo. 3.3 de la Directiva 1999/44, acordó suspender el curso de las actuaciones y plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Para sentar las bases del problema, conviene dejar ya constancia del texto de ambas normas.

El artículo 3 de la Directiva, en los párrafos que aquí interesan, bajo la rúbrica «Derechos del consumidor», establece (cursiva añadida):

1. El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien.

2. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6.

3. En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado. *Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables*, teniendo en cuenta: el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, –la relevancia de la falta de conformidad, y– si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor. Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor.

4. La expresión «sin cargo alguno» utilizada en los apartados 2 y 3 se refiere a los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales (...).

Por su parte, el § 439 BGB, bajo la rúbrica «Corrección del cumplimiento» («Nacherfüllung») dispone (cursiva añadida):

1. El comprador podrá, a su elección, en concepto corrección del cumplimiento, solicitar la reparación del defecto, o bien la entrega de un bien libre de defectos.

2. El vendedor deberá hacer frente a los gastos necesarios para la corrección del cumplimiento, en particular, al coste relativo al transporte, a las comunicaciones, a la mano de obra y a los materiales.

3. [Sin perjuicio de lo dispuesto en el § 275, apartados 2 y 3] *El vendedor (...) podrá negarse a la forma de corrección del cumplimiento elegida si esta solo es posible con gastos desproporcionados. Deberá tenerse en cuenta especialmente el valor del bien libre de defectos, la importancia del defecto y si es posible la otra forma de ejecución a posteriori sin inconvenientes mayores para el comprador. En tal caso, el derecho del comprador se limitará a la otra forma de ejecución a posteriori; el vendedor conservará el derecho a negarse igualmente a esta forma si concurren los requisitos de la primera frase.*

4. En el supuesto de que el vendedor entregara un bien no defectuoso a modo de ejecución a posteriori, podrá exigir del comprador la restitución del bien defectuoso (...).

En el segundo de los casos mencionados, la Sra. Putz y Medianess Electronics celebraron a través de Internet un contrato de compraventa de un lavavajillas por 367 euros, más gastos de entrega por valor de 9,52 euros. Las partes acordaron que la entrega se produciría delante de la casa de la Sra. Putz, lo que se produjo al mismo tiempo que el pago del precio pactado. Después de que la Sra. Putz hubiese instalado el aparato se comprobó que este era defectuoso y que no era posible la reparación, por lo que procedía la sustitución por uno nuevo. La Sra. Putz exigió entonces que el vendedor, además de entregar un lavavajillas nuevo, procediese a la retirada del defectuoso y a la instalación del entregado en sustitución, o bien que sufragara los gastos de retirada y nueva instalación. En este caso, fue el primer tribunal en conocer del asunto quien entendió que podía haber alguna discrepancia entre el Derecho alemán y la Directiva, ya que el primero no dispone que el vendedor no culposo que no haya asumido contractualmente esta obligación esté obligado a retirar el bien defectuoso e instalar uno nuevo, ni siquiera en el caso de que el consumidor haya hecho una instalación del bien defectuoso adecuada a su finalidad, mientras que del artículo 3.3. de la Directiva puede derivarse la impresión contraria, toda vez que si no se le reembolsan al consumidor los gastos de retirada y nueva instalación, el consumidor soportará gastos extras (particularmente, los de dos instalaciones en lugar de una). Ante esta duda, el Amtsgericht acordó suspender el procedimiento y plantear cuestión prejudicial al TJUE.

La similitud de ambas cuestiones justificó su acumulación; finalmente fueron resueltas, como ya se ha dicho, por la STJUE de 16 de junio de 2011. Se trata de una sentencia que ha causado un gran revuelo en Alemania, sobre todo porque la decisión finalmente adoptada por el tribunal europeo convertía en papel mojado la jurisprudencia del BGH existente sobre la materia². No debe extrañar pues el abundante rimerero de comentarios generados por la literatura jurídica alemana sobre la citada resolución judicial, lo que contrasta con la poca atención que, pese a su importancia, ha merecido hasta ahora a nuestra doctrina, si bien es cierto que, como trataré de mostrar a continuación, la situación en Derecho español no es idéntica a la derivada de la aplicación literal del BGB.

² LORENZ, S., «Ein- und Ausbaupflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung. Ein Paukensschlag aus Luxemburg und Seine Folgen», *NJW*, 2011, pp. 2241-2245, esp. p. 2241.

II. LA DECISIÓN DEL TJUE

Sucintamente, la decisión sobre los dos asuntos mencionados, tal y como se resume en el apartado 62 de la sentencia, señala que los artículos 3.2 y 3.3 de la Directiva 1999/44 deben interpretarse en el sentido de que, si un bien de consumo no conforme hubiera sido instalado de buena fe por el consumidor antes de que se manifestase el defecto y, posteriormente, hubiera sido puesto en conformidad mediante su sustitución, el vendedor estará obligado a proceder por sí mismo a la retirada de ese bien del lugar en el que hubiera sido instalado y a colocar en ese lugar el bien de reemplazo, o bien a cargar con los gastos necesarios para dicha retirada y para la instalación del nuevo bien. Esta obligación del vendedor existe, añade el Tribunal, independientemente de si, en virtud del contrato de compraventa, este se hubiera comprometido a instalar el bien de consumo comprado inicialmente. Debo señalar ahora que en ninguno de los dos casos que dieron origen a la decisión el contrato incluía la obligación del vendedor del instalar el bien objeto del contrato, cuestión sobre la he de volver más adelante. También matizo, por su importancia, que, como señala el apartado 57 de la sentencia, esa obligación del vendedor existe aun cuando, como parecía ocurrir en las situaciones enjuiciadas, no pueda imputarse a ninguna de las dos partes contratantes una actuación culposa.

La sentencia se alinea así con la opinión de la Comisión, similar a la de los gobiernos español y polaco, según la cual la sustitución debe efectuarse de tal manera que el nuevo bien se coloque en la misma situación en que se encontraba el bien defectuoso, con independencia de los costes que ello ocasione y siempre, eso sí, que el bien no conforme hubiera sido inicialmente instalado de acuerdo con su naturaleza y finalidad. Contradice, sin embargo, la opinión del Abogado General, Sr. Ján Mazák, que en sendas conclusiones a los dos Asuntos citados, presentadas el 18 de mayo de 2010, se situaba más bien en la tesis de los gobiernos alemán, belga y austriaco, según la cual el término «sustitución» contenido en el artículo 3.2 de la Directiva, se refiere únicamente a la entrega de un bien conforme al contrato de compraventa y, por consiguiente, de él no puede derivar la imposición de obligaciones al vendedor que no hubieran estado previstas en dicho contrato. Estima que las obligaciones del vendedor no pueden ampliarse de modo que incluyan la retirada de los bienes defectuosos que han sido utilizados por el consumidor después de la entrega, añadiendo como argumento que sería difícil que el vendedor pudiese prever el uso que un consumidor puede hacer de los bienes una vez entregados, pues aunque dicho uso pueda ser conforme con su naturaleza y finalidad, los costes de retirada del mismo producto pueden variar mucho de un supuesto a otro. A juicio del Abogado General los derechos del consumidor reconocidos por la Directiva han de limitarse a las obligaciones contraídas por el vendedor en el contrato de compraventa y deben interpretarse en función de los derechos y obligaciones estipulados en dicho contrato. Ello no quiere decir que el vendedor no haya de responder en ningún caso de otro tipo de consecuencias dañosas derivadas del cumplimiento defectuoso o de los daños resultantes, si bien esa responsabilidad queda al margen de la Directiva y será exigible con arreglo a la normativa correspondiente³ en materia de responsabilidad por daños y perjuicios, siempre que concurran los requisitos pertinentes, entre ellos, señaladamente, la culpa del deudor (que no parecía suceder ni en Weber ni en Putz)⁴.

³ En los casos de origen, el Derecho alemán.

⁴ No debe extrañar que, por ejemplo, para SCHULTE-NÖLKE, H, «Der EUGH gestaltet das Kaufrecht radikal um», *ZGS*, 7/2011, p. 289, la decisión del TJUE suponga una

Tan divergentes opiniones nacen del alto nivel de vaguedad que presenta el texto de la Directiva en torno al alcance del deber de sustitución del vendedor, problema que se ve además agravado por el distinto campo semántico de sus diversas versiones lingüísticas. En efecto, tanto el apartado 54 de la sentencia del TJUE, como una de las conclusiones del Abogado General (párrafo 44 en las del Asunto Weber y 45 en las del Asunto Putz) hacen referencia al hecho de que el término usado en algunas lenguas para significar la sustitución del bien no conforme parece aludir a la operación sustitutoria en su integridad, obligando al vendedor a llevar a cabo todo lo necesario para realizar dicha operación de modo satisfactorio para el comprador; así sucede en las lenguas española (sustitución), inglesa (replacement), francesa (remplacement), italiana (sostituzione), neerlandesa (vervanging) y portuguesa (substituição). Por el contrario, en otras versiones lingüísticas y particularmente en la versión alemana el término «Ersatzlieferung» («suministro de reemplazo») parece sugerir una interpretación más restrictiva⁵.

Tampoco la Directiva es suficientemente precisa en torno a los límites que pueda tener el derecho del consumidor a pedir la sustitución del bien no conforme. Sobre ello se detiene también la STJUE cuando señala que mientras que el párrafo primero del artículo 3.3 de la Directiva se formula de manera suficientemente abierta como para poder englobar los casos en los que la exigencia de sustitución del bien (entendida en su sentido más amplio) sea desproporcionada en relación con cualquier otro remedio a disposición del consumidor, esto es, la llamada «desproporción absoluta», lo cierto es que el párrafo segundo del mismo artículo 3.3 al establecer cuándo se ha de considerar desproporcionada una forma de saneamiento lo hace exclusivamente en relación con «la otra forma de saneamiento», esto es, con la reparación, limitándolo así a los casos de la llamada «desproporción relativa». Sin embargo, también aquí existe un problema de discrepancia entre las distintas versiones lingüísticas de la Directiva, en concreto, cuando su Preámbulo explica en el Considerando número 11 el alcance de la desproporción. Así, se reconoce que en las versiones en inglés, francés, italiano, neerlandés y portugués se alude también en singular a la otra forma de saneamiento; por el contrario en la versión alemana –y lo que, por cierto, pasa desapercibido al TJUE, en la versión española de dicho Considerando– la concreción de cuándo una forma de saneamiento es desproporcionada se produce cuando «impone gastos que no son razonables en relación con otras formas de saneamiento», plural que parece incluir la comparativa tanto con la reparación, como con la rebaja del precio y la resolución.

Conviene dejar ya apuntado que esta segunda fue, sin duda, la interpretación que el legislador alemán consideró más adecuada, pues como se ha transcrito más arriba, el § 439 BGB incluye en el término «costes desproporcionados» tanto los referidos a la desproporción absoluta, como a la relativa. No ha de extrañar pues la intensidad de la reacción que la sentencia del TJUE ha provocado en la doctrina alemana, en general más conforme con la interpretación de la Directiva consagrada en su ordenamiento y reconocida por la

verdadera sorpresa y vaya a traer consigo un giro radical en el derecho de la compraventa, al desdibujar las fronteras entre responsabilidad objetiva por falta de conformidad, y la responsabilidad por daños y perjuicios, basada en la culpa.

⁵ También en la eslovaca se usa el término «sa...nahradi» de alcance similar al alemán. Insiste en el distinto alcance del término en las diferentes lenguas, KRESSE, B., «Anmerkung zu Hugh C-65/09 (Gebr. Weber GmbH/Wittmer) u. C-87/09 (Putz/Medianess Electronics GMBH v. 16.6.2011)», *ERPL*, 1-2012, pp. 255-262, esp., pp. 256-257.

jurisprudencia interna⁶. Conviene apuntar ya que el legislador español en su normativa de consumidores, a diferencia del alemán, no atendió al Considerando número 11 y se limitó a seguir el dictado en singular del artículo 3.3 de la Directiva; así, el vigente artículo 119.1 del TRLGDCU comienza diciendo que:

«Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada [...]»

A lo que hay que añadir el inicio del párrafo segundo del mismo artículo, conforme al cual:

«Se considerará desproporcionada la forma de saneamiento que en comparación con la otra [...]»

El derecho del consumidor parece limitado, por tanto, únicamente en caso de desproporción relativa; sin embargo, un análisis de la práctica de nuestros tribunales parece poner en evidencia que en un buen número de casos se rechaza la forma de saneamiento exigida *prima facie* por ser desproporcionada, no solo en relación con la otra de la primera jerarquía, sino también por serlo en relación con la rebaja del precio o incluso con la resolución⁷.

En fin, el tribunal llega a la conclusión de que el legislador de la Unión, en la Directiva 1999/44, pretendió otorgar al vendedor el derecho a negarse a la reparación o a la sustitución del bien defectuoso únicamente en caso de imposibilidad o de desproporción relativa, pero no en caso de desproporción absoluta. Por ello, añade que, cuando solo resulte posible una de estas formas de saneamiento, el vendedor no puede negarse a ejecutar la única otra forma posible; en caso de que esta sea la sustitución deberá además hacerse cargo de todos los gastos que acarree; ha de entenderse, además, la sustitución en su sentido más amplio, incluyendo, si proceden, los gastos de retirada y nueva instalación, aunque la instalación por parte del vendedor no hubiera estado prevista en el contrato. Ello supone, como veremos a continuación, cargar sobre el vendedor, incluso cuando no le sea imputable el incumplimiento, daños sufridos por el consumidor con posterioridad a la entrega, aspecto que merece pormenorizado comentario.

Consciente de lo gravosa que puede llegar a ser para el vendedor esta inteligencia de la Directiva, termina diciendo el tribunal que su artículo 3.3, no se opone a que el derecho del consumidor al reembolso de los gastos rela-

⁶ LORENZ, *NJW*, 2011, p. 2241; BÜDENBENDER, U. - BINDER, M., «Der Umfang des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs nach § 439 BGB im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zu Aus- und Einbaukosten», *Der Betrieb*, 05.08.2011, 31, pp. 1736 ss.

⁷ Véanse, por ejemplo, los casos citados por TORRELLES TORREA, E., comentario al artículo 119 TRLGDCU en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), 2011, pp. 1094-1095; la propia autora, al comentar el artículo 119.2 TRLGDCU parece olvidar que el texto menciona únicamente la desproporción relativa y señala que una forma de saneamiento es desproporcionada cuando impone gastos que no son razonables en comparación con otras formas de saneamiento.

tivos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación del bien de sustitución se limite, en caso necesario, a una cantidad proporcional a la importancia de la falta de conformidad y al valor que tendría el bien si fuera conforme, dejando una puerta abierta para limitar el alcance de la responsabilidad del vendedor en el caso de que tales gastos fueran muy abultados. Señala, eso sí, que la posibilidad de proceder a tal reducción no puede dar lugar, en la práctica, a que quede sin sustancia el derecho del consumidor al reembolso de tales gastos cuando este hubiera instalado de buena fe y conforme a su naturaleza y finalidad el bien defectuoso. Añade finalmente que si es procedente tal reducción en el reembolso, debe reconocerse al consumidor la posibilidad de exigir, en lugar de la sustitución del bien no conforme, una reducción adecuada del precio o la resolución el contrato.

III. LA CUESTIÓN EN OTROS TEXTOS DEL MODERNO DERECHO CONTRACTUAL

Para calibrar el alcance de la decisión Weber/Putz es oportuno situarla en el contexto general de los remedios puestos a disposición del comprador en caso de incumplimiento, para lo cual voy a traer a colación los textos de derecho contractual que vienen siendo considerados paradigma de las más recientes y mejores soluciones en la materia.

Simplificando bastante, la doctrina comparatista suele señalar que, en principio, existe en este punto una diferencia notable entre los sistemas del common law y los del civil law, pues mientras en estos últimos la exigencia del cumplimiento específico es el remedio primario en caso de incumplimiento (así ocurre, por ejemplo en Derecho español), esto no sucede en los primeros, en los que la exigencia de cumplimiento solo procede en los casos en los que no resulta adecuada la indemnización de daños⁸. Aunque también se suele destacar que en la los resultados a los que se llega en ambos sistemas terminan siendo muy parecidos, al menos en apariencia parece que la solución del civil law ha sido la preferida en los textos internacionales y europeos que vienen siendo referencia del moderno derecho contractual. Veamos hasta dónde y con qué consecuencias.

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías no trata de manera directa nuestro problema, aunque sí reconoce en su artículo 45.1 que si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá: a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52; b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77. Precisamente el artículo 46 alude a la sustitución (modalidad del cumplimiento específico) cuando después de señalar en su párrafo primero que el comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia, establece en el segundo que si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquellas solo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías

⁸ SCHELHAAS, H., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial contracts (PICC)*, VOGENAUER, S.- KEINHEISTERKAMP, J. (eds.), 2009, p. 784.

se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento. Además, según el párrafo tercero del propio artículo 46, si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, *a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias*⁹. Aunque no se diga expresamente nada parecido en relación con la sustitución, la doctrina considera que el interés del comprador en cualquier modalidad de cumplimiento específico debe tomar en cuenta también el interés del vendedor y con ello la existencia de costes imprevisibles, de modo que si existe una gran disparidad entre el interés del comprador y los gastos del vendedor, decae el derecho del primero a exigir ese gravoso cumplimiento¹⁰. Ninguno de los preceptos establece la relación entre las dos formas de saneamiento derivadas del derecho a exigir el cumplimiento específico de una prestación no conforme, ni tampoco entre estas y los otros posibles remedios disponibles para el comprador en caso de incumplimiento, aunque los comentaristas estiman que si se dan las precondiciones exigibles para cada uno de los remedios¹¹, el comprador puede elegir cualquiera de ellos (por tanto también la indemnización de daños o la resolución), con los límites derivados de la imposibilidad o la irrazonabilidad.

Por su parte, los Principios Lando o Principios de Derecho europeo de contratos dedican su artículo 9:102 a regular los remedios disponibles por el acreedor ante el incumplimiento de obligaciones no pecuniarias. Establece en su párrafo primero que la parte perjudicada tiene derecho a reclamar el cumplimiento en forma específica de las obligaciones no pecuniarias y a la reparación del cumplimiento defectuoso de las mismas. Sin embargo, el párrafo segundo matiza que el cumplimiento en forma específica no podrá obtenerse, entre otras razones cuando: (a) [...] resulte ilícito o imposible; (b) [...] fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables. Como se deduce de esta última excepción, el eventual derecho a exigir la sustitución del bien no conforme no sería exigible en caso de «*gastos o esfuerzos irrazonables*» lo cual, como en el caso de la Convención de Viena, parece ponerlo en relación con todos los posibles remedios a disposición del acreedor; o lo que es lo mismo, incluyendo también los casos de «desproporción absoluta»¹².

También los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales consagran en el artículo 7.2.2, relativo al cumplimiento de obligaciones no dinerarias, el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento específico. Este precepto dispone que si una parte no cumple, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que: (a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible; (b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa [...]. Así pues, el derecho al cumplimiento específico se establece como remedio primario¹³, pero, al igual que sucede en los

⁹ La cursiva es añadida por mí.

¹⁰ MÜLLER-CHEN, M., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.ª ed., 2010, p. 709.

¹¹ Establecidas en el artículo 46 (derecho a exigir el cumplimiento específico), artículo 49 (resolución del contrato) y artículo 50 (reducción del precio).

¹² Téngase también en cuenta que según el artículo 9:503 Previsibilidad: «La parte que incumple solo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente».

¹³ A pesar de que esta prioridad es en principio conforme con la tradición del civil law y contraria a la del common law, SCHELHAAS, 2009, p. 784 destaca que el texto del

Principios Lando, este derecho en cualquiera de sus modalidades¹⁴ no puede ser exigido por el acreedor si resulta excesivamente gravoso u oneroso para el deudor en relación con (*todos*) los otros remedios disponibles.

Similar es la regulación contenida en el DCFR donde, conforme a lo establecido en el artículo III - 3:302, el acreedor tiene derecho a exigir coactivamente el cumplimiento específico de una obligación que no consista en el pago de dinero y este cumplimiento específico incluye la subsanación sin cargo alguno de un cumplimiento no realizado conforme a los términos que regulan la obligación. No obstante, añade el precepto que el derecho del acreedor al cumplimiento específico no es exigible cuando dicho cumplimiento fuera ilícito o imposible, o fuera irrazonablemente gravoso o costoso o el cumplimiento sea de una naturaleza personal tal que sería poco razonable reclamarlo. En los comentarios a este texto se pone de relieve que no puede establecerse una norma precisa respecto a qué se considera excesivamente oneroso o costoso, así como que el término oneroso no significa únicamente financieramente oneroso, sino que es más amplio y contempla cualquier cosa que suponga un esfuerzo desproporcionado o incluso algo que pudiera causar gran angustia, irritación o molestias a la otra parte contractual.

Por consiguiente, a pesar de que todos ellos parecen elevar a la condición de remedio primario a disposición del comprador insatisfecho el derecho a exigir el cumplimiento específico, también parece que según los textos mencionados hasta ahora sería inadmisibles que el comprador de un bien que haya resultado no conforme con lo pactado pueda exigir del vendedor la sustitución por otro libre de defectos, cuando esta supone una operación que incluye gastos tales como los derivados de la retirada del bien defectuoso y de la instalación del entregado en sustitución, los cuales, a la postre, derivan en una situación irrazonable por excesivamente gravosa, costosa u onerosa para el vendedor¹⁵.

artículo 7.2.2 de los Principios Unidroit representa un compromiso (middle ground) entre ambos sistemas, pues establece como regla el derecho a exigir el cumplimiento de acuerdo con la tradición, civil, pero recoge numerosas excepciones que limitan considerablemente tal derecho.

¹⁴ Entre ellas la sustitución, como señala el artículo 7.2.3 de los mismos Principios Unidroit (Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa): «El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda».

¹⁵ No me queda del todo clara la opción tomada por la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos presentada por la Sección civil de la Comisión General de Codificación en 2009. El que se presenta como artículo 1482 Cc señala que en caso de falta de conformidad, el comprador podrá por su sola declaración dirigida al vendedor, exigirle el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato, *además de poder exigir la indemnización de los daños y perjuicios, si procediere*; el precepto siguiente recuerda que el derecho al cumplimiento permite al comprador elegir entre que el vendedor subsane la falta de conformidad de la cosa o que entregue otra conforme con el contrato, añadiendo en su párrafo tercero que el vendedor «*correrá con los gastos de ejecución de la modalidad elegida*», entre los que incluye (pero sin excluir otros) los de transporte y los de mano de obra y materiales. Las normas generales de indemnización de daños acogen la resarcibilidad de los no dolosos según el criterio de su previsibilidad (art. 1208 de la Propuesta), mientras que según el mencionado artículo 1483.3 de la Propuesta, la posibilidad de que el comprador sea cargado con los gastos no contiene limitación alguna. Para mayor complicación, el artículo 1192 de la Propuesta reconoce que el acreedor no podrá exigir el cumplimiento de una obligación no dineraria si este resulta excesivamente oneroso para el deudor, lo que parece coherente con el primer párrafo del artículo 1484 de la Propuesta, que ya en materia de compraventa dice que «El vendedor puede oponerse a cualquier modalidad de cumplimiento que sea imposible, que sea excesivamente onerosa o que resulte desproporcionada»; aunque des-

Si, por el contrario, la sustitución se entiende en su sentido restringido de operación de reemplazo del bien, sin más aditamentos, los textos mencionados ponen a disposición del acreedor, además de la posibilidad de reclamarla, el derecho a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento¹⁶; pero se trata de un remedio distinto, compatible con la sustitución y que tiene sus propios presupuestos de aplicación como la culpa¹⁷ o la previsibilidad del daño¹⁸.

Frente a todos estos textos, la interpretación del artículo 3.3 de la Directiva 1999/44 dada por la STJUE Weber/Putz pone en evidencia el salto cualitativo que da el tribunal en beneficio del comprador del bien y en detrimento, por decirlo así, del vendedor¹⁹. Claro que, a diferencia de los textos anteriores, la Directiva se sitúa en un contexto de protección efectiva de los derechos del comprador-consumidor que, en caso de cumplimiento no conforme, da clara prioridad a las dos formas de ejecución específica frente a la reducción del precio o la resolución del contrato. La cuestión es si ese contexto justifica la extensión de las obligaciones del vendedor en los términos descritos, toda vez que esos gastos que se ve llamado a soportar se han producido a instancia del comprador y una vez entregado el bien. Téngase también en cuenta que la Directiva desistió de incluir en su texto toda referencia al resarcimiento de los daños²⁰, si bien reconoció la compatibilidad de los derechos que confiere con otros que el consumidor pueda invocar en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual (art. 8).

pués describa el carácter desproporcionado en términos relativos, aludiendo a la modalidad de cumplimiento alternativa, lo cierto es que el carácter excesivamente oneroso, por sí solo derivado de la norma general contenida en el artículo 1192, parece excluir la posibilidad de exigir la sustitución en casos como los descritos en Weber y Putz.

¹⁶ Artículos 45.1 (b) y 45.2 Convención de Viena; artículo 9:501 y concordantes de los Principios Lando; artículos 7.4.1 Principios Unidroit y III.-3:701 DCFR.

¹⁷ No parece considerar la exigencia de culpa, en el caso de la Convención de Viena, Müller-Chen, 2010, p. 698.

¹⁸ Precisamente aplaudiendo la decisión de la Directiva 1999/44, de no incluir la indemnización de daños y perjuicios en la garantía legalmente exigida, señalaba GÓMEZ, F. «Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica», *InDret*, octubre 2001 (disponible en www.indret.com) que es notablemente difícil para el vendedor estimar la probabilidad de que un defecto en el producto pueda causar un posterior daño económico al consumidor, así como la magnitud de este daño, estimando que los compradores están en mejor posición para realizar estas estimaciones y de este modo tomar las medidas más adecuadas para protegerse frente al riesgo de pérdida o desplazarlo mediante una póliza de seguro.

¹⁹ Salto que se produce justo en el sentido contrario al que pretendía hacer la fallida Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores (Bruselas, 8.10.2008 COM(2008) 614 final). En el artículo 26.2 de esta Propuesta la elección entre la reparación y la sustitución correspondía al vendedor comerciante, añadiéndose además en el párrafo siguiente «Si el comerciante demuestra que la subsanación de la falta de conformidad mediante reparación o sustitución es ilícita o imposible, o le supone un esfuerzo desproporcionado, el consumidor podrá optar por una rebaja en el precio o por la resolución del contrato. *El esfuerzo de un comerciante es desproporcionado si le impone costes excesivos en comparación con una rebaja del precio o con la resolución del contrato*, teniendo en cuenta el valor de los bienes en ausencia de falta de conformidad y la importancia de la falta de conformidad». Reconocimiento, pues, de la posibilidad de eludir el cumplimiento en los supuestos de desproporción absoluta.

²⁰ Remedio indemnizatorio que sí se barajó en la consulta hecha al Parlamento sobre la Propuesta de Directiva, como recuerda PIGNARRE, G. «Les droits légaux de l'acheteur», en *Garantías en la venta de bienes de CONSUMO. Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Lete Achirica, J. (ed.), 2004, p. 93.

En realidad, la interpretación (extensiva) que hace el Tribunal de Justicia sobre que la puesta en conformidad del bien se realice «sin cargo alguno» para el consumidor (art. 3.2 Directiva), de alguna manera desmiente lo que se acaba de decir²¹, pues al imponer al vendedor todos los gastos de retirada del bien no conforme y de instalación del entregado en sustitución, está poniendo a cargo del vendedor los daños que la falta de conformidad le ha causado al consumidor, si bien lo hace en los términos objetivos que son propios de la responsabilidad impuesta al vendedor en la Directiva. Lo hace además de una manera que no termina de convencer. Por un lado, porque recuérdese que en los dos casos citados está imponiendo al vendedor obligaciones de hacer que no estaban en el contrato de compraventa (básicamente la de instalar el bien o la de sufragar los gastos de una nueva instalación del bien de sustitución); de algún modo está alterando el contenido del contrato²² en aras de la indemnidad del consumidor que de otro modo tendría que costear dos veces la instalación (una para el bien no conforme; otra para el conforme). Por otro lado, porque ante la imposibilidad de la reparación, la obligación de sustituir se entiende en un sentido muy amplio que incluye la de retirar el producto no conforme originalmente entregado, sea cual sea su coste. A mi juicio, esta última afirmación, más comprensible en el caso Putz, es especialmente discutible en el caso Weber. Es cierto que ambos compradores instalaron el bien de acuerdo con su naturaleza y finalidad, pero también lo es que mientras dicha instalación en el caso Putz supuso, por decirlo así, una ejecución instantánea que, solo una vez realizada, permitió comprobar la falta de conformidad del bien, la situación en el caso Weber fue bien distinta. Según los hechos, en este último caso el comprador, Sr. Wittmer, detectó los sombreados irreparables de las baldosas cuando ya se llevaban colocadas en su casa alrededor de dos tercios de dichas baldosas; a mi juicio esto significa que el Sr. Wittmer no hizo nada en absoluto por mitigar el daño derivado de la falta de conformidad, pues no comprobó (como pudo haber hecho, a diferencia de la Sra. Putz con el lavavajillas) que las baldosas tenían sombreados antes de comenzar a colocarlas, lo que sin duda hubiera rebajado notablemente los costes de su retirada, pues ya no habría que levantarlas, para colocar las nuevas; lejos de hacerlo, no se percató del defecto hasta que la instalación, que no era instantánea sino que requería un tiempo de ejecución, se había realizado en dos terceras partes, lo que incrementaba de manera significativa los costes de retirarlas para colocar las nuevas. En definitiva, entiendo que aun aceptando la generosa interpretación de los términos «sin cargo alguno» que postula la STJUE de 16 de junio de 2011, la decisión de ambos casos no debería haber sido la misma. En concreto, la obligación de la compañía Weber de sufragar los gastos de retirada de las baldosas se debería haber limitado a los gastos derivados de llevarse las no conformes, pero a mi juicio no debería haber incluido los costes de despegarlas del suelo; evidentemente, tampoco los de costear la primera instalación que no estaban en el contrato, aunque probablemente sí los de la segunda si se mantiene la concepción de indemnidad del comprador que hace el TJUE.

²¹ De modo que termina siendo el TJUE y no el legislador europeo el que toma la decisión de cargar sobre el vendedor los costes de retirada del bien no conforme y de instalación del entregado en sustitución; estoy de acuerdo con LORENZ, *NJW*, 2011, p. 2245 en que opciones de política legislativa de este calibre deberían ser tomadas de manera directa y clara por el legislador europeo y no dejarlas en manos de la interpretación del Tribunal.

²² Apunta esta idea, KREBE, *ERPL*, 2012, p. 258.

Recuérdese que incluso el artículo 5.2 de la Directiva faculta a los Estados miembros para imponer al consumidor la carga de informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que se percató de la falta de conformidad y que, a pesar de las reticencias al respecto de la propia Directiva²³, la mayor parte de los Estados han optado por incluirla²⁴. No se trata, en el caso Weber, de que el Sr. Wittner haya incumplido el plazo bimensual señalado, sino de resaltar que la antedicha es una carga del consumidor derivada de los deberes de buena fe y cooperación entre las partes de los que, a mi juicio, también deben derivarse deberes de examen de la cosa y denuncia de la falta de conformidad más inmediatos, cuando esto sirva para evitar daños que puedan terminar cargando a la otra parte contractual. En este sentido resulta de interés recordar que el artículo 1489 de la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, presentada por la Sección civil de la Comisión General de Codificación en 2009 señala que (cursiva añadida):

«El comprador que no comunique la falta de conformidad de la cosa al vendedor *en un plazo razonable desde que la hubiese conocido o hubiera debido conocerla, solo tendrá derecho a reducir el precio o a exigir la indemnización de daños y perjuicios, excluido el lucro cesante*; pero si el vendedor conociere o no hubiere podido ignorar la falta de conformidad, el comprador conservará todos los derechos que correspondan.»

Obsérvese que, con buen criterio, aquí no se alude a un término concreto para comunicar la falta de conformidad, sino a un plazo razonable; razonabilidad del plazo que dependerá de las circunstancias del caso y que será tanto más breve cuanto más evidente sea la falta de conformidad. Repárese, a mayores, en que de no cumplir tal carga de comunicación, el comprador pierde el derecho a exigir el cumplimiento del contrato. Todo ello, a mi juicio, perfectamente coherente, pero bastante distinto de lo sustentado por el TJUE en la decisión que se comenta.

Creo que la distribución de los costes producidos por la falta de conformidad que propongo en el caso Weber es, no solo más justa, sino también mucho más clara que esa difusa apelación realizada por la propia sentencia a que el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación «se limite, en caso necesario, a una cantidad proporcional a la importancia de la falta de conformidad y al valor que tendría el bien si fuera conforme»²⁵; sobre todo porque a continuación el propio Tribunal señala que:

«la posibilidad de proceder a tal reducción no puede dar lugar, en la práctica, a que quede sin sustancia el derecho del consumidor al reembolso de tales gastos en los casos en los que hubiera instalado, *de buena fe*, el

²³ El Considerando 19 de la Directiva recordaba que los Estados miembros podrán garantizar un mayor nivel de protección del consumidor renunciando a establecer dicha obligación.

²⁴ Entre otros, el artículo 123.4 TRLGDCU que señala «El consumidor y usuario deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. El incumplimiento de dicho plazo no supondrá la pérdida del derecho al saneamiento que corresponda, *siendo responsable el consumidor y usuario, no obstante, de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación*» (la cursiva es añadida).

²⁵ Párrafo 75 de la sentencia.

bien defectuoso conforme a su naturaleza y a su finalidad *antes de que se manifieste el defecto.*»²⁶

¿De verdad se puede considerar que el Sr. Wittmer actuó de buena fe dejando que se instalaran las dos terceras partes de las baldosas defectuosas? Como queda claro en el relato de los hechos, el defecto de las baldosas era evidente con anterioridad a la ejecución de la instalación parcial del bien defectuoso; a diferencia, insisto, de lo sucedido con el lavavajillas de la Sra. Putz, cuya falta de conformidad solo se hizo patente una vez instalado; en consecuencia y como antes señalé, la respuesta a ambos casos nunca debió ser la misma y el Tribunal de Justicia comete un patente error al tratar ambos casos de manera idéntica²⁷.

IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVO A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA

A estas alturas ya es de sobra conocido que el otrora proyecto de codificación europea del derecho de contratos ha quedado reducido de manera drástica, siendo su última derivación «jibarizada» la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea²⁸. No siendo esta la sede adecuada para analizar este texto, me limitaré a señalar el reflejo que en él tiene el tema que nos viene ocupando a lo largo de este comentario; se trata, como veremos, de uno bastante intenso en el que también está presente la sombra de la sentencia Weber/Putz.

Comenzaré por señalar que en los considerandos explicativos situados en el pórtico de la Propuesta, se incluye el número 33 con el texto siguiente:

«La normativa común de compraventa europea debe encontrar soluciones equilibradas teniendo en cuenta los intereses legítimos de las partes al determinar y ejercer los remedios disponibles en caso de incumplimiento del contrato. En los contratos entre empresas y consumidores, el sistema de remedios debe reflejar el hecho de que la falta de conformidad de los bienes [...] se inscribe dentro de la esfera de responsabilidad del comerciante.»

¿Cómo se concreta esta declaración de principios en el punto que nos ocupa, relativo al derecho del consumidor a exigir el cumplimiento específico en caso de un primer incumplimiento del vendedor, consistente en la entrega de un bien no conforme? ¿Incluye esa esfera de responsabilidad la

²⁶ El énfasis es añadido por mí.

²⁷ No extraña así que autores como LORENZ, *NJW*, 2011, p. 2245, reclamen la necesidad de reforzar la presencia de civilistas en el Tribunal, señalando que la infrarrepresentación de juristas privatistas que ahora lo caracteriza se compadece mal con la creciente importancia del Derecho europeo de contratos; incluso se atreve a plantear para el futuro la necesidad de una jurisdicción europea para las cuestiones civiles.

²⁸ Bruselas, 11.10.2011, COM (2011), 635 final.

obligación, por parte del vendedor, de correr con todos los gastos que imponga la sustitución del bien defectuoso por otro que no lo sea, cuando no es posible su reparación y los costes de dicha sustitución son excesivamente onerosos para el vendedor?

La respuesta a estas cuestiones exige el análisis de varios preceptos de la Propuesta. Según el artículo 106, ante el incumplimiento del vendedor, el comprador, entre otros remedios y, a diferencia de la Directiva 1999/44, de manera no jerarquizada²⁹, tendrá derecho a reclamar el cumplimiento, incluidas la prestación específica, la reparación o la sustitución de los bienes en el que se incluye, si bien –y esto en una nota de gran importancia– este remedio queda excluido si el incumplimiento es excusable con la consiguiente exoneración del deudor (art. 106.4)³⁰. Insistiendo en ello, el artículo 110.2³¹ señala que el cumplimiento que podrá reclamarse incluye la subsanación gratuita del cumplimiento que no sea conforme con el contrato; no obstante, a continuación el artículo 110.3 reconoce que el cumplimiento no podrá reclamarse cuando (a) resulte imposible o haya dejado de ser lícito; o (b) sea desproporcionadamente gravoso y oneroso respecto del beneficio que obtendría el comprador. Parece pues claro que cualquier modalidad de cumplimiento desproporcionadamente gravosa y onerosa (se entiende, para el vendedor) respecto del beneficio que podría alcanzar el comprador, puede ser rechazada por ser económicamente ineficiente; se incluye pues la llamada «desproporcionalidad absoluta» que el caso Weber/ Putz había excluido de la Directiva 1999/44³², de suerte que si el remedio propiamente indemnizatorio o la rebaja del precio son más adecuados y causan menos inconveniente al vendedor, sin dañar al comprador, estos deben ser preferidos.

A continuación el artículo 111 de la Propuesta, únicamente aplicable para el caso de que se trate de una compraventa de bienes de consumo, otorga al consumidor el derecho a optar entre la reparación o la sustitución «salvo que la opción escogida fuera ilícita o imposible o, comparada con la otra opción disponible, impusiera costes al vendedor que fueran desproporcionados teniendo en cuenta: (a) el valor que tendrían los bienes en caso de que no hubiese falta de conformidad; (b) la importancia de la falta de conformidad; y (c) si se podría completar la subsanación alternativa sin inconveniente importante para el consumidor». Esto es, aquí únicamente se contempla que el coste (de la sustitución, por ejemplo) sea desproporcionado en relación con la otra opción (de la reparación), esto es, la llamada «desproporción relativa». No se alude, pues, a la desproporción *tout court*, esto es, absoluta o en relación con el resto de los remedios. La cuestión es si no se mencionada la

²⁹ Para ZOLL, F, en el comentario al artículo 106, en *Common European Sales Law (CESL), Commentary*, 2012, p. 491, la Propuesta, siguiendo la tradición de textos como la Convención de Viena o el DCFR, el derecho a reclamar el cumplimiento no es visto como un remedio primario derivado del incumplimiento, sino como uno más de ellos.

³⁰ En el sentido del artículo 88.1 de la misma Propuesta de Reglamento, según el cual «Una parte quedará exonerada del incumplimiento de una obligación si el incumplimiento se debiera a un impedimento que escapa a su control y si cupiera suponer que, en el momento de la celebración del contrato, no podía tener en cuenta el impedimento o no podía evitar o superar dicho impedimento y sus consecuencias».

³¹ Conviene matizar que el artículo 110 se aplica a todo tipo de contratos, tanto entre empresarios como con consumidores.

³² Considera más razonable la solución de la Propuesta, ZOLL, 2012, p. 504, aunque en p. 507 el mismo autor considera justificada la divergencia de soluciones tomando en consideración el distinto contexto de ambos textos.

desproporción absoluta, porque es irrelevante y no limita los derechos del comprador-consumidor a optar por cualquiera de las modalidades de cumplimiento, o más bien no se hace porque cualquier remedio desproporcionadamente gravoso y oneroso³³ queda excluido *ex ante* en virtud del precepto anterior. A mi entender, esta segunda es la opción más plausible y la que mejor cohonesta con el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en la Directiva 1999/44 y tal y como he recordado, en la Propuesta de Reglamento de compraventa, los remedios ante el incumplimiento están todos en el mismo plano y no se hallan jerarquizados³⁴.

De ser así, queda también reducido a su justa medida el alcance del artículo 112 de la Propuesta que, bajo la rúbrica «Devolución del artículo sustituido» pudiera parecer que consagra precisamente lo acordado en la sentencia Weber/Putz. En efecto, conforme al primer párrafo de este último precepto «Cuando el vendedor haya subsanado la falta de conformidad mediante sustitución, el vendedor tendrá el derecho y la obligación de aceptar el objeto sustituido corriendo con los gastos». Leído de manera aislada parece que no existe limitación alguna en el alcance de los gastos que han de ser soportados por el vendedor como consecuencia del proceso de reemplazo del bien no conforme. Interpretado en el contexto de los artículos precedentes, ese proceso de reemplazo nunca se hubiera producido si los previsibles costes para el vendedor hubieran sido desproporcionadamente gravosos y onerosos en relación con otros posibles remedios; en consecuencia, tales gastos, de existir, serían por hipótesis gastos proporcionados. La sentencia que nos ocupa tendría así únicamente un reflejo parcial en el texto transcrito.

Finalizaré señalando que el segundo párrafo del mismo artículo 112 de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea resulta también inspirado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, el texto del precepto reconoce que «Al comprador no se le podrá reclamar ningún pago por el uso hecho del objeto sustituido durante el periodo previo a la sustitución», que fue precisamente lo que dictaminó la STJUE de 17 de abril de 2008 en el caso *Quelle* basándose en que fue voluntad del legislador comunitario (de la Directiva 44/1999) hacer de la gratuidad de la puesta en conformidad del bien por el vendedor un elemento esencial de la protección que dicha Directiva otorga al consumidor³⁵. Parece que la Propuesta sigue el mismo criterio, debiendo interpretarse que la referencia al uso hecho del objeto alude a su uso adecuado y no a un uso abusivo que hubiera dañado el bien sustituido³⁶.

³³ Repárese en que ha de tratarse de ambas cosas a la vez.

³⁴ En similar sentido, ZOLL, 2012, p. 507.

³⁵ Resulta curioso constatar que en la misma Sentencia del caso *Quelle*, el Tribunal dice en uno de sus últimos párrafos «Además, los intereses económicos del vendedor están protegidos, por una parte, por el plazo de prescripción de dos años previsto en el artículo 5.1 de la Directiva y, por otra parte, por la facultad que le atribuye el artículo 3.3, párrafo segundo, de la Directiva de negarse a sustituir el bien en el caso de que dicho modo de saneamiento resulte desproporcionado por imponerle costes que no son razonables»; resalto que esta última afirmación se hace sin referencias a otra forma concreta, y sin matizaciones respecto a la no razonabilidad de los costes.

³⁶ Zoll, 2012, p. 513.

Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo, Comparado y Comunitario

ALEMANIA, AUSTRIA Y SUIZA

Bibliografía (2012)

MARTIN EBERS*

I. NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (INSTRUMENTO OPCIONAL)

JANSEN, Nils: *Revision des Verbraucher-Acquis? Zwölf Thesen zum Kommissionsvorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts und zur Zukunft des europäischen Vertragsrechts. Referat im Rahmen der Vortragsreihe «Rechtsfragen der Europäischen Integration», Bonn, den 30. Januar 2012*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn, 2012.

SCHULZE, Reiner (ed.): *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Nomos, Baden-Baden, München, 2012.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO - CUESTIONES GENERALES

AHMLING, Rebecca: *Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.

DÖLEMEYER, Barbara - MOHNHAUPT, Heinz (eds.): *200 Jahre ABGB (1811-2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext*, Klostermann, Frankfurt a.M., 2012.

DREXLER, Alexander: *Die richtlinienkonforme Interpretation in Deutschland und Frankreich*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

DRYGALA, Tim - HEIDERHOFF, Bettina - STAAKE, Marco (eds.): *Private autonomy in Germany and Poland and in the common European sales law*, Sellier, München, 2012.

HEIDERHOFF, Bettina: *Europäisches Privatrecht*, 3. Aufl., Müller, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2012.

JANSEN, André (ed.): *Auf dem Weg zu einem europäischen Privatrecht. Beiträge aus 20 Jahren von Reiner Schulze*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

MÜLLER, Friedrich - CHRISTENSEN, Ralph: *Juristische Methodik. Band II: Europarecht*, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2012.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

- PERNER, Stefan: *EU-Richtlinien und Privatrecht*, Manz, Wien, 2012.
- RAINER, Johannes Michael: *Das Römische Recht in Europa. Von Justinian zum BGB*, Manz, Wien, 2012.
- RÖSLER, Hannes: *Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts. Strukturen, Entwicklungen und Reformperspektiven des Justiz- und Verfahrensrechts der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- SCHLOSSER, Hans: *Neuere europäische Rechtsgeschichte. Privat- und Strafrecht vom Mittelalter bis zur Moderne*, Beck, München, 2012.
- SCHWARZE, Jürgen (ed.): *EU-Kommentar*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2012.

III. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- AXER, Constantin: *Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr*, Lang, Frankfurt am Main, 2012.
- BODENHEIMER, Rouven F.: *Allgemeine Geschäftsbedingungen im Unternehmensverkehr im englischen und deutschen Recht*, Lang, Frankfurt a.M., 2012.
- HARŁACZ, Ewa: *Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Handelsverkehr zwischen Deutschland und Polen nach dem Beitritt Polens zur Europäischen Union*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2012.
- HAUSMANN, Ludwig: *Europäische Fluggastrechte im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung und großer Verspätung von Flügen. Verordnung (EG) 261/2004*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2012.
- KÄHLER, Lorenz: *Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- KÖTZ, Hein: *Vertragsrecht*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- NIESSE, Susanne: *Die leistungsstörungsrechtlichen Grundstrukturen des deutschen, französischen und englischen Unternehmenskaufrechts im Vergleich*, Lang, Frankfurt a.M., 2012.
- REDEKER, Philipp: *Beschaffenheitsbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung beim Kauf. Der Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts und die Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung*, Beck, München, 2012.
- TRÖGER, Tobias: *Arbeitsteilung und Vertrag. Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritter in Vertragsbeziehungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

IV. DERECHO DE CONSUMO

- AUGENHOFER, Susanne (ed.): *Verbraucherrecht im Umbruch*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- REICH, Norbert: *Individueller und kollektiver Rechtsschutz im EU-Verbraucherrecht. Von der «Nationalisierung» zur «Konstitutionalisierung» von Rechtsbehelfen*, Nomos, Baden-Baden, 2012.
- HOFMEISTER, Lisa Katharina: *Online Dispute Resolution bei Verbraucher-Verträgen. Rechtlicher Rahmen und Gestaltungsmöglichkeiten*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

SAUERLAND, Mirja: *Die Harmonisierung des kollektiven Verbraucherschutzes in der EU. Eine Analyse bezüglich der Kompetenz der Europäischen Union zur Schaffung von einheitlichen auf Leistung gerichteten Kollektivklagemechanismen*, Lang, Frankfurt a.M., 2012.

SEDLMEIER, Kathleen: *Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

TAMM, Marina - TONNER, Klaus - BERGMANN, Stefanie (eds.): *Verbraucherschutz. Rechtliches Umfeld, Vertragstypen, Rechtsdurchsetzung; Beratungshandbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Aneta: *Consumer Sales Guarantees in the European Union*, Sellier, München, 2012.

V. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

KAISER, Eva: *Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz. Prominente tarifvertragliche Klauseln auf dem Prüfstand des Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes unter besonderer Berücksichtigung der europa- und verfassungsrechtlichen Grundlagen*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

WENCKEBACH, Johanna: *Antidiskriminierungsrechtliche Aspekte des Kündigungsschutzes in Deutschland und England*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

VI. DERECHO DE DAÑOS - RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

JASCHKE, Frank Josef: *Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch*, Heymann, Köln, 2012.

REMIEN, Oliver (ed.): *Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht. Würzburger Tagung vom 11. und 12.6.2010*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

VII. DERECHO EUROPEO DE BIENES

Gebel, Klaus: *Immobilienwerb in Frankreich*, 3. Aufl., Interna, Bonn, 2012.

VIII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

COESTER-WALTJEN, Dagmar - MÄSCH, Gerald: *Übungen in Internationalem Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 4. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2012.

HEINE, Dorothea: *Das Kollisionsrecht der Forderungsabtretung. UNCITRAL-Abtretungskonvention und Rom I-Verordnung*, Lang, Frankfurt a. M., 2012.

KIENINGER, Eva-María (ed.): *Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

ESPAÑA
Bibliografía

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

I. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.) - ARROYO AMAYUELAS, Esther (coord.): *La revisión de las normas nacionales y europeas de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Madrid, Thomson - Civitas, 2012. ISBN 978-84-470-3981-4.

GÓMEZ LAPLAZA, M.^a Carmen (coord.): *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Madrid, Dyckinson, 2012. ISBN 8415455356.

SERRANO FERNÁNDEZ, María: *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del Derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. ISBN 13:9788490045664.

VAQUER ALOY, Antoni - BOSCH CAPDEVILA, Esteve - SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz (coords.): *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, vols. I y II, Barcelona, Atelier, 2012. ISBN 978-84-92788-85-9 (obra completa).

YANGUAS GÓMEZ, Roberto: *Contratos de conexión a internet, «hosting» y búsqueda. servicios de intermediación en red con consumidores*, Madrid, Civitas, 2012. ISBN8447039326.

II. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión europea. Estudio y jurisprudencia*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2012. ISBN. 8447035724.

DÍEZ HOHLEITNER, Javier *et alii* (dirs.): *Últimas tendencias de la jurisprudencia de la Unión europea (2008-2013)/Recent trends in the case Law of the Court of Justice of the European Union*, Madrid, La Ley, 2012. ISBN 9788490200513.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES / HUMANOS

MONEREO ATIENZA, Cristina - MONEREO PÉREZ, José Luis: *La Europa de los Derechos estudio sistemático de la carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea*, Granada, Comares, 2012. ISBN 9788498369564.

* Prof. Titular de Derecho civil. Universidad de Barcelona. Miembro del Grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Cataluña, 2009 SGR 221.

CANOSA USERA, Raúl *et alii*: *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas, 2012. ISBN 978-84-470-3969-2.

IV. DERECHO PROCESAL

ARIZA COLMENAREJO, M. José: *La acción de cesación como medio de protección de consumidores y usuarios*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012. ISBN 8490141021.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: *La e-justicia en la Unión europea*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012. ISBN: 978-84-9903-982-4.

OLIVA SANTOS, Andrés de la (dir.) - CEDEÑO HERNÁN, Marina (coord.): *La armonización del Derecho procesal tras el Tratado de Lisboa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012. ISBN 978-84-9903-959-6.

ITALIA

Bibliografía

MIRKO FACCIOLI, BARBARA PASA,
MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO

I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (MIRKO FACCIOLI*, MAURO TESCARO**, STEFANO TROIANO***)

1. Artículos de revista

AA.VV.: *Rassegna di diritto civile*, 2012, núm. 2. Entre otros, el fascículo contiene artículos de ALOJ, N.: «Diritto di recesso e tutela del contraente debole nei contratti di distribuzione» (p. 275 ss.) y LEHMANN, M. - DE FRANCESCHI A.: «Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori» (p. 419 ss).

AA.VV.: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, núm. 3. La revista contiene artículos de BESSO C.: «L'attuazione della direttiva europea núm. 52 del 2008: uno sguardo comparativo» (p. 863 ss.) y PAGLIETTI, M. C.: «La protezione del consumatore tra diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e tentativo obbligatorio di conciliazione» (p. 987 ss).

AA.VV.: *Rivista di diritto privato*, 2012, núm. 2. Destacan las contribuciones de ZACCARIA, A.: «Garantías comerciales: en particular, plazos y protección del consumidor» (p. 183 ss.), TESCARO, M.: «L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento di direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012» (p. 195 ss.), y PALMIGIANO, A.:

* Ricercatore di diritto privato. Università di Verona.

** Ricercatore di diritto privato. Università di Verona.

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

- «Pratiche commerciali scorrette: la legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori ed utenti ex artículo 139 ed il relativo procedimento ex artículo 140 del d. lgs. 206/2005» (p. 251 ss).
- AA.VV.: *Rivista di diritto privato*, 2012, núm. 3. Deben señalarse los artículos de BALLARINO, T.: «Verso una disciplina europea della vendita» (p. 341 ss.) y ZUCCARO, D.: «La forma del contratto di subfornitura tra finalità di protezione ed esigenze di certezza» (p. 409 ss).
- AA.VV.: *Contratto e impresa*, 2012, núm. 4-5. En particular conviene destacar los artículos de BLASCO, B.: «Spam e pratiche commerciali scorrette» (p. 967 ss.), PROSPERI, F.: «I diritti fondamentali nel sistema integrato di protezione europeo» (p. 1001 ss.) y VETTORI, G.: «Il contratto senza numeri e senza aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole» (p. 1190 ss).
- AA.VV.: *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, núm. 3. Se hallan diversos comentarios a leyes recientes en materia de derecho privado europeo y, especialmente, de FINESSI, A., sobre la disciplina del contrato de multipropiedad (arts. 69-81 *bis* Codice del consumo) (p. 501 ss.) y de INERVINI, E., sobre el nuevo artículo 37 *bis* Codice del consumo, a propósito de la tutela administrativa contra cláusulas abusivas (p. 563 ss.).
- AA.VV.: *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, núm. 4. En particular, véase, BOLOGNINI, S., a propósito del Reglamento UE núm. 1169/2011 de 25 octubre del 2011, sobre suministro de información en los alimentos destinados a consumidores (p. 613 ss.) y PAGLIANTINI, S.: «Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale» (p. 751 ss).
- FACCIOLI, M.: «Gli art. 1469-bis c.c. e 38 c. cons.: il coordinamento tra le norme del codice civile e la disciplina di tutela del consumatore», in *Studium Iuris*, 2012, núm. 7-8, p. 840 ss. Se publica la contribución presentada en el *Simposio Ítalo-Brasileiro - Direito do Consumidor* (Belo Horizonte, 20-22 junio) que ilustra al lector brasileño y, en general, extranjero, la relación entre los remedios del CC italiano y los propios del derecho de consumo.
- TESCARO, M.: *Le clausole vessatorie tra codice civile e codice del consumo*, in *Studium Iuris*, 2012, núm. 6, p. 681 ss. Se publica la contribución presentada en el *Simposio Ítalo-Brasileiro - Direito do Consumidor* (Belo Horizonte, 20-22 junio) que ilustra al lector brasileño y, en general, extranjero, la disciplina italiana de las cláusulas abusivas y, en particular, a partir de un ejemplo de cláusula penal.
- SIRENA, p. – ADAR, Y.: «La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo», in *Rivista di diritto civile*, 2012, núm. 3, p. 359 ss. La contribución pone de relieve que la europeización de los derechos civiles nacionales exige que la doctrina jurídica no tenga en cuenta meramente la exégesis de los textos, sino una reconstrucción sistemática. Es una perspectiva que tiene muy en cuenta el ordenamiento jurídico mixto de Israel.

2. Libros

- PAGLIANTINI, S.: *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Giappichelli, Torino, 2012, 340 pp. ISBN 978-88-348-2925-7. Tal y como se destaca en la introducción de C. Scognamiglio, el libro que es una colección de textos ya editados y, en parte, refaccionados, presenta la materia referida

- al derecho de consumo desde la perspectiva de la interpretación jurisprudencial, pero también a propósito del papel de la autonomía de la voluntad.
- PASSAGNOLI, G.: «Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione», en *Obbligazioni e contratti*, 2012, núm. 6, p. 409 ss.
- ROSI CARLEO, L. (a cura di): *Diritto dei consumi. Soggetti, contratti, rimedi*, Torino, Giappichelli, 2012. 256 pp. ISBN 978-88-348-2836-6. Se trata de un manual breve y deliberadamente sencillo, sin notas, que ofrece al lector una visión completa sobre el derecho de los consumidores, tanto en lo que se refiere a los conceptos básicos (principalmente, el de consumidor), como a los contratos típicos y los remedios (individuales y colectivos y sus alternativas).
- ROSSI CARLEO, L.: *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, núm. 7, p. 492 ss. La autora comenta críticamente el nuevo artículo 37 bis Codice del consumo.

II. DERECHO COMPARADO (BÁRBARA PASA)*

- AMODIO, C.: *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Sezione Manuali, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 298, ISBN 978-88-348-2812-0.
- ANTONIOLLI, L. - BENACCHIO, GA. - TONIATTI, R. (a cura di): *Le nuove frontiere della comparazione*, Atti del I Convegno Nazionale della SIRD Milano, 5-6-7 maggio 2011, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Vol. núm. 100, Università degli Studi di Trento, 2012, pp. 360, ISBN 978-88-8443-409-8.
- BANCONE, V.: *Il trust dalla Convenzione de L'Aja al Draft Common Frame of Reference*, ESI, Napoli, 2012, pp. 400, ISBN 9788849524567.
- BARSOTTI, V. - VARANO, V. (a cura di): *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale*, collana Anuario di diritto comparato e studi legislativi - Quaderni, ESI Napoli, 2012, pp. 184, ISBN 9788849524598.
- CARBONI, G.G (a cura di): *La salute negli Stati composti, tutela del diritto e livelli di governo*, Atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Sassari, Università degli studi, 1 luglio 2011, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 200, ISBN 978-88-348-2843-4.
- CERCHIA, R.: *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, Università degli studi di Milano, Facoltà di giurisprudenza, Studi di diritto privato, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 344, ISBN 9788814175688.
- CERRINA FERONI, G. - FERRARI, F. (a cura di): *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Firenze, 18 novembre 2011, in collaborazione con la Fondazione Cesifin Alberto Predieri, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 300, ISBN 978-88-348-2909-7.
- CERRINA FERONI, G. - PALERMO, F. - PARODI, G. - RIDOLA, p. (a cura di): *I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro, 60 Jahre Grundgesetz zwischen Herkunft und Zukunft*, Atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Milano, Università Commer-

* Professore Associato. U. Torino.

- ziale L. Bocconi, 5-7 novembre 2009, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 362, ISBN 978-88-348-2839-7.
- DI GREGORIO, A. - FILIPPINI, C. - GANINO, M.: *Governi e parlamenti nei paesi dell'Europa orientale (Polonia, Lituania, Ungheria, Repubblica Ceca): l'equilibrio innanzitutto*, Giappichelli, Torino, 2012, E-book, ISBN 978-88-348-3629-3.
- FERRARI, M. - IZZO, U.: *Diritto alimentare comparato*, il Mulino; Bologna, 2012, pp. 324, ISBN 978-88-15-23956-3.
- FERRARI, F. (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Quaderni di diritto pubbl. comparato ed europeo diretto da REPOSO, Antonio, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 210, ISBN 978-88-348-2861-8.
- FOGLIA, A., *Introduzione linguistica (ma non solo) al diritto svizzero*, Collana Le Lingue del Diritto collana a cura di B. Pozzo, iuffrè, Milano, 2012, pp. 222, ISBN 9788814172120.
- FORMICHELLA, L. - TOTI, E.: *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese. VI. Legge sulla sicurezza alimentare, Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, SCHIPANI, S. - TERRACINA, G. (dirs.), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 80, ISBN 978-88-348-2888-5.
- GAMBINO, S.: *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americana*, Università degli Studi della Calabria - Dipartimento di Scienze Giuridiche, Area Giuspubblicistica, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 446, ISBN 9788814174063.
- INFANTINO, M.: *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, Studi di diritto comparato, ESI Napoli, 2012, pp. 385, ISBN 9788849523140.
- LANCHESTER, F. (a cura di): *La Costituzione degli altri. Dieci anni di trasformazioni in alcuni ordinamenti costituzionali stranieri*, Quaderni di Nomos - Le Attualità nel Diritto, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 406, ISBN 9788814173936.
- LANNI, S.: *L'inadempimento dell'obbligazione*, ESI, Napoli, 2012, pp. 224, ISBN 9788849524642.
- MORBIDELLI, G. - PEGORARO, L. - REPOSO, A. - VOLPI, M.: *Diritto pubblico comparato*, 4 ed., Giappichelli, Torino, 2012, pp. XVI-528, ISBN 978-88-348-3582-1.

Legislación

MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO,
STEFANO TROIANO

Art. 36, comma 4, Decreto Legge, 18 ottobre 2012, núm. 179 (*Decreto de desarrollo*). La norma modifica el artículo 3.4 ter, del Decreto-ley de 10 febrero 2009, núm. 5, convalidado por la ley 9 abril 2009, núm. 33, en materia de contratos en red, es decir, uno de los instrumentos a través del cual Italia aplica las recomendaciones de la Comisión Europea (y recogidos en la «*Small Business Act*») a favor de la promoción de pequeñas y medianas empresas en Europa. Los últimos cambios introducidos se refieren a la subjetividad jurídica y la representatividad de la red de empresas

Espacio judicial europeo, Derecho procesal, Derecho de contratos, Derechos reales, Derecho de familia, Derecho antidiscriminación, Derecho de autor, Derecho de responsabilidad extracontractual y Derecho de *trusts* en la Unión Europea

I. Espacio judicial europeo

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

1. **Enmiendas del Parlamento Europeo a 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) 2010/0383(COD)**

Como señalaba hace justamente un año (crónica de octubre 2011) el tema estrella en el ámbito del Espacio Judicial Europeo 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. En dicha crónica comentaba 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. El 25 de septiembre de 2012 la Comisión de Asuntos jurídicos del Parlamento Europeo ha publicado un documento de enmienda (Enmienda 121) en el que se contienen las enmiendas del Parlamento Europeo a la Propuesta de la Comisión 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) y que deberá discutir el Parlamento Europeo.

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

2. **European Consumer Centres Network (ECC-Net): European Small Claims Procedure Report (September 2012)**

El proceso europeo de escasa cuantía está previsto en el Reglamento (EC) núm. 861/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, y pretende mejorar y simplificar los procedimientos civiles y comerciales por demandas de cuantías no superiores a 2000 euros. El proceso de escasa cuantía se basa en formularios formalizados. Es escrito, salvo que el Tribunal juzgue necesaria una vista oral. A fin de acelerar los trámites, el Reglamento impone plazos máximos a las partes y el Tribunal.

Los EECs (*European Consumer Centres*) de Italia, Lituania, Estonia y Polonia han llevado a cabo un estudio conjunto sobre cómo los procesos europeos de escasa cuantía funcionan, desde un punto de vista práctico, en los veintisiete Estados miembros. Los resultados de dicho estudio se recogen en el documento que comentamos.

En primer lugar se señala que uno de los problemas respecto del procedimiento europeo de escasa cuantía es su desconocimiento por parte de jueces y consumidores. Como consecuencia es difícil, por parte de los consumidores, obtener la información necesaria y el asesoramiento para iniciarlo. Es imprescindible mejorar ambos aspectos. Otro de los temas que dificultan el éxito del proceso europeo de escasa cuantía es el coste que puede suponer la necesidad de traducción de los documentos que acompañan a la demanda. Ante ello, se propone establecer una lengua común aceptable por los tribunales de los distintos Estados miembros. Sin duda el principal problema es el tema de la ejecución de la sentencia. En la mayoría de los casos la sentencia suele ser favorable al consumidor pero eso no significa que la misma llegue a ejecutarse. En muchos casos será necesario un proceso de ejecución en un Estado miembro distinto del Estado del domicilio del consumidor cuyo coste será en muchos casos superior a la cuantía reclamada. Ello desincentiva enormemente cualquier acción por parte del consumidor. Es necesario, como indica el estudio, simplificar los procedimientos de ejecución en el ámbito de un procedimiento de escasa cuantía.

II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

I. LEGISLACIÓN, INFORMES, DICTÁMENES, LIBROS VERDES

1. **Propuesta de Reglamento europeo del Parlamento y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea**

Como es bien conocido, el objetivo de la Propuesta de la Comisión es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante un conjunto de normas de derecho contractual sobre la compraventa, los contenidos digitales

* Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona.

y los servicios relacionados, que, de aplicarse en lugar de los derechos nacionales, permitiría reducir los obstáculos al comercio transfronterizo (sobre el particular, *vid.* L. Paula San Miguel - Máximo J. Pérez, en el editorial de la última crónica, ADC, 2012, 3, 1246-1259). El CESL (siglas en inglés) es ambicioso, pero todavía incompleto y plantea dificultades de comprensión, además de otros problemas de coordinación con las normas de Derecho internacional privado (*vid.* B. Añoveros, en la crónica correspondiente, en ADC, 2012, 1, pp. 312-313). A continuación se hace referencia a dos documentos, de procedencia y naturaleza bien distinta (política y académica, respectivamente), que ponen de relieve la necesidad de seguir avanzando en el estudio de este instrumento.

1.1 *Presidencia del Consejo de la Unión Europea. Primera Lectura de la Propuesta de Reglamento. Debate político (Bruselas, 1 de junio de 2012. Doc. 10611/12)*

La Presidencia del Consejo se hace eco de los pasos seguidos hasta la aprobación de la Propuesta de Reglamento, de los pros y contras de tal instrumento y su carácter opcional y también de las críticas vertidas por los Estados miembros, contrarios a basar la competencia en el artículo 114 TFUE (*vid.* resumen de E. Arroyo, en la crónica publicada en ADC, 2012, 3, 1275-1276). El informe establece los puntos que deberían centrar los futuros debates. Entre ellos, el ámbito material (¿solo contratos de venta, servicios relacionados y servicios digitales *on line*?) y personal del instrumento (¿sólo contratos entre empresas y consumidores?), la necesidad de promulgarlo en forma de reglamento, pero solo si se respeta el principio de autonomía de la voluntad y siempre que su contenido no vaya más allá de lo estrictamente necesario para mejorar el funcionamiento del mercado interior (delimitación que, por supuesto, no está exenta de problemas) y, finalmente, el carácter opcional del texto, condicionado a que no lo impida las normas de conflicto y de protección de los consumidores del derecho interno (aunque el CESL es, en general, muy protector de estos últimos y no parece que ello sea en detrimento de la protección que a estos dispensan los derechos nacionales). Se invita al Comité de Justicia y Asuntos de Interior a reflexionar sobre la mejor manera de continuar las discusiones con la Comisión en torno a esos puntos concretos.

1.2 *Informe del Instituto de Derecho Europeo (ELI)*

El pasado 7 de septiembre de 2012, el Consejo rector del Instituto de Derecho europeo (ELI - *European Law Institut*), de cuya creación dieron cuenta en esta revista C. Jerez Delgado (ADC, 2011, 3, pp. 1075-1077) y R. Zimmermann (ADC 2011, 3, pp. 1079-1098) aprobó un informe sobre el CESL, realizado por un grupo de trabajo presidido por Sir John Thomas (Presidente de la *Queen's Bench Division* de la *Hight Court of Justice* y juez de la *Court of Appeal of England and Wales*), que estaba integrado por los siguientes miembros: John Sorabji (*University College*, London), Matthias Storme (U. Lovaina), Christiane Wendehorst (U. Viena) –todos ellos miembros del Comité de redacción de la propuesta–, Lars Edlund (Tribunal Supremo,

Suecia), Paul Gilligan (*High Court of Ireland*), Rafael Illescas (U. Carlos III, Madrid), Pilar Perales Viscasillas (U. Carlos III, Madrid), Peter Limmer (notario, Würzburg) y Fryderyk Zoll (*Jagellonien U. Krakau* - U. Osnabrück). Otros profesores formaron parte del equipo asesor.

El informe, que puede leerse en: <http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/completed-projects/>, formula críticas y plantea alternativas en numerosos aspectos, que van desde la necesidad de evitar la presentación del CESL como un mero apéndice y facilitar el sistema de elección de estas reglas por parte del consumidor, pasando por la de mejorar la terminología, redacción, sistemática y contenido de determinados preceptos, incluidas algunas definiciones, hasta la de ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de la norma. Una selección de algunas de las propuestas de mejora, claramente expuestas en el informe en un resumen preliminar (Part A, *Summary of the Proposed Changes*) y, con detalle, en un cuadro sinóptico comparativo-explicativo, a tres columnas (Part C, *The Detail of Suggested Changes*), exige referirse, por lo menos, a las siguientes: tratar las pequeñas y medianas empresas, que no son ni consumidores ni empresarios (según las definiciones incorporadas), como empresarios; mejorar la definición de consumidor (y aun otras regulaciones), en la línea de lo dispuesto en la Dir. 2011/83; perfilar mejor el ámbito de aplicación de los contratos fuera de establecimiento mercantil; reconsiderar la naturaleza de los servicios digitales como contratos de compraventa (y, además, adaptar algunas otras normas a sus peculiaridades, como por ejemplo la relativa al deber del comprador de tomar posesión); no vincular directamente la infracción del deber de actuar de buena fe con los remedios por incumplimiento y, en concreto, con la obligación de indemnizar; limitar el efecto de invalidez del contrato realizado por teléfono que no consta por escrito; añadir una nueva norma sobre dolo de tercero; introducir la posibilidad de anular el contrato concluido en virtud de una práctica comercial desleal; eliminar los tratos preliminares como criterio de interpretación del contrato; mejorar la confianza del consumidor que contrata por vía electrónica, a propósito del valor que debe darse a la confirmación de la orden de pedido por parte del empresario; mejorar la protección de los consumidores frente a cláusulas negociadas; clarificar las normas sobre la obligación de resultado del empresario, así como las relativas al cumplimiento y remedios; redactar *ex novo* normas sobre pago de lo indebido. Merece la pena destacar la nueva redacción alternativa del capítulo sobre restitución de las prestaciones.

El informe contiene también recomendaciones para la efectiva aplicación del CESL (Parte B, *Recommendations for Effective Implementation*). Se advierte la necesidad de publicar un comentario oficial exegético que oriente la interpretación y explique la opción de política jurídica que subyace en cada artículo y, como refuerzo, la de constituir un consejo asesor oficial (análogo al que existe, entre otros, en relación con el CSIG), que pudiera actuar tanto de oficio como a instancia de parte. Otras recomendaciones tienen que ver con la base de datos que pretende crear la Comisión con la colección de sentencias de los tribunales nacionales y el TJUE que apliquen los preceptos del CESL, así como con el acceso a todos esos materiales e información a través de una página web. Finalmente, se añaden sugerencias sobre la necesidad de mejorar la cooperación judicial en la UE y la potenciación de sistemas alternativos de resolución de conflictos.

2. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el programa de los consumidores 2014-2020 (DOUE C 225, de 27 de julio de 2012)**

El Comité de las Regiones ha emitido su dictamen sobre la norma. Aparte de las recomendaciones de enmienda al artículo 5, interesan las observaciones que las preceden. El Comité apoya decididamente la continuación de la política de refuerzo de los derechos de los consumidores, como medida *sine qua non* para conseguir el funcionamiento del mercado único, y, por tanto, más necesaria, si cabe, que la protección a las empresas y, en particular las PYMES. Lamenta que el presupuesto asignado al programa sea reducido, de sólo 197 millones de euros, que equivale tan sólo a cinco céntimos de euro por consumidor europeo. Aplauda que los principales objetivos del Programa sean la seguridad y la defensa de los intereses económicos de los consumidores. A propósito de la detección de problemas de seguridad de los productos, y a la vista de que los mecanismos de cooperación entre países no logran poner fin a todos los problemas, el Comité sugiere una intervención a escala de la UE, que permita participar a los organismos de prevención de terceros países para poder realizar una mejor labor de prevención. También pide que se garantice un margen de maniobra suficiente a los Estados en cuestiones como la educación y la atención sanitaria y considera fundamental reforzar el apoyo a las asociaciones de consumidores, tanto porque estas son las que pueden garantizar una representación fuerte y eficaz a escala europea, como porque son las que mejor pueden proporcionar a la Unión europea datos necesarios para la toma de decisiones. Pide que se refuerce la educación a los consumidores desde la escuela y que se elabore material pedagógico armonizado. En otro orden de consideraciones, el Comité señala que puesto que dejan de percibirse más de 20.000 millones de euros al año, derivados de la infracción de la legislación europea en materia de prácticas restrictivas de la competencia, debería acelerarse la regulación del recurso colectivo (*class actions*), en la modalidad *opt-in*, que estima muy útil para gestionar las reclamaciones de los consumidores que afecten a un gran número de personas con carácter transfronterizo (v. gr. cancelación de vuelos, productos defectuosos, asesoramiento financiero irresponsable). Con todo, entiende que las propuestas de la Comisión deben limitarse a una legislación marco. Añade la ineludible necesidad de crear una interfaz en línea para la resolución de conflictos, así como el acceso internacional a los organismos extrajudiciales. Aplauda la existencia de la red de Centros Europeos del Consumidor, financiada por la Comisión y los Estados miembros, pero lamenta constatar que los centros europeos de consumidores siguen sin poder tomar medidas concretas para resolver los litigios en que están envueltos los consumidores. Por último, el Comité insta a la Comisión a tomar medidas concretas para fomentar el papel de las organizaciones de consumidores locales y, además, solicita que se apoye a los centros universitarios regionales que desarrollen investigaciones en este ámbito, porque sólo así las organizaciones locales pueden aplicar eficazmente la política de protección regional.

3. **Informe del Parlamento europeo sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables (2011/2272(INI)), aprobada el 22 de mayo de 2012 (P7_TA-PROV(2012)0209)**

El Informe considera que el mercado único debe velar también por un elevado nivel de protección de los consumidores vulnerables y engloba den-

tro de este grupo a una heterogeneidad de hipótesis que tienen en cuenta tanto las situaciones más o menos permanentes (discapacidad mental, física o psicológica, edad, credulidad, género, educación) como otras causas que colocan al consumidor en una situación que le hace acreedor de especial protección (acceso a internet, excesivo endeudamiento). Por ello invita a la Comisión y alienta a los Estados miembros a que analicen constantemente los comportamientos sociales y de consumo (v. gr. a partir del análisis de las quejas de los consumidores) para adoptar medidas específicas. A este respecto, señala el limitado ámbito de la Dir. 2005/29, que sólo toma en cuenta los intereses económicos de los consumidores; y el de la Dir. 2011/83, que no incluye el sector financiero o de transporte. Señala que la vulnerabilidad de muchos consumidores nace precisamente de su falta de comprensión de la información que reciben o del desconocimiento de los sistemas de reclamación existentes o de la deficiente o engañosa información que reciben, obstáculos que se multiplican en el caso del consumo transfronterizo y la venta a domicilio, incluido el comercio transfronterizo en línea. De ahí que considere necesario que tanto la Unión Europea como los Estados miembros presten más atención e inviertan más en campañas de información y educación y sugiere a las empresas que promuevan iniciativas de autorregulación (v. gr. en relación con la publicidad dirigida a niños y a jóvenes y, cuando se trata de información sobre seguridad en los productos, también mujeres embarazadas). Recuerda, además, la necesidad de que los Estados miembros firmen y ratifiquen el Convenio de 13 de enero de 2000, sobre la protección internacional de adultos. El Parlamento también invita a la Comisión y a los Estados miembros a que se aseguren de que la propuesta de Directiva sobre la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y la propuesta de Reglamento sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo proporcionen a los consumidores vulnerables su acceso efectivo, esto es, que sea gratuita o al menor coste posible.

4. Libro verde de la Comisión Europea: Hacia un mercado europeo integrado de pagos mediante tarjeta, pagos por Internet y pagos móviles (COM) 2011, 941 final, Bruselas, 1 de enero de 2012)

El Libro Verde presenta el estado de la cuestión sobre los pagos con tarjeta, pagos móviles y por Internet en Europa y establece cuáles son los obstáculos en el camino hacia una plena integración. El objetivo es abrir un proceso de consulta para contribuir a la mejora de la integración del mercado. El pago mediante tarjeta, a pesar de su incremento, no ha comportado disminución significativa de los costes para los consumidores, las comisiones interbancarias o las tasas de descuento aplicadas a los comerciantes. Además, no todos los sistemas nacionales aceptan las tarjetas de débito y la utilización fraudulenta de las tarjetas de pago continúa siendo problemática en las transacciones a distancia. Los pagos electrónicos (realizados a través de Internet), ya sea mediante tarjeta, transferencias vía servicios bancarios *on line*, o proveedores de pagos electrónicos con los que el consumidor ha abierto una cuenta particular, también ofrece obstáculos que dificulta el crecimiento del comercio electrónico y, en particular, referidos a la diversidad de métodos de pago en los Estados miembros, los costes de su utilización y la seguridad. Los pagos móviles, esto es, aquellos en los que los datos y la orden de pago se cursan a través de un teléfono o un dispositivo móvil, son los que experi-

mentan un mayor crecimiento, pero en Europa no existe un marco europeo que establezca las normas técnicas, la seguridad, la interoperabilidad o la cooperación entre los participantes en el mercado. La Comisión analiza los obstáculos a estas nuevas tecnologías teniendo en cuenta el Espacio Único de Pagos en euros.

En resumen, los principales problemas definidos en el documento tienen que ver con el acceso y entrada al mercado de proveedores de servicios nuevos y ya existentes, la seguridad en los pagos y la protección de datos, la fijación transparente de los precios de los servicios de pago y la interoperatividad entre los proveedores de servicios.

Las respuestas a la consulta ya han sido publicadas en la página web de la Dirección General sobre mercado interior (http://ec.europa.eu/internal_market/payments/cim/index_en.htm). *Vid.* también: Parlamento Europeo. Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Hacia un mercado europeo integrado de pagos mediante tarjeta, pagos por Internet o pagos móviles [COM (2011) 0941 - 2012/2040 (INI). Proyecto de informe Sampo Terho, PE491.085v01-00].

II. JURISPRUDENCIA

1. **STJUE 5 julio 2012, Asunto C-49/2011, Content Services/Bundesarbeitskammer**

El TJUE declara que «el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, debe interpretarse en el sentido de que una práctica comercial que consiste en dar acceso a la información prevista en esta disposición sólo mediante un hipervínculo a un sitio de Internet de la empresa en cuestión no cumple lo exigido por dicha disposición, ya que tal información no es ni “facilitada” por esa empresa ni “recibida” por el consumidor, en el sentido de esta misma disposición, y un sitio de Internet como del que se trata en el litigio principal no puede considerarse un “soporte duradero” a efectos de dicho artículo 5, apartado 1.»

Sobre la noción de soporte duradero recuérdese también la Decisión *Inconsult-Anstalt*, de 27 de enero de 2010, del Tribunal de la Asociación Europea de Libre comercio (AELC o EFTA, según las siglas en inglés de *European Free Trade Association*), referenciada por error como STJUE, en la crónica correspondiente a ADC, 2011, 1, p. 288.

2. **Conclusiones de la Abogado General, Juliane Kokott, presentadas en 8 de noviembre de 2012, Asunto C-415/11 Mahamed Aziz contra CatalunyaCaixa**

Se redactan en respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, ante quien el actor había solicitado que se declarara abusiva una cláusula del contrato de préstamo hipotecario y, en consecuencia, también nulo el procedimiento ejecutivo, que, iniciado tras el impago de varias mensualidades, ya había finalizado con

la adjudicación de la vivienda familiar al prestamista. En concreto, el juez de lo mercantil (nótese que no es el juez ante quien se había despachado antes el procedimiento ejecutivo) pregunta si la limitación de motivos de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria causa indefensión al consumidor y si son abusivas las cláusulas del contrato que prevén el vencimiento anticipado del préstamo cuando se dejan de pagar algunas cuotas (a pesar de tratarse de un contrato de muy larga duración), el cálculo unilateral de los intereses (sin que sea posible al deudor oponerse en el procedimiento ejecutivo) y la fijación de intereses de demora que superan ampliamente el límite establecido para otros contratos de crédito al consumo.

La Abogado General propone al TJUE que este resuelva de la siguiente manera:

En relación con la primera cuestión, señala que no es posible obtener una tutela judicial efectiva, por ejemplo, mediante la suspensión provisional de la ejecución forzosa, si el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados restringe las posibilidades de oposición del deudor. En consecuencia, la regulación es contraria a la Dir. 93/13 porque en ese procedimiento no puede apreciarse la abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo, ni el hecho de que puedan apreciarse en un procedimiento declarativo posterior impide la continuación de la subasta. El resultado es que la normativa procesal sobre ejecución hipotecaria infringe el principio de efectividad del derecho de la Unión europea. No así el principio de equivalencia y la razón es que las normas procesales que deberían hacer posible la eficacia de este derecho no son más perjudiciales que las que permitirían hacer efectivo cualquier otro, ya que los preceptos procesales examinados impiden cualquier oposición basada en la nulidad del título.

A propósito de las cuestiones relacionadas con la abusividad de las cláusulas (art. 3.1 y 3.3 Dir. 93/3), las respuestas son menos contundentes y remiten al criterio del juez nacional, aunque la Abogado General proporciona algunas pautas que este deberá tener en cuenta:

a) El juez debe examinar si la cláusula que permite dar por vencido un préstamo de larga duración por impago en un período limitado (una o varias cuotas) supone una grave desviación respecto de la normativa legal que por defecto sería aplicable, si esa desviación estaría justificada y si, a pesar del desequilibrio que tal cláusula pudiera comportar, el consumidor no queda desprotegido. En relación con este último extremo señala la necesidad de tener en cuenta que el artículo 693.3 LEC permite evitar la ejecución por la totalidad de la deuda mediante el pago de las cuotas vencidas.

b) El juez debe analizar si la cláusula en la que se pactan los intereses de demora (en el caso en examen, el 18,75%) se desvía groseramente del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable. La Abogado general estima que puede ser un indicio el hecho de que en otros contratos de crédito al consumo tales intereses no puedan superar 2,5 veces el interés legal del dinero, así como el hecho de que los costes de refinanciación de las entidades de crédito, en los préstamos hipotecarios –debido a la garantía concedida– son mucho menores, por regla general, que en los demás créditos al consumo. De todas maneras, inmediatamente añade que es preciso analizar la finalidad que cumplen los intereses de demora: si únicamente suponen la fijación anticipada de los daños (entonces son abusivos si claramente exceden de los efectivamente producidos) o si son disuasorios del incumplimiento (en ese caso solo serían abusivos si son claramente más elevados de lo necesario para alcanzar

ese objetivo). La Abogado General admite que la Directiva no pretende nivelar las diferencias que cada Estado miembro pueda arrojar en torno a esos extremos.

c) En relación con la determinación unilateral del importe de la deuda, a lo que el deudor no puede oponerse si no es en un procedimiento declarativo que, con todo, no suspende el curso de la oposición, el juez debe tener en cuenta cuál sería la situación si no existiera esa cláusula. La Abogada General entiende que el acreedor debería iniciar un litigio para determinar la cantidad pendiente, de manera que si se suprime esa posibilidad, a pesar de que la determinación unilateral no sea vinculante y pueda discutirse en un litigio posterior, se vulnera la tutela del consumidor y puede producirse desequilibrio si sólo existen ventajas para el prestamista. Ahora bien, si es evidente que una cláusula de estas características le permite realizar más rápidamente la garantía, también lo es que esto incrementa su valor en beneficio del deudor. Por otra parte, el deudor se ve expuesto al riesgo de perder la vivienda antes de que haya quedado definitivamente fijada la cuantía debida. Ello, junto con el hecho de no existir otros motivos de oposición del deudor, puede ser determinante de la abusividad. Pero, según la Abogado General, tampoco cabe olvidar otros detalles: cómo está determinado el procedimiento de determinación unilateral del importe de la deuda, qué posibilidades de comprobación tiene el notario interviniente, y cuál es la transcendencia del hecho de que sólo las entidades de crédito sometidas al control bancario del Estado estén legitimadas para utilizar la cláusula controvertida.

III. Derecho de familia en la Unión Europea

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

El nuevo Reglamento europeo en materia de sucesiones

El 27 de julio de 2012 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el nuevo Reglamento sobre las sucesiones por causa de muerte (Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo). Se trata de un nuevo instrumento en materia de cooperación civil que contiene normas de Derecho internacional privado sobre la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de decisiones, transacciones judiciales y documentos públicos, y establece adicionalmente un certificado europeo de heredero. Se pretende con ello facilitar la vida al creciente número de ciudadanos a los que afectan sucesiones en las que concurre un elemento internacional. Como subraya el Preámbulo se trata de que los ciudadanos puedan organizar su sucesión y de garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia (apartado 7).

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

El nuevo Reglamento se aplica a los aspectos civiles de las sucesiones por causa de muerte refiriéndose tanto a las sucesiones voluntarias como a las sucesiones *ab intestato*. No se incluyen en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria las cuestiones tributarias. Por tanto, corresponde al Derecho nacional determinar las modalidades de cálculo y pago de los tributos, ya se trate de tributos adeudados por el causante a fecha del fallecimiento, o de cualquier tipo de tributo relacionado con la sucesión que deba ser abonado con cargo a la herencia o por los beneficiarios (apartado 10 del Preámbulo). Tampoco se incluyen en el ámbito material del Reglamento cuestiones estrechamente relacionadas con la sucesión, como por ejemplo, la liquidación del régimen económico matrimonial o la creación, administración y disolución de *trusts* (apartados d, j del art. 1.2).

El Capítulo II del Reglamento contiene normas de competencia judicial internacional. En relación a las mismas ha de tenerse especialmente en cuenta que el Reglamento define de manera autónoma el concepto de tribunales de manera que abarca también a los notarios españoles. Conforme establece el apartado 2.º del artículo 3.º el concepto de tribunal comprende a órganos judiciales y a todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o que actúen bajo su control. En este último supuesto tales autoridades y profesionales del Derecho han de ofrecer garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas. Es asimismo necesario que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: *a*) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y *b*) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las autoridades y los profesionales del Derecho de conformidad con el artículo 79.

Frente al modelo de la fragmentación, que atiende a la naturaleza de los bienes relictos y a su ubicación, y, por tanto, desemboca en la tramitación de distintos procedimientos, el nuevo Reglamento comunitario opta por el modelo de la unidad. Se establece que, con carácter general, son competentes internacionalmente las autoridades correspondientes a la última residencia habitual del causante, para resolver respecto a la totalidad de la sucesión (art. 4). Se abre, sin embargo, la posibilidad de que el causante estipule la competencia judicial internacional de las autoridades correspondientes a su nacionalidad siempre que la sucesión se rija por la ley nacional y la ley elegida sea la de un Estado miembro. El acuerdo relativo a la elección del foro ha de constar por escrito, con expresión de su fecha, y ser firmado por las partes interesadas (art. 5). En virtud del mismo los tribunales del Estado correspondiente a la residencia habitual del causante deberán, de oficio, abstenerse de conocer.

En ausencia de acuerdo de prorrogación de foro y si el causante ha sometido su sucesión a su ley nacional, siendo ésta la de un Estado miembro, el tribunal correspondiente a la última residencia habitual podrá abstenerse de conocer, a instancia de una de las partes en el procedimiento, si considera que los tribunales del Estado miembro cuya ley fue elegida están en mejor situación para pronunciarse sobre la sucesión, habida cuenta de las circunstancias prácticas de ésta, tales como la residencia habitual de las partes y la ubicación de los bienes.

El Capítulo III del Reglamento regula la ley aplicable a la sucesión mediante normas de conflicto de carácter universal, que pueden resultar en la aplicación del Derecho de un Estado tercero, no miembro de la Unión Europea. La regla general es que rige la ley correspondiente a la última residencia habitual del causante. Se establece, no obstante, una cláusula de escape de forma que si resulta claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado de su residencia habitual, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado.

Cabe asimismo la elección de ley. De acuerdo con el artículo 22 del Reglamento el causante puede designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. La elección debe hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo.

El Reglamento regula de forma expresa los supuestos de plurinacionalidad y dispone, que una persona, que posea varias nacionalidades, puede elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. En relación a los Estados plurilegislativos, esto es si el Estado de la nacionalidad tiene más de un ordenamiento jurídico, se establece que corresponde a las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinar qué normas jurídicas regulan la sucesión. En cuanto a los conflictos internos, cuando no interviene un elemento internacional, el Reglamento es inaplicable. Por consiguiente puede finalmente decirse que el Reglamento no altera el funcionamiento del artículo 9.8 del Título Preliminar del Código civil español, contrariamente a lo que inicialmente se había propuesto.

El artículo 23 del Reglamento especifica el ámbito de aplicación de la ley rectora de la sucesión. Dicha ley regula *a)* las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión; *b)* la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites; *c)* la capacidad para suceder; *d)* la desheredación y la incapacidad de suceder por causa de indignidad; *e)* la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado; *f)* las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia, en particular en orden a la venta de los bienes y al pago de los acreedores, sin perjuicio de las facultades contempladas en el artículo 29, apartados 2 y 3; *g)* la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia; *h)* la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos; *i)* la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios, y *j)* la partición de la herencia.

En relación a los derechos reales son de interés algunas de las consideraciones que contienen los apartados (15) y (16) del Preámbulo así como lo dispuesto en el artículo 31. La ley aplicable a la sucesión, determinada conforme el Reglamento, permite la creación o la transmisión mediante sucesión de un derecho sobre bienes muebles e inmuebles tal como prevea la ley aplicable a la sucesión. No obstante, no debe afectar al número limitado (*numerus*

clausus) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Para permitir que los beneficiarios disfruten en otro Estado miembro de los derechos que hayan sido creados o les hayan sido transmitidos mediante sucesión, el Reglamento prevé en su artículo 31 la adaptación de un derecho real desconocido al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese otro Estado miembro. En el contexto de esa adaptación, se deben tener en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real de que se trate y sus efectos. A fin de determinar el derecho real equivalente más cercano del Derecho nacional, se podrá entrar en contacto con las autoridades o personas competentes del Estado cuya ley se haya aplicado a la sucesión para obtener más información sobre la naturaleza y los efectos de ese derecho. Se menciona especialmente a las redes existentes en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil.

El Capítulo IV regula el reconocimiento, la fuerza ejecutiva y la ejecución de las resoluciones en materia de sucesiones. Se sigue en este ámbito el modelo de anteriores Reglamentos. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Las resoluciones no se reconocerán: *a*) si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido; *b*) si se dictasen en rebeldía del demandado sin que se le haya entregado a este la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo; *c*) si fueran inconciliables con una resolución dictada en una causa entre las mismas partes en el Estado miembro requerido; o *d*) si fueran inconciliables con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido. En relación a los documentos públicos se dispone, que los documentos públicos, que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, pueden ser declarados, a petición de cualquiera de las partes interesadas, documentos con fuerza ejecutiva en otro Estado miembro de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos 45 a 58.

El Capítulo VI regula el certificado sucesorio europeo. Este documento ha de permitir que los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia puedan probar fácilmente su cualidad de tales o sus derechos o facultades en otro Estado miembro, por ejemplo, en el Estado miembro en que estén situados los bienes relictos. Se trata de un documento cuyo uso es facultativo y que no sustituye a documentos similares que puedan existir en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. El certificado podrá utilizarse, en particular, como prueba: *a*) de la cualidad y/o los derechos de cada heredero o, en su caso, de cada legatario mencionado en el certificado y de sus respectivas cuotas hereditarias; *b*) de la atribución de uno o varios bienes concretos que formen parte de la herencia al heredero o a los herederos o, en su caso, al legatario o a los legatarios mencionados en el certificado y/o *c*) de las facultades de la persona mencionada en el certificado para ejecutar el testamento o administrar la herencia.

El artículo 69 del Reglamento especifica los efectos del certificado. El certificado surte sus efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial. Se presume que la persona que figure en el certificado como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador

de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado. Asimismo se considera que cualquier persona que, en virtud de la información contenida en un certificado, efectúe pagos o entregue bienes a una persona que figure facultada en el certificado para recibir tales pagos o bienes ha tratado con una persona autorizada para ello. Cuando una persona que figure facultada en el certificado para disponer de bienes de la herencia disponga de los mismos en favor de otra persona, se considerará que esta, si actúa en virtud de la información contenida en el certificado, ha tratado con una persona facultada para disponer de los bienes en cuestión. El certificado será además en principio un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro.

Las disposiciones del Reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha. En esa misma fecha deviene aplicable el Reglamento, pese a su entrada en vigor transcurridos veinte días desde su publicación en el DOUE. Esta curiosa distinción entre la fecha de entrada en vigor y la fecha de aplicación no es ninguna novedad. Concede a los Estados miembros tiempo suficiente para realizar las reformas necesarias para una correcta aplicación del instrumento comunitario.

IV. Derechos reales en la Unión Europea

HÉCTOR SIMÓN MORENO*

1. Normativa europea

La norma más relevante en este período es el Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 27 julio 2012, núm. 201, p. 107), que será aplicable (con algunas excepciones) a partir del 17 de agosto de 2015. El Reglamento prevé que la sucesión, salvo pacto en contrario, se regirá por la ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento (art. 21.1). En cuanto a los derechos reales, la Exposición de Motivos prevé que el Reglamento «no debe aplicarse a ámbitos del Derecho civil distintos de la sucesión» (Considerando 11). En consecuencia, quedan fuera de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la creación, administración y disolución de *trusts*, la naturaleza de los derechos reales y la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro (art. 1.2 apartados j), k) y l), si bien permite la creación o la transmisión mediante la sucesión de un derecho real sobre bienes muebles e inmuebles de acuerdo con la ley aplicable a la sucesión. No obstante, esta posibilidad no debe afectar al número limitado de derechos reales reconocidos en algunos Estados miembros (principio de

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

numerus clausus). Esto es, a un Estado miembro no se le puede exigir que reconozca un derecho real constituido sobre bienes ubicados en su territorio si su ordenamiento jurídico desconoce este derecho. Sin embargo, el Reglamento prevé un proceso de «adaptación» de ese derecho real desconocido, es decir, se buscará en el ordenamiento jurídico del Estado miembro donde esté situado el bien el derecho real «equivalente» o más cercano a ese derecho real desconocido. Esta adaptación deberá tener en consideración tanto los objetivos como los intereses que persiga el derecho real de que se trate y sus efectos (art. 31).

Tal y como ya comentábamos en la crónica anterior, el Reglamento no acoge en puridad la técnica del reconocimiento mutuo sino la denominada *transposition into a minus* (Schmid, Christoph, «Options under EU Law for the Implementation of a Eurohypothec», en Drewicz Tulodziecka, Agnieszka (ed.), *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, Warsaw, 2005, pp. 63 y 64), lo que podría conllevar un perjuicio para el titular del derecho real si la regulación del Estado miembro donde se pretende reconocer este derecho le otorga menos facultades. Pensemos por ejemplo en el ámbito hipotecario, donde la *Grundschild* alemana (§ 1196 BGB), que tiene una naturaleza contractualmente accesorio, podría verse equiparada en el Derecho español a la hipoteca de máximo (arts. 153 y 153 bis LH), mucho menos flexible, segura y eficaz que aquélla. Esta normativa, de nuevo, constata la conveniente armonización de los derechos reales en la Unión Europea.

Finalmente, destacar la creación por parte de este Reglamento de un «Certificado Sucesorio Europeo» (arts. 62 a 73). Este certificado va a permitir a herederos y legatarios acreditar en otros Estados miembros tanto su condición como la atribución de uno o varios bienes concretos (art. 63), pero lo cierto es que no va tener únicamente una función probatoria (art. 69.2). En efecto, el artículo 69.5 prevé que «El certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, letras k) y l)». De esta manera, el certificado es una prueba fehaciente de los bienes y derechos que corresponden a cada heredero o legatario y, además, es un título que puede inscribirse en el Registro de la Propiedad de otro Estado miembro. Ello no impide, empero, la aplicación de la *lex rei sitae* (art. 10 CC) al resto de elementos que configuran la inscripción y los efectos del Registro de la Propiedad (por ejemplo, los efectos declarativos del Registro de la Propiedad español).

2. Grupos y Proyectos de investigación

2.1 *Common Core of European Private Law*

La 18.^a reunión del grupo del *Common Core of European Private Law* (www.common-core.org), organizada por la *International University College of Turin* (IUC) y el *Institute for the study of Political Economy and Law* (IPEL), tuvo lugar este año en la ciudad de Turín, concretamente los días 22 y 23 de junio de 2012. En el seno de este Grupo se han discutido de nuevo los cuestionarios sobre el derecho de propiedad, derecho de contratos y responsabilidad civil, que serán objeto de una publicación en un futuro próximo.

2.2 Proyecto EUFIdeS

El Consejo del Notariado de la Unión Europea (CNUE, <http://www.cnue.be/>) ha lanzado el proyecto EUFIdeS en septiembre de 2012 con la finalidad de facilitar las transacciones inmobiliarias transfronterizas. Este proyecto pretende que los adquirentes de una vivienda puedan ponerse en contacto con su notario habitual, quien se encargará de su enajenación en colaboración con el notario del Estado miembro donde el inmueble esté situado. Los notarios informarán y asesorarán tanto al comprador como al vendedor acerca de las consecuencias fiscales y de los bienes de la transacción en virtud del derecho nacional, y se harán cargo de los trámites administrativos pertinentes. Se espera que esta colaboración tenga lugar casi en su totalidad por medios electrónicos. Esta iniciativa se suma a los esfuerzos de otros grupos de investigación que buscan facilitar las transacciones inmobiliarias transfronterizas, como el Proyecto EULIS (*vid. infra*).

2.3 Eulis

El Proyecto EULIS (*European Land Information Service*, <http://eulis.eu>), cuyo principal objetivo es la creación de un portal web que ofrezca una amplia información sobre el Registro de la Propiedad, la cartografía y el catastro en toda Europa (enlace a los sitios web nacionales, personas de contacto, etc.) ha renovado su aplicación, lo que supone la finalización del Proyecto LINE. Las novedades, entre otras, son las siguientes: *a*) la prestación de una información más detallada; *b*) la incorporación de un glosario multilingüe; y *c*) el hecho de que España ya es un Estado miembro «conectado» a la plataforma EULIS, con lo que es posible consultar el Registro de la Propiedad español desde cualquier Estado miembro de la Unión Europea (para acceder a la plataforma: <http://service.eulis.eu/eulis20/home>).

3. Libros

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

Otmar Stöcker y Rolf Stürner publican la 3.^a edición de la obra «*Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*» (Band 50, Berlín, 2012), que recoge los resultados de los trabajos que el Grupo de la *Runder Tisch*, que se reúne semestralmente en la sede de la *Verband deutscher Pfandbriefbanken* (impulsora del grupo), lleva a cabo sobre los sistemas hipotecarios de más de 22 países europeos, incluido Japón.

Después de seis años de trabajo por fin ha visto la luz la esperada obra *Cases, Materials and Text on Property Law, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe on Property Law* (Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012), dirigida por Sjef van Erp y Bram Akkermans. El libro parte de la formulación de una serie de preguntas previas relativas al derecho de propiedad que posteriormente intenta responder de acuerdo con la metodología del grupo de investigación: en qué consiste el derecho de propiedad; qué es un derecho real; de qué manera se puede ser titular de estos derechos; y cómo pueden constituirse, transmitirse o extinguirse. En este sentido, el Grupo no pretende crear unos principios comunes ni un código civil europeo,

sino poner de manifiesto las similitudes y divergencias entre los diversos ordenamientos jurídicos con base en las decisiones de los tribunales, la doctrina científica y las leyes (*vid.* sobre este grupo <http://www.casebooks.eu/property>). El último capítulo está dedicado a la unificación o armonización del derecho de propiedad a nivel europeo.

4. Jurisprudencia

En este período podemos destacar: la STJUE de 5 de julio de 2012, Caso ERSTE Bank Hungary, en la que se plantea la siguiente cuestión prejudicial: la aplicación del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre, sobre la Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 16 enero 2001, núm. 12, p. 1) a un procedimiento judicial relativo a la existencia de un derecho real (un depósito en garantía) si el país en el que se encontraba el título valor que servía de garantía y posteriormente la cantidad en metálico que lo sustituyó todavía no era un Estado miembro en el momento de apertura del procedimiento de insolvencia, pero sí en el momento de interposición de la demanda. El tribunal resuelve que el Reglamento 44/2001 también se aplica a los procedimientos de insolvencia abiertos antes de la adhesión de la República de Hungría a la Unión, tal y como tiene lugar en el litigio principal (apartado 45).

Otra resolución de interés del TJUE es la de 12 de julio de 2012, Asunto C-602/10, en la que se discute la normativa rumana sobre crédito al consumo que transpone a su ordenamiento jurídico la Directiva 2008/48, de 23 de abril, de Crédito al Consumo (DO L 22 mayo 2008, núm. 133, p. 66). El artículo 2.2 de esta Directiva establece que quedan fuera de su ámbito de aplicación «los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble». Además, el artículo 22 prevé que «los Estados miembros no podrán mantener o adoptar en su legislación nacional disposiciones diferentes de las que en ella se estipulan». Pues bien, la normativa rumana en materia de crédito al consumo va un paso más allá que la Directiva 2008/48. En efecto, este Estado miembro prevé que esta normativa se aplique a los contratos de crédito garantizados con hipoteca o con un derecho sobre un bien inmueble, así como a los contratos de crédito que tengan por objeto la adquisición o conservación de los derechos de propiedad sobre un bien inmueble construido o en proyecto, o la renovación, acondicionamiento, consolidación, rehabilitación, ampliación o incremento del valor de un bien inmueble, cualquiera que sea el importe total del crédito. Por lo tanto, una de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia era dilucidar la compatibilidad de la normativa rumana con el Derecho europeo, en particular con la Directiva de crédito al consumo. El Tribunal concluye que la Directiva 2008/48 no impide a los Estados miembros incluir en la normativa nacional los contratos de crédito garantizados con un bien inmueble, a pesar de que tales contratos estén expresamente excluidos del ámbito de aplicación material de dicha Directiva *ex* artículo 2.2 (apartados 43 y 44). Esta resolución reviste especial interés dado que permite a los Estados miembros aplicar las disposiciones de la Directiva 2008/48 a los contratos de crédito garantizados con garantía real inmobiliaria, que a día de hoy no tienen una regulación específica en el Derecho comunitario (a la espera de la aprobación definitiva de la Propuesta de Directiva Propuesta de

Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, adoptada el pasado 31 de marzo de 2011, COM(2011) 142 final).

Finalmente, a nivel nacional podemos destacar la Sentencia del TS de 19 de junio de 2012 (RJ 2012\8008), en la que discute el acceso de una compraventa formalizada ante notario alemán al Registro de la Propiedad español. Esta posibilidad fue rechazada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005\2452). No obstante, el Juzgado de Primera instancia de Santa Cruz de Tenerife de 2 marzo de 2006 (JUR 2009\59463) revocó esta Resolución, que fue confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial de 22 de noviembre de 2006 (AC 2007\188). Pues bien, el alto tribunal confirma la sentencia de la Audiencia Provincial con base en los siguientes razonamientos:

1. En primer lugar, la sentencia analiza la primera cuestión planteada por el Abogado del Estado: la necesidad de que los títulos otorgados en un país extranjero tengan efectivamente la consideración de documentos públicos. Ello implica que estos títulos deben ser otorgados con las solemnidades mínimas que se exigen al Notario español, lo cual, a su vez, supone la equivalencia en la concepción de la función notarial en cada país, formalidades y equivalencia que en el caso del Notario alemán no tendrían lugar. El Tribunal Supremo afirma sobre este particular que la compraventa es perfectamente válida respecto a la forma en tanto que cumple con los requisitos previstos en el artículo 11 del Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO L 4 julio 2008, núm. 177 [p. 1]). Además, la Sentencia pone de relieve que «en el seno de la Unión Europea se tiende a evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal», y cita expresamente el Libro Verde que lleva por título «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). En definitiva, exigir de nuevo la formalización de la compraventa ante notario español supondría una «reiteración en la exigencia y una duplicidad innecesaria».

2. En segundo lugar, el Abogado del Estado alegaba que la escritura pública autorizada por Notario español constituye no solo el instrumento de un contrato sino también un título traslativo de la propiedad, lo que posibilita la inscripción registral *ex* artículo 33 del Reglamento Hipotecario; mientras que el documento alemán solo es un contrato y, por lo tanto, no tiene efecto traslativo de la propiedad ni con arreglo al derecho alemán ni al español (debido a que el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales es muy diferente al alemán). El Tribunal argumenta que la aplicación de la *lex rei sitae* (art. 10.1 CC) se aplica en lo relativo a la transmisión de la propiedad. Es decir, que «aceptado que la escritura de compraventa autorizada por un notario alemán queda integrada en el concepto de «escritura pública» a que se refiere el artículo 1462 del CC, han de aplicarse los efectos que a la misma reconoce dicha norma respecto de la entrega de la cosa que constituye su objeto». Por este motivo, no hace falta acudir al Derecho alemán para analizar la transmisión de la propiedad, que ha tenido lugar conforme al Derecho español.

V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea

ALEJANDRA DE LAMA AYMÀ*

I. DIRECTIVAS

Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre (LCEur 2011/2235), que establece un procedimiento único de solicitud de permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen en un Estado miembro (DOL 23 diciembre 2011, núm. 343)

En el artículo 12 de la Directiva se establece que los trabajadores de terceros países que sean admitidos o soliciten la residencia con el fin de trabajar gozarán de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan en lo referido a condiciones laborales, libertad de asociación y afiliación y participación en organización de trabajadores o cualquier organización profesional, educación y formación profesional, reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos profesionales, ramas de la seguridad social, beneficios fiscales si tiene su residencia fiscal en el Estado de que se trate, acceso a bienes y servicios y servicios de asesoría en las oficinas de empleo.

En determinadas condiciones, los Estados miembros pueden restringir los derechos a la educación (excluyendo créditos y becas), en la rama de la seguridad social, beneficios fiscales y en el acceso a bienes o servicios.

El derecho a la igualdad de trato se entenderá sin perjuicio de la posibilidad del Estado miembro a retirar o denegar la renovación del permiso de residencia expedido con arreglo a esta Directiva, el permiso de residencia expedido con fines distintos del trabajo o cualquier otra autorización para trabajar en un Estado miembro.

Los trabajadores de terceros países que se trasladen a un tercer país, o sus supérstites que residan en terceros países y sean titulares de derechos generados por estos trabajadores, recibirán las pensiones legales por vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo anterior de tales trabajadores en las mismas condiciones y cuantías que los nacionales de los Estados miembros de que se trate cuando se trasladan a un tercer país.

Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre (LCEur 2011/1901), derechos de los consumidores que modifica la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993/1071), del Consejo y la Directiva 1999/44/CE (LCEur 1999/1654), del Parlamento Europeo y del Consejo y derogan la Directiva 85/577/CEE (LCEur 1985/1350), del Consejo y la Directiva 97/7/CE (LCEur 1997/1493) del Parlamento Europeo y del Consejo (DOL 22 noviembre 2011, núm. 304)

En el considerando 32 la Directiva establece respecto de servicios financieros que debe animarse a los Estados miembros a que se inspiren en la

* Profesora Lectora de Derecho Civil. Universidad de Barcelona.

legislación de la Unión vigente en este ámbito cuando legislen en ámbitos no regulados a escala de la Unión de manera que se garantice una igualdad de condiciones para todos los consumidores y todos los contratos relativos a servicios financieros.

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE (Gran Sala) de 12 de junio de 2012, (TJCE/2012/135), Asuntos acumulados C-611/10 y C-612/10 que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Bundesfinanzhof* (Alemania), mediante resoluciones de 21 de octubre de 2010, recibidas en el Tribunal de Justicia el 23 de diciembre de 2010 en los procedimientos entre Waldemar Hudzinski contra *Agentur für Arbeit Wesel-Familienkasse* (C-611/10) y Jaroslaw Wawrzyniak contra *Agentur für Arbeit Mönchengladbach-Familienkasse* (C-612/10).

El Sr Hudzinski es de nacionalidad polaca y reside en Polonia donde trabaja como agricultor por cuenta propia y está afiliado al sistema de seguridad social de dicho Estado. Del 20 de agosto al 7 de diciembre de 2007 estuvo empleado como trabajador de temporada en una empresa de horticultura en Alemania. Durante este tiempo solicitó el pago de la asignación por hijo a cargo respecto de sus dos hijos, que residen también en Polonia, a razón de 154 euros al mes por cada hijo, con arreglo a los artículos 62 y ss. de la *Einkommensteuergesetz*. La *Agentur für Arbeit Wesel-Familienkasse* denegó dicha solicitud. El Sr. Hudzinski recurrió dicha resolución y, cuando el recurso fue desestimado, interpuso recurso de casación.

El Sr. Wawrzyniak vive con su esposa e hija en Polonia donde está afiliado al régimen de seguridad social. Estuvo trabajando en Alemania desde febrero hasta diciembre de 2006 como trabajador destacado donde se le consideró sujeto en el ejercicio 2006, junto con su esposa, al impuesto sobre la renta por obligación personal. Solicitó el pago de la asignación por hijo a cargo respecto de su hija a razón de 154 euros al mes, con arreglo a los artículos 62 y siguientes de la *Einkommensteuergesetz*. La *Agentur für Arbeit Mönchengladbach-Familienkasse* denegó su solicitud, también se denegó el recurso interpuesto contra la resolución por lo que se interpuso recurso de casación.

En ambos casos, el tribunal remitente pide esencialmente que se dilucide si el artículo 14, punto 1, letra a), y el artículo 14 bis, punto 1, letra a) del Reglamento núm. 1408/71 (LCEur 1997, 199) debe interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro, que no es designado como Estado competente en virtud de tales disposiciones, conceda la asignación por hijo a cargo conforme a su Derecho nacional a un trabajador migrante que realiza un trabajo temporal en su territorio en circunstancias como las controvertidas. Y ello incluso en los casos en que el trabajador no ha sufrido ninguna desventaja de carácter jurídico por ejercitar su derecho a la libre circulación, al conservar su derecho a obtener prestaciones familiares de la misma naturaleza en el Estado miembro competente y en que, ni el trabajador ni el hijo respecto del que se solicita la asignación, residen habitualmente en el territorio del Estado miembro donde se realiza el trabajo temporal.

La finalidad de las disposiciones del título II del Reglamento núm. 1408/71 (LCEur 1997, 199) que determinan la legislación aplicable a los trabajadores que se desplazan dentro de la Unión Europea, consiste, concretamente, en que los interesados queden sujetos a un único régimen de seguridad social.

Sin embargo, aunque las autoridades alemanas no están obligadas por el derecho de la Unión a reconocer la asignación por hijo a cargo de que se trata en los litigios principales, se plantea la cuestión de si tal Derecho se opone a la posibilidad del reconocimiento, máxime cuando, en virtud de la legislación alemana, los recurrentes pueden beneficiarse de dicha asignación por el mero hecho de haber estado sujetos al impuesto sobre la renta por obligación personal.

Por ello, el TJUE entiende que no cabe excluir de la interpretación del artículo 14, punto 1, letra a) y del artículo 14 bis, punto 1, letra a), del Reglamento núm. 1408/71 (LCEur 1997/199) que permite a un Estado miembro conceder prestaciones familiares en una situación en la que el trabajador migrante no ha perdido el beneficio de las prestaciones de seguridad social ni ha sufrido una reducción de la cuantía de éstas por haber ejercitado su derecho a la libre circulación al conservar su derecho a obtener prestaciones familiares de la misma naturaleza en el Estado miembro competente ya que tal interpretación puede contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de los trabajadores migrantes reconociéndoles una protección social más amplia que la dimanante de la aplicación de dicho Reglamento y contribuye también, de este modo, a la finalidad de esas disposiciones consistente en facilitar la libre circulación de los trabajadores.

Por otra parte, debe examinarse en el asunto C-612/10 si el artículo 76 del Reglamento núm. 1408/71 (LCEur 1997, 199) y el artículo 10 del Reglamento núm. 574/72 (LCEur 1997, 200) así como las normas del Tratado en materia de libre circulación y el principio de no discriminación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación de una norma como la prevista en el artículo 65 de la Einkommensteuergesetz, que excluye el derecho a la asignación por hijo a cargo, cuando debe abonarse, o deba abonarse si se solicita, una prestación diferente en otro Estado.

La aplicación de tal norma de Derecho nacional, que prohíbe la acumulación a un asunto como el ventilado en el procedimiento principal, en la medida en que no implica una disminución de la cuantía de la prestación hasta alcanzar la de una prestación equivalente a la de otro Estado, sino la exclusión de dicha prestación, puede suponer una desventaja considerable que afecte, en realidad, a un número mucho mayor de trabajadores migrantes que de trabajadores no migrantes que han realizado todas sus actividades en el Estado miembro de que se trate.

Una desventaja de este tipo no resulta justificada por cuanto la asignación se financia mediante ingresos fiscales y en el litigio el recurrente tiene derecho a dicha prestación por haber estado sujeto al impuesto sobre la renta en Alemania por obligación personal.

Los artículos 45 y 48 TFUE (RCL 2009, 2300) tienen por objeto evitar que un trabajador que haya ejercitado su derecho a la libre circulación sea tratado sin justificación objetiva de modo menos favorable que aquél que haya efectuado toda su actividad profesional en un solo Estado miembro.

En consecuencia, la citada norma nacional se opone al Derecho de la Unión europea en la medida en que no implica una disminución de la cuantía sino la exclusión de dicha prestación.

STJUE (Sala Segunda) de 28 de junio de 2012 (TJCE/2012/164), Asunto C-172/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE (RCL 2009, 2300), presentada por el *Arbeitsgericht Ludwigshafen am Rhein* (Alemania), mediante resolución de 4 de abril de 2011, recibida en el tribunal de Justicia el 11 de abril de 2011, en el procedimiento entre Georges Erny y Daimler AG-Werk Wörth.

El Sr. Erny es un trabajador fronterizo en el sentido del Convenio celebrado entre la República francesa y la República federal de Alemania para prevenir la doble imposición fiscal. Los ingresos que percibía en Alemania están sujetos al impuesto en Francia tras deducir las cotizaciones sociales en Alemania. Puesto que la imposición sobre los salarios es inferior en Francia, el Sr. Erny percibe unos ingresos netos superiores a los que recibe un trabajador comparable en Alemania.

El 17 de noviembre de 2006 el Sr. Erny celebra un contrato de trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación por el que recibe un incremento del 85% que está exento de tributación conforme a la ley alemana de tributación (*Einkommensteuergesetz*). La empresa contratante Daimler deduce las cotizaciones a la seguridad social realmente devengadas y con carácter ficticio el impuesto alemán sobre los salarios.

El Sr. Erny alega que el incremento está sujeto al impuesto sobre la renta en Francia y que la doble imposición de hecho que nace del método de cálculo de Daimler da lugar a discriminación dado que situaciones iguales se tratan de forma diferente.

El tribunal remitente pregunta si los artículos 45 TFUE (RCL 2009, 2300) y 7.4 del Reglamento núm. 1612/68 (LCEur 1968, 84) deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la cláusula de convenios colectivos y acuerdos individuales según la que un incremento que paga el empleador como consecuencia de un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación debe calcularse de modo que el impuesto sobre los salarios a cargo del trabajador en el Estado miembro de empleo se deduce de manera ficticia al determinar la base de cálculo de ese incremento en tanto que, conforme a un convenio para evitar la doble imposición fiscal, los salarios, retribuciones y percepciones pagados a los trabajadores que no residen en el Estado miembro del empleo están sujetos a imposición en el Estado miembro de residencia de éstos.

El artículo 45.2 TFUE prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Ello se aplica a la actuación de las autoridades públicas pero también a los convenios colectivos pues será nula cualquier cláusula de ellos que suponga una discriminación (art. 7.4 del Reglamento núm. 1612/68 (LCEur 1968, 84)).

La regla de igualdad de trato del artículo 45 TFUE y del artículo 7 del Reglamento 1612/68 prohíbe no sólo discriminaciones basadas en la nacionalidad sino también cualquier otra forma de discriminación encubierta. El principio de no discriminación no sólo exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables sino también que situaciones que son diferentes no sean tratadas de forma idéntica.

A menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo legítimo perseguido, una disposición de derecho nacional o una cláusula convencional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales e implique el riesgo de perjudicar a los primeros.

En el presente caso, el cómputo de forma ficticia del impuesto alemán sobre los salarios tiene una incidencia desfavorable en la situación de los trabajadores fronterizos ya que la deducción ficticia de este impuesto al determinar la base de cálculo del incremento desfavorece a las personas que residen y están sujetas a imposición de un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania en relación a los trabajadores residentes y sujetos a imposición este último Estado miembro.

En efecto, los trabajadores a tiempo parcial antes de la jubilación sujetos a imposición en Alemania perciben un importe que corresponde aproximadamente al 85% de los ingresos netos que percibían anteriormente en virtud de su último empleo a tiempo completo.

En cambio, en el caso de los trabajadores fronterizos el importe percibido es muy inferior al 85% de los ingresos netos que percibían anteriormente porque los tipos de gravamen alemanes son más altos que los franceses. El método de cálculo del incremento se apoya en una situación fiscal ficticia que carece de relación alguna con los ingresos que esos trabajadores fronterizos percibían anteriormente en virtud del último empleo que ejercieron a tiempo completo.

En el caso de los trabajadores fronterizos la aplicación con carácter ficticio del tipo de gravamen del impuesto alemán sobre los salarios impide que el importe pagado corresponda aproximadamente al 85 % de la retribución neta percibida con anterioridad a un empleo a tiempo completo a diferencia de lo que sucede en general con los trabajadores residentes en Alemania.

A juicio del tribunal, no justifica la aplicación de este modo de cálculo a los trabajadores trasfronterizos las dificultades administrativas que surgirían de la aplicación de distintos modos de cálculo.

De todo ello se deduce que los artículos 45 TFUE y 7.4 del Reglamento núm. 1612/68 se oponen a cláusulas como las analizadas en el litigio principal.

VI. Derecho de autor en la Unión Europea

JAVIER POU DE AVILÉS SANS*

1. LEGISLACIÓN

Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (DOUE L 299/5 de 27 de octubre de 2012).

El 25 de octubre de 2012 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

La directiva parte de la labor, de interés público, efectuada por: bibliotecas, centros de enseñanza, museos, archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y los organismos públicos de radiodifusión establecidos en los estados miembros, consistente en la digitalización, a

* Abogado. Prof. Asociado U. Autónoma de Barcelona.

gran escala, de sus colecciones o archivos a fin de crear bibliotecas digitales europeas.

De conformidad al derecho exclusivo que asiste a los titulares de derechos reproducir sus obras y otras prestaciones protegidas y de ponerlos a disposición del público, es necesario el consentimiento previo del titular de derechos para la digitalización y puesta a disposición del público de una obra. En el caso de obras huérfanas no es posible obtener ese previo consentimiento, por lo que se dificulta la labor de digitalización de las referidas entidades.

En méritos de lo anterior, la directiva regula lo que debe entenderse por obra huérfana y los usos autorizado de las mismas.

Respecto al concepto de obra huérfana, el artículo 1 de la directiva señala que se considerará que una obra o un fonograma son obras huérfanas si ninguno de los titulares de los derechos sobre las mismas está identificado o bien si ninguno de ellos está localizado a pesar de haber efectuado una «*búsqueda diligente*». Respecto a este último concepto, el artículo 3 de la directiva nos expone lo que debe entenderse, a efectos de la directiva, como búsqueda diligente.

En cuanto a los usos autorizados de las obras huérfanas, los mismos están recogidos en el artículo 6 de la directiva, señalando dentro de ellos: La puesta a disposición del público de la obra huérfana, reproducción a efectos de digitalización, indexación, catalogación o restauración, todos ellos únicamente con finalidades de interés público y de conformidad a las disposiciones que la propia directiva establece.

Por último señalar que la directiva establece un plazo de transposición a los estados miembro hasta el 29 de octubre de 2014.

Propuesta, de 11 de julio de 2012, de la Comisión, de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (2012/0180 COD)

La Propuesta de Directiva presentada por la Comisión europea persigue dos objetivos complementarios: Fomentar una mayor transparencia y una mejor gobernanza de las entidades de gestión colectiva, mediante el reforzamiento de sus obligaciones de información y el control de sus actividades por los titulares de derechos, y alentar y facilitar la concesión de licencias multiterritoriales y multirrepertorio de derechos de autores de obras musicales para su utilización en línea UE/EEE.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE (Sala 4.^a), de 21 de junio de 2012, asunto C-5/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el BGH (Alemania), en el procedimiento penal contra Titus Alexander Jochen Donner

Un comerciante que dirige su publicidad al público residente en un Estado miembro determinado y que crea o pone a su disposición un sistema de entrega y un modo de pago específicos, o que permite hacerlo a un tercero, poniendo de este modo a ese público en condiciones de que se le entreguen copias de

obras protegidas por derechos de autor en ese mismo Estado miembro, realiza, en el Estado miembro en que tiene lugar la entrega, una «distribución al público», en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

Los artículos 34 TFUE y 36 TFUE deben ser interpretados en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro, aplicando el Derecho penal nacional, incoe diligencias por complicidad en la distribución no autorizada de copias de obras protegidas por derechos de autor, en el supuesto de que las copias de tales obras se distribuyan al público en el territorio de dicho Estado miembro en el marco de ventas, que, dirigidas específicamente al público de este Estado, se realizan desde otro Estado miembro en el que las mencionadas obras no están protegidas por derechos de autor o en el que la protección de la que gozan no puede ser válidamente opuesta a terceros.

STJUE (Gran Sala), de 3 de julio de 2012, asunto C-128/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Bundesgerichtshof* (Alemania), en el procedimiento entre *UsedSoft GmbH* contra *Oracle International Corp*

El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 debe interpretarse en el sentido de que el derecho de distribución de la copia de un programa de ordenador se agota si el titular de los derechos de autor, que ha autorizado, aunque fuera a título gratuito, la descarga de Internet de dicha copia en un soporte informático, ha conferido igualmente, a cambio del pago de un precio que le permita obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, un derecho de uso de tal copia, sin límite de duración.

El derecho de distribución del titular de los derechos de autor se agota, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, en el momento de la primera venta en la Unión, por dicho titular o con su consentimiento, de cualquier copia –material o inmaterial– de su programa de ordenador. De ello se infiere que, en virtud de la citada disposición y pese a la existencia de disposiciones contractuales que prohíban la cesión posterior, el titular de los derechos de que se trate no podrá ya oponerse a la reventa de esa copia.

El adquirente inicial de una copia material o inmaterial de un programa de ordenador respecto de la que se ha agotado el derecho de distribución del titular de los derechos de autor, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, que procede a la reventa de la misma, debe hacer inutilizable la copia descargada en su ordenador en el momento de revenderla para no violar el derecho exclusivo del titular a la reproducción de su programa de ordenador, previsto en el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 2009/24.

El artículo 4, apartado 2, y el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de reventa de una descargada de la página web del titular de los derechos de autor, licencia que había sido concedida inicialmente al primer adquirente por dicho titular sin límite de duración a cambio del pago de un precio que permitía a este último obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de su obra, el segundo adquirente de tal licencia, así como todo adquirente posterior de la misma, podrá invocar el agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva y podrá ser considerado, por tanto, adquirente legítimo de una copia de un programa de ordenador, a efectos del artículo 5, apartado 1, de la referida Directiva, y gozar del derecho de reproducción previsto en esta última disposición.

VII. Derecho de daños en la Unión Europea

BELÉN TRIGO GARCÍA*

I. LEGISLACIÓN

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, sobre evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO L 28 enero 2012, núm. 26, p. 1)

La presente Directiva pretende refundir la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, modificada en diversas ocasiones y de forma sustancial (Cdo. 1); Directiva 85/337/CEE que ahora queda derogada (art. 14). Al respecto, el Cdo. 3 recuerda que resulta necesario que los principios de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente estén armonizados en lo que se refiere principalmente a los proyectos que deberían someterse a una evaluación, así como las principales obligaciones de los promotores y el contenido de la evaluación. Los Estados miembros pueden establecer normas más estrictas para proteger el medio ambiente.

De acuerdo con el artículo 2, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización, se sometan al requisito de autorización de su desarrollo y a una evaluación con respecto a sus efectos. Se prevé que los Estados miembros podrán establecer un procedimiento único para cumplir los requisitos de la presente Directiva y los requisitos de la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación.

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 15).

Directiva 2012/18/UE, de 4 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas y por la que se modifica y ulteriormente deroga la Directiva 96/82/CE (DO L 24 julio 2012, núm. 197, p. 1)

La Directiva 96/82/CE del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas establece normas para la prevención de los

* Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela.

accidentes graves que podrían resultar de determinadas actividades industriales y la limitación de sus consecuencias para la salud humana y el medio ambiente. Aunque, en conjunto, las disposiciones existentes son adecuadas para los fines perseguidos, se precisan algunos cambios para reforzar en mayor medida el nivel de protección, en particular en lo que se refiere a la prevención de accidentes graves. Asimismo, el sistema establecido por la Directiva 96/82/CE debe adaptarse a los cambios introducidos en el sistema de la Unión de clasificación de sustancias y mezclas. Además, otras disposiciones deben aclararse y actualizarse (Cdo. 3). La Directiva 96/82/CE queda derogada con efecto a partir del 1 de junio de 2015 (art. 32, *Derogación*).

De esta forma, en la presente Directiva se establecen normas para la prevención de accidentes graves en que intervengan sustancias peligrosas, así como para la limitación de sus consecuencias en la salud humana y el medio ambiente, con miras a garantizar de forma coherente y eficaz un nivel elevado de protección en toda la Unión (art. 1, *Objeto*).

El artículo 5 establece las obligaciones de carácter general del industrial; así, los Estados miembros velarán por que el industrial esté obligado a tomar cuantas medidas sean necesarias para prevenir accidentes graves y limitar sus consecuencias para la salud humana y el medio ambiente. Igualmente, los Estados miembros velarán por que el industrial esté obligado a demostrar ante la autoridad competente, en cualquier momento, especialmente con motivo de los controles e inspecciones, que ha tomado todas las medidas necesarias previstas en la presente Directiva.

Ha de tenerse en cuenta que, por lo general, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, es pertinente en el caso de daños ambientales causados por un accidente grave (Cdo. 13). De manera similar, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio de Aarhus, es necesario contar con la participación efectiva del público interesado cuando se tomen decisiones para que este pueda expresarse y para que los responsables tengan en cuenta las opiniones y preocupaciones suscitadas por las decisiones previstas, lo cual aumentará el grado de responsabilidad y transparencia del proceso de toma de decisiones y contribuirá a la sensibilización pública respecto a los problemas de medio ambiente y al apoyo a las decisiones tomadas (Cdo. 21).

Ahora bien, en el contexto de la legislación pertinente de la Unión, la Comisión podrá examinar la necesidad de abordar la cuestión de la responsabilidad económica del industrial en relación con los accidentes graves, incluidas las cuestiones relativas a los seguros (art. 29, *Presentación de informes y revisión*).

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 33, *Entrada en vigor*). Se prevé que 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 31 de mayo de 2015. Aplicarán dichas disposiciones a partir del 1 de junio de 2015 (art. 31, *Incorporación en el ordenamiento nacional*).

Directiva 2012/19/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) (DO L 24 julio 2012, núm. 197, p. 38)

Ante la necesidad de modificar sustancialmente la Directiva 2002/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) y en aras de una mayor claridad, se procede a refundir dicha Directiva (Cdo. 1; vid. art. 25 que dispone su derogación con efectos a partir del 15 de febrero de 2014).

En concreto, se contempla como el mercado sigue expandiéndose y los ciclos de innovación se hacen más breves, la sustitución de los aparatos se acelera, contribuyendo a la creciente acumulación de residuos (Cdo. 5).

La presente Directiva completa la normativa general de la Unión sobre gestión de residuos, como la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos (Cdo. 4).

Su objetivo es contribuir a la producción y consumo sostenibles mediante, de forma prioritaria, la prevención de la generación de RAEE y, además, la reutilización, el reciclado y otras formas de valorización de dichos residuos, a fin de reducir su eliminación y contribuir al uso eficaz de los recursos y a la recuperación de materias primas secundarias valiosas (Cdo. 6). Asimismo, pretende mejorar el comportamiento medioambiental de todos los agentes que intervienen en el ciclo de vida de los AEE, como, por ejemplo, productores, distribuidores y consumidores. En particular, la distinta aplicación nacional del principio de responsabilidad del productor puede hacer que los agentes económicos soporten cargas financieras muy desiguales. La existencia de políticas nacionales dispares en materia de gestión de los RAEE reduce la eficacia de las políticas de reciclado. Por ese motivo deben establecerse criterios fundamentales a escala de la Unión y deben elaborarse normas mínimas relativas al tratamiento de los RAEE.

Las disposiciones de la presente Directiva deben aplicarse a productos y productores con independencia de la técnica de venta empleada, inclusive la venta a distancia y la venta electrónica (Cdo. 7). De manera semejante, el ámbito de aplicación de la presente Directiva debe comprender todos los AEE, tanto los de consumo como los de uso profesional (Cdo. 9).

El establecimiento, mediante la presente Directiva, de la responsabilidad del productor es uno de los medios para estimular el diseño y producción de AEE que tenga plenamente en cuenta y facilite su reparación y su posible actualización, así como su reutilización, desmontaje y reciclado (Cdo. 12).

Se pretende que el pago por la recogida de estos residuos no corresponda a los contribuyentes en general sino a los consumidores de AEE, de acuerdo con el principio «quien contamina paga». A fin de dar el máximo efecto al principio de responsabilidad del productor, cada productor debe ser responsable de financiar la gestión de los residuos procedentes de sus propios productos. El productor debe poder optar por cumplir dicha obligación individualmente o adhiriéndose a un programa colectivo (Cdo. 23). La presente directiva se aplica sin perjuicio de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (Cdo. 28).

Los Estados miembros podrán imponer a los productores que informen a los compradores, en el momento de la venta de productos nuevos, sobre los

costes de recogida, tratamiento y eliminación de forma respetuosa con el medio ambiente. Estos costes no deberán superar las mejores estimaciones de los costes reales en que se haya incurrido (art. 14, *Información para los usuarios*).

La presente directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 26 *Entrada en vigor*). Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente directiva a más tardar el 14 de febrero de 2014 (art. 24, *Incorporación a la legislación nacional*).

Reglamento delegado (UE) 862/2012, de 4 de junio, modifica el Reglamento (CE) núm. 809/2004, en cuanto a la información relativa al consentimiento para la utilización del folleto, a la información sobre índices subyacentes y a la exigencia de un informe elaborado por contables o auditores independientes (DO L 22 septiembre 2012, núm. 256, p. 4)

A fin de tener en cuenta la evolución de los mercados financieros desde el punto de vista técnico, y particularmente la creciente utilización de índices como subyacentes de valores estructurados, se ha creído conveniente revisar y clarificar algunas exigencias del Reglamento (CE) núm. 809/2004. Al conferir la responsabilidad de componer el índice a otra entidad del grupo, los emisores podrían eludir la obligación de incluir en el folleto una descripción del índice compuesto por el emisor y, de esta forma, eludir su responsabilidad cuando la descripción sea inexacta. Por consiguiente, esta exigencia debe ampliarse también a los índices compuestos por una entidad perteneciente al mismo grupo que el emisor (Cdo. 4). El presente Reglamento entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 3 *Entrada en vigor*).

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

Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio (BOE, núm. 266, de 4 de noviembre de 2011, pp. 115059 a 115129)

La Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 84/253/CEE, de 10 de abril de 1984, del Consejo, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables, regulando por primera vez en España la actividad de auditoría de cuentas, configurando dicha actividad como aquella que, mediante la utilización de determinadas técnicas de revisión y verificación adecuadas, tiene por objeto la emisión de un informe que contenga una opinión técnica e independiente acerca de la fiabilidad de la información económica financiera auditada, cumpliendo con ello con una función de interés público, y así ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional cuando se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley de Auditoría de Cuentas.

Dicha Ley ha sido objeto de modificaciones, destacando, entre ellas, la Ley 12/2010, de 30 de junio, que tuvo por objeto la incorporación a nuestra normativa interna de la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas.

En materia de responsabilidad, el artículo 9 (*Actuación conjunta de auditores*) dispone que cuando sean nombrados varios auditores de cuentas para la realización de un trabajo de auditoría de cuentas, el informe de auditoría será único y se emitirá bajo la responsabilidad de todos ellos, quienes firmarán el informe y quedarán sujetos a lo previsto en la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas (vid. también el art. 13, *Documentación de la revisión y evaluación del trabajo realizado por auditores de cuentas y sociedades de auditoría*).

Por su parte, el artículo 19 (*Normas de ética*) recuerda que la responsabilidad y actuación de los auditores de cuentas debe estar presidida por el principio de interés público que conlleva la actividad de auditoría de cuentas. En este sentido, los auditores de cuentas en el ejercicio de su actividad han de tener en consideración y actuar en todo caso con sujeción a los siguientes principios éticos: competencia profesional, diligencia debida, integridad y objetividad, sin perjuicio de lo establecido respecto al deber de independencia.

Finalmente, el artículo 55 (*Fianza*) dispone que la fianza a que se refiere el artículo 23 del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas se constituirá en forma de depósito en efectivo, valores de deuda pública, aval de entidades financieras inscritas en los registros especiales del Ministerio de Economía y de Hacienda y del Banco de España o seguro de responsabilidad civil, y tendrá que garantizar el resarcimiento de la responsabilidad personal y directa derivada de los daños y perjuicios económicos que los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría pudieran causar, derivados del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas, por las reclamaciones que se planteen antes de que transcurra el plazo de prescripción. La fianza constituida deberá ser suficiente y, en su caso, actualizarse para responder en cada momento por el límite exigido, y deberá mantenerse durante el plazo en el que pueda ejercitarse la acción de responsabilidad. En el caso de cese de la actividad de auditoría de cuentas, el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría deberá mantener asimismo durante el citado plazo la fianza constituida, pudiendo solicitarse la devolución de la misma una vez transcurrido dicho plazo (vid. disposición transitoria cuarta. *Fianza*).

Real Decreto 1616/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula el seguro de los propietarios de los buques civiles para reclamaciones de derecho marítimo (BOE, núm. 275, de 15 de noviembre de 2011, pp. 117603 a 117606)

El artículo 254 del texto refundido de la Ley de puertos del Estado y de la Marina Mercante (RD Leg. 2/2011, de 5 de septiembre), establece que las empresas navieras españolas estarán obligadas a tener asegurada la responsabilidad civil en la que puedan incurrir en el curso de las explotaciones de sus buques mercantes, en los términos que reglamentariamente se determinen por el Gobierno, de acuerdo con las coberturas usuales de este ramo en el mercado internacional. La norma pretende establecer y regular la

cobertura de la responsabilidad de que deben disponer los propietarios de los buques civiles para cubrir las reclamaciones de derecho marítimo (art. 1, *Objeto*). Se incorpora así al ordenamiento jurídico español lo dispuesto por la Directiva 2009/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al seguro de los propietarios de los buques para las reclamaciones del derecho marítimo. El Real Decreto entró en vigor el 31 de diciembre de 2011.

II. JURISPRUDENCIA

Responsabilidad por productos

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 20 de diciembre de 2011. Se atribuye a la compañía suministradora la responsabilidad íntegra por la muerte por inhalación de monóxido de carbono debida a la obstrucción de la evacuación de humos de un calentador de gas butano instalado en una vivienda. El tribunal entiende que la compañía incumplió sus obligaciones como garante de la seguridad de la instalación y por haber seguido suministrando gas a quien figuraba como «cliente no activo» sin control alguno de esa situación.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 27 de febrero de 2012. Daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la rotura de una prótesis; ésta se califica como «producto sanitario», no un medicamento, ni una especialidad farmacéutica (vid. RD 414/1996, de 1 de marzo; RD 1591/2009, de 16 de octubre; y Directiva 93/42/CEE). El tribunal entiende que no es posible poner a cargo del paciente las dudas sobre la resistencia del material con el que está fabricado cuando es el fabricante el que dispone de los datos sobre la fatigabilidad. Con base en la Ley 22/1994, de 6 de julio, rechaza la aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicando la normativa sobre responsabilidad civil extracontractual.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 6 de junio de 2012. Se declara la responsabilidad del laboratorio que comercializaba el medicamento *Agreal* por los daños producidos por su consumo. El prospecto con el que fue comercializado en España no informaba de la totalidad de los efectos secundarios que podía derivarse de su ingesta ni especificaba la duración del tratamiento, lo que dio lugar a efectos adversos suficientemente acreditados. *Vid.* también la STS de 28 de mayo de 2012.

Responsabilidad medioambiental

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) 11 de junio de 2012. En relación con los gastos de descontaminación de terrenos sobre los que antiguamente hubo una fábrica de productos químicos, el tribunal señala la falta de responsabilidad de la sociedad anónima que desarrolló legalmente desde principios del siglo XIX la actividad de gran industria, cesó en ella y vendió los terrenos; en definitiva, no procede trasladar retrospectivamente los costes de la descontaminación con base en normas medioambientales.

VIII. Derecho de *trusts*

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

Loi núm. 2010-658, du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

1. Introducción

El artículo 1 de la ley 2010-658, de 15 de junio, ha introducido una nueva sección 2 en el capítulo VI del Título II, Libro IV del código de comercio francés que lleva por título «Del empresario individual con responsabilidad limitada». Esta nueva regulación permite a todo empresario individual crear uno o varios patrimonio(s) afectado(s) o adscrito(s) a alguna de sus actividades profesionales (comerciales, artesanales, agrícolas o profesiones liberales), al margen de su patrimonio personal y sin tener que constituir una sociedad. De acuerdo con los dos primeros párrafos del artículo L.526-6, párrafos primero y segundo:

«Todo empresario individual puede afectar a su actividad profesional un patrimonio separado de su patrimonio personal, sin crear una persona jurídica. Este patrimonio está compuesto por el conjunto de bienes, derechos, obligaciones o garantías de las que es titular el empresario individual, necesarios para el ejercicio de su actividad profesional. Puede comprender igualmente los bienes, derechos, obligaciones o garantías de las que es titular el empresario individual, utilizados para el ejercicio de su actividad profesional y que decide afectar a la misma. Un mismo bien, derecho, obligación o garantía no puede entrar sino en la composición de un solo patrimonio afectado.»

Durante la tramitación parlamentaria de la ley en el Senado se introdujo la posibilidad de que una misma persona pudiera constituir más de un patrimonio afectado. No obstante el artículo 14.II del texto definitivo aplaza esta posibilidad hasta el 1 de enero de 2013 (a pesar de que el resto del texto legal entró en vigor el 1 de enero de 2011) y se prohíbe que un mismo bien pueda ser objeto de más de un patrimonio.

La figura del patrimonio afectado del empresario individual representa una medida más, entre las que ha ido adoptando el legislador francés en los últimos años, dirigidas a preservar los bienes que integran el patrimonio de los empresarios individuales, limitando la propagación de las deudas sociales al mismo. El artículo L. 313-21 del código monetario y financiero ya retomó una antigua disposición del año 1984 dirigida a permitir al empresario individual, que por necesidades de su actividad tiene que recurrir a financiación externa y a quien la entidad crediticia exige la constitución de una garantía, proponer (aunque con carácter no vinculante) que la misma recaiga con carácter preferente sobre los bienes necesarios a la explotación de su actividad. Y la ley 2003-721 de 1 de agosto de 2003, para la iniciativa económica,

* Prof. Titular. Universidad de Cantabria.

junto con la *ordonnance* 2006-346 de 23 de marzo de 2006 y la ley 2008-776 de 4 de agosto de 2008 recogieron en los artículos L. 526-1 y siguientes del código de comercio la posibilidad de declarar inembargables la residencia principal y cualesquiera otros bienes inmuebles no afectados a la actividad profesional de comerciantes, artesanos, agricultores y ejercientes de profesiones liberales. Esta posibilidad se encuentra recogida hoy en el Libro V, Título II, Capítulo VI del código de comercio, que lleva por título «De la protección del empresario individual y del cónyuge». El capítulo VI se divide a su vez en dos secciones, la primera dedicada a regular «De la declaración de inembargabilidad» y la segunda destinada a regular la medida objeto de esta Crónica, bajo el título «Del empresario individual con responsabilidad limitada».

Con todo, de acuerdo con los textos de los trabajos preparatorios (fundamentalmente el *Rapport* realizado por Mme. Laure de la Raudière y presentado ante la Asamblea Nacional y l'*Etude d'Impact* (<http://www.legifrance.gouv.fr>), la ley 210-658 obedece a una necesidad social que no se ha visto resuelta por las reformas legislativas anteriores. «La mitad de los empresarios franceses ejercen su actividad profesional en nombre propio y se exponen así a que la totalidad de su patrimonio –profesional y personal– se vea embargado en caso de dificultades. Tales dramas, que se producen cada día y en cualquier sitio en Francia, constituyen una profunda injusticia. Si bien el alea profesional debe ser un riesgo, no puede conducir a la ruina de las familias». Añade el *Rapport* que la voluntad de crear un patrimonio afectado se ha ido constituyendo lentamente (ya se puso de manifiesto con ocasión de la tramitación de la ley de modernización de la economía de 2008) y que los dispositivos anteriores se han revelado insuficientes para ello.

Uno de los dispositivos dirigidos a preservar los bienes que integran el patrimonio personal ha sido precisamente el contrato de *fiducie*, que instauró la ley 2007-211, de 19 de febrero y que la ley 2008-776 de modernización de la economía, de 4 de agosto, desarrollada por la *ordonnance* 2009-112 de 30 de enero de 2009, sobre diferentes medidas relativas a la *fiducie*, han hecho extensible a las personas físicas, con la salvedad de los menores y las personas sometidas a tutela (arts. 408-I y 509.5 CC). Como tuvimos la ocasión de ver en la Crónica publicada en ADC, 3, 2007, 1379-1383, la *fiducie* permite la constitución de un patrimonio separado afectado a un fin de gestión o garantía pero, a día de hoy, la administración de dicho patrimonio no puede ser desempeñada por el constituyente. La *fiducie* exige encomendar la gestión del patrimonio a un fiduciario que ha de reunir las cualidades previstas en el artículo 2015 CC:

«Solo pueden ser tener la calidad de fiduciarios los establecimientos de crédito mencionados en el artículo L. 544-1 del código monetario y financiero, las instituciones y servicios enumerados en el artículo L. 518-1 del mismo código, las compañías de inversión mencionadas en el artículo L. 531-4 del mismo código así como las compañías aseguradoras reguladas en el artículo L. 310-1 del código de seguros. Los miembros de la abogacía pueden tener también la calidad de fiduciarios.»

Asimismo, la constitución de la *fiducie* requiere cumplir con una serie de formalidades (arts. 2018 y 2019 CC) que dificultan y encarecen su utilización.

2. Flexibilidad en la constitución del patrimonio afectado

La constitución del patrimonio separado del empresario individual resulta más sencilla y menos costosa que la transmisión de bienes en *fiducie* o la creación de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada. El empresario individual –que puede ser incluso un menor ya que el art.389.8 CC. reconoce la posibilidad de constituir patrimonios afectados a quienes han cumplido 16 años y cuentan con la autorización de sus progenitores o su representante legal, con autorización del juez tutelar– debe declarar, ante el Registro profesional en que figura inscrito o en su defecto ante el Registro del juzgado mercantil correspondiente al lugar en que tiene su sede principal, los bienes, derechos, obligaciones o garantías que quedan afectos a su actividad profesional y el objeto de tal actividad. Deberá incluirse una descripción de la naturaleza, calidad, cantidad y valor de los bienes, pudiendo incluirse todos aquellos que resulten necesarios o útiles al desempeño de la actividad (art. L. 526-8). A estos efectos se proporciona un modelo de declaración de afectación en los registros competentes y en la web oficial destinada al empresario individual con responsabilidad limitada (www.eirl.fr). Sólo la afectación de determinado tipo de bienes requiere el cumplimiento de ulteriores formalismos, bajo sanción de inoponibilidad de la afectación y consiguiente tratamiento unitario del patrimonio del empresario individual. Así, la afectación de un bien inmobiliario requiere el otorgamiento de acto notarial al que hay que dotar de publicidad por medio de su inscripción en el *Bureau del Hypothèques* (art. L. 526-9). La afectación de un bien de valor superior a 30.000 euros (valor establecido por Decreto núm. 2010-1706, de 29 de diciembre 2010 relativo al empresario individual con responsabilidad limitada) debe ir acompañada de una valoración efectuada por autoridad competente (art. L. 526-10). Y la afectación de un bien común o en régimen de pro indiviso exige contar con el consentimiento del cónyuge o cotitulares e informar acerca de cuáles son los derechos que tienen los acreedores del patrimonio afectado (art. L. 526-11).

3. Separación patrimonial a efectos de responsabilidad

El interés del patrimonio afectado radica sin duda en la posibilidad de hacer valer la separación frente a los acreedores del empresario individual cuyos créditos son de fecha posterior a su creación. Hasta la entrada en vigor de la ley 2010-658, esto sólo era posible en derecho francés a través de la creación de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada porque ni tan siquiera el régimen jurídico de la *fiducie* garantizaba la estanqueidad entre el patrimonio fiduciario y los restantes bienes del constituyente y/o fiduciario. Recordemos que a pesar de proclamarse la separación de patrimonios bajo la titularidad del fiduciario (arts. 2011 y 2025.1 CC) «en caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario, el patrimonio del constituyente constituye la prenda común de sus acreedores, salvo estipulación contraria del contrato de *fiducie* que ponga todo o parte del pasivo a cargo del fiduciario. El contrato de *fiducie* puede igualmente limitar la obligación al pasivo fiduciario al sólo patrimonio fiduciario. Tal cláusula sólo es oponible a los acreedores que la hayan aceptado expresamente». Es decir que a no ser que las partes hubiesen limitado la responsabilidad por las deudas derivadas de la

conservación o gestión de dicho patrimonio a los bienes existentes en el mismo (lo que exige el consentimiento expreso de los acreedores del patrimonio fiduciario), el patrimonio del constituyente o el del fiduciario responden subsidiariamente de tales deudas.

La separación patrimonial se encuentra asegurada sin embargo con la ley 2010-658. La afectación es oponible, en todo caso, a los acreedores cuyos derechos han nacido posteriormente al depósito de la declaración de afectación e incluso a aquellos cuyos derechos son anteriores si, habiendo sido debidamente informados, no se han opuesto a la afectación. Tanto la información como la oposición deben efectuarse en la forma prevista reglamentariamente. La oposición a la declaración de afectación por parte de los acreedores con derechos anteriores a la misma no impide la constitución del patrimonio afectado pero da lugar a un pronunciamiento judicial que, en caso de resultar favorable a dichos acreedores, ordenará que se proceda al reembolso de sus derechos de crédito. O alternativamente, y siempre que el empresario individual las ofrezca y se consideran suficientes, a que se constituyan garantías a favor de esos acreedores (art. L. 526-12).

Con el fin de hacer posible esta separación patrimonial, el artículo L. 526-12 CCom. Deroga expresamente el principio de responsabilidad patrimonial universal establecido en los artículos 2284 y 2285 CC:

«Por derogación de los artículos 2285 y 2285 del código civil: 1.º Los acreedores a quienes la declaración de afectación es oponible y cuyos derechos han nacido con ocasión del ejercicio de la actividad profesional a la que se encuentra afecto el patrimonio tienen por única garantía general el patrimonio afectado. 2. Los demás acreedores a quienes la declaración de afectación es oponible tienen como única garantía general el patrimonio no afectado.»

No obstante, como excepción a la estanqueidad del patrimonio afectado, el mismo artículo L. 526-12 añade que el empresario individual con responsabilidad limitada deberá responder con la totalidad de sus bienes y derechos en caso de fraude o incumplimiento grave de las reglas referentes a la afectación y separación del patrimonio. Y, en caso de insuficiencia del patrimonio no afectado, sus acreedores podrán satisfacer sus derechos sobre el beneficio obtenido por el empresario individual durante el último ejercicio. De esta forma se evita que una situación de declaración de concurso personal por parte del empresario pueda coexistir con una situación profesional boyante.

La oposición de la afectación a los acreedores del empresario y a los terceros con quienes éste se relacione, con carácter general, exige dotar de las debidas medidas de publicidad a la creación y evolución del patrimonio afectado. La ley 2010-658 exige a estos efectos, junto a la obligación de publicar la declaración de afectación en el registro profesional correspondiente (ver *supra* art. L. 526-7), la de que el empresario utilice su nombre, precedido o seguido de las palabras «empresario individual con responsabilidad limitada» o la sigla «EIRL», en toda la documentación relativa al desempeño de su actividad profesional (art. L. 526-6). El incumplimiento de dicha obligación puede ser objeto de una sanción económica (art. L. 526-20). Asimismo, el empresario deberá llevar una contabilidad autónoma de la actividad profesional a la que se encuentra afectado el patrimonio –de acuerdo con las reglas aplicables a los comerciantes y por medio de la apertura de cuentas bancarias destinadas exclusivamente a la actividad profesional que

ha originado la creación del patrimonio afectado— que deberá depositar anualmente ante el Registro en que se efectuó la declaración de afectación (arts. L. 526-13 y L. 526-14).

4. Régimen fiscal

El patrimonio afectado del empresario individual no sólo se caracteriza por la sencillez en su constitución y la separación patrimonial a efectos de responsabilidad por deudas sino también por un atractivo régimen fiscal. La ley 2010-658 ha modificado el artículo 1655 sexies del código general de impuestos a efectos de reconocer al empresario individual —siempre que éste no sea un auto-empresedor— la posibilidad de optar por declarar los beneficios derivados de su actividad profesional conforme a las reglas del Impuesto de Sociedades. En caso de ejercer tal opción, irrevocable, el régimen impositivo será el mismo que el previsto para las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. Es decir, una tasa reducida del 15% hasta 38.120 euros y 33,33% a partir de esa cantidad. De no utilizarse la opción, se aplicarán por defecto las normas del Impuesto sobre la Renta.

5. Modificación y extinción del patrimonio afectado

El contenido del patrimonio afectado se verá modificado por aplicación del principio de subrogación real o en el caso de que el empresario incorpore nuevos bienes al mismo. A estos efectos deben cumplirse las obligaciones contables anuales que permiten actualizar la composición y valor del patrimonio y las formalidades previstas para el caso de que los nuevos bienes aportados sean inmuebles, bienes de valor superior a 30.000 euros o bienes comunes o en régimen de pro indiviso. La modificación puede afectar también a la titularidad del patrimonio ya que la ley 2010-658 prevé la posibilidad de que el mismo pueda ser transmitido *inter vivos* (art. L. 526-17) o *mortis causa* (art. L. 526-16) a una persona física, manteniendo la afectación en el patrimonio del heredero o cesionario. Este cambio debe ir acompañado del depósito de una declaración de continuación de la actividad profesional por parte del heredero, o de transmisión del patrimonio afectado por parte del cesionario, ante el registro en que se efectuó la declaración de afectación.

En caso de no transmitirse *mortis causa* el patrimonio afectado tras el fallecimiento de su titular así como en el supuesto de renuncia a la afectación, la declaración de afectación dejará de producir efectos y con ello la separación entre patrimonio personal y profesional y la posibilidad de seguir tributando en el impuesto de sociedades. No obstante, en el caso de fallecimiento o de que la renuncia venga acompañada del cese en el desempeño de la actividad a la que se encontraba adscrito el patrimonio profesional, los acreedores profesionales sólo podrán dirigirse contra el patrimonio afectado. Deberá hacerse referencia a cualquiera de estas dos circunstancias en el mismo registro en que se inscribió la declaración de afectación (art. L. 526-15).

6. Conclusión

Con la ley 2010-658 el legislador francés ha querido estimular el espíritu empresarial, combinando las ventajas de la empresa individual (rapidez y

sencillez en la constitución y gestión de la actividad y no exigencia de un capital mínimo inicial) con las de la estructura societaria (separación patrimonial y régimen fiscal ventajoso). Para ello el legislador ha creado una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 2284 CC. La ley 2010-658 permite crear patrimonios adscritos al ejercicio de actividades empresariales y que absorben los riesgos de dichas actividades al sustraer los demás bienes del empresario individual de la obligación de responder de las deudas profesionales. La oportunidad de la medida es indiscutible en las actuales circunstancias económicas aunque su éxito dependerá en gran parte de la reacción de las entidades financieras a la hora de conceder crédito. Tratándose de pequeños empresarios con pocos bienes que adscribir a su actividad profesional, será difícil impedir que se condicione la concesión de crédito a la constitución de ulteriores garantías que sigan poniendo en riesgo el patrimonio personal del empresario.

Han sido nuevamente circunstancias de orden económico –estimular el emprendimiento– las que han acallado parte de las reticencias que tuvieron los parlamentarios franceses al aprobar y reformar la ley sobre la *fiducie*. Efectivamente, con ocasión de la reforma realizada por la ley 2008-776, de 4 de agosto de 2008, se amplió la posibilidad de transmitir bienes en *fiducie*, con la consiguiente separación patrimonial, a las personas físicas. Pero a día de hoy la utilización de la figura sigue exigiendo que la afectación vaya acompañada de la transmisión de los bienes a un tercero (el fiduciario), que ha de reunir las cualidades del artículo 2015 CC. Por medio de la ley 2010-658 se ha dado un paso más al permitir la constitución de varios patrimonios empresariales bajo la titularidad del mismo constituyente. Confiemos en que sea cuestión de tiempo el que desaparezcan los recelos hacia la posibilidad de crear patrimonios de afectación a título de liberalidad.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (junio-octubre 2012)

GUILLEM CANO PALOMARES*

Asunto Martínez Martínez y Pino Manzano c. España (demanda 61654/08), sentencia de 3 de julio de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y del domicilio)

Los demandantes habitan una casa situada a 200 metros de una cantera. La casa se utiliza también en parte como taller textil. Mediante decreto de 19 de junio de 1996, la municipalidad de Redovan (Alicante) decidió no renovar la adjudicación de la cantera a la empresa «A» por incumplimiento de las condiciones impuestas para su explotación. En octubre de 1996, la empresa «B» solicitó a la municipalidad la cesión de la explotación de la cantera, aduciendo que había comprado la fábrica y la maquinaria de la empresa «A». El Ayuntamiento acordó la cesión a «B» por un periodo determinado, que fue renovado posteriormente.

Los demandantes presentaron en vano varias denuncias quejándose del ruido ambiental y del polvo que padecían en el interior de su domicilio. Según un informe psicológico, padecían alteraciones en el sueño causadas por la contaminación acústica nocturna procedente de la cantera. En el marco del procedimiento penal entablado por los demandantes por un delito contra el medio ambiente, el Servicio de protección de la naturaleza (SEPRONA) de la Guardia Civil realizó un informe que describía los niveles de ruido y polvo observados dentro del domicilio de los demandantes. Entre las 22:00 y 8:00 horas, el ruido superaba en cuatro a seis decibelios el límite de los 30 decibelios establecido en la legislación. El procedimiento penal acabó con un auto de sobreseimiento dictado el 24 de marzo de 2000.

Los demandantes presentaron una reclamación previa de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento. Ante la denegación de esta reclamación, interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra el municipio y la empresa «B» ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. En fecha no determinada del año 2005, la cantera cesó definitivamente en su actividad. Mediante sentencia de 7 de abril de 2006, el Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso. Consideró que el Ayuntamiento había actuado correctamente en lo referente a la explotación de la cantera, expidiendo las autorizaciones y exigiendo todos los permisos necesarios. Además, señaló que la casa de los demandantes fue construida sin autorización en una zona califi-

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

cada de suelo urbanizable programado industrial. En consecuencia, el Tribunal consideró que los demandantes se habían colocado por propia voluntad en la situación de tener que soportar las probables inmisiones sonoras y de polvo procedentes de la cantera. En cualquier caso, el Tribunal apuntó que las molestias denunciadas no tenían la amplitud alegada por los demandantes, ya que el informe elaborado por la Guardia Civil permitía solamente reconocer la existencia de una superación mínima del nivel de ruido durante la noche. Tras solicitar la nulidad de actuaciones, los demandantes formularon un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Mediante resolución notificada el 30 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional declaró el recurso de amparo inadmisibile, al carecer de contenido constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 22 de mayo de 2008. Invocando los artículos 2 y 8 del CEDH, los demandantes se quejaban de los trastornos causados por los ruidos procedentes de la cantera sobre su salud psíquica.

El TEDH considera más conveniente examinar las quejas de los demandantes únicamente desde la perspectiva del artículo 8 CEDH. Recuerda que las vulneraciones del derecho al respeto del domicilio no contemplan solamente las materiales o corporales, sino también las inmateriales o incorpóreas, tales como los ruidos, las emisiones, los olores, etc. En el presente caso, no está en juego una injerencia de las autoridades públicas en el derecho en cuestión, sino una supuesta inactividad de estas cuando se trata de poner término a las agresiones llevadas a cabo por terceros. El TEDH señala que el SEPRONA comprobó el nivel acústico dentro del domicilio de los demandantes, así como el nivel de polvo. Ni el nivel acústico durante el día ni el nivel de polvo planteaban problemas. Solo los valores nocturnos de ruido superaban de entre 4 y 6 decibelios el límite autorizado. El TEDH constata también que los demandantes ubicaron su domicilio en un edificio del cual una parte de las dependencias se utiliza para su actividad profesional, a saber como taller textil. Este edificio se construyó sobre un terreno inicialmente calificado como rústico y luego como suelo de uso programado industrial. Dicha calificación prohibía la construcción de una vivienda. Por lo tanto, los demandantes se colocaron voluntariamente en una situación de irregularidad y les corresponde asumir las consecuencias de esta situación. Los demandantes no deberían quejarse pues de una contaminación acústica procedente de una cantera de piedra instalada legalmente sobre un terreno legalmente destinado a actividades industriales. Una zona de uso industrial no puede gozar de la misma protección medioambiental que las zonas residenciales. En conclusión, habida cuenta de la instalación irregular de los demandantes y del nivel de los ruidos detectados, el TEDH concluye que no puede considerarse que el proceder de las autoridades haya provocado una vulneración del derecho de los demandantes al respeto de su domicilio, así como de su vida privada y familiar (véase, *a contrario*, *Martínez Martínez c. España*, Crónica junio 2011-octubre 2011, ADC, 2012, 1). El TEDH falla que no ha habido vulneración del artículo 8 CEDH y que no ha lugar de examinar la queja dimanada del artículo 6.1 CEDH.

Asunto B.S. c. España (demanda 47159/08), sentencia de 24 de julio de 2012. Artículo 3 (prohibición de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH

La demandante, de origen nigeriano, reside legalmente en España desde 2003. El 15 de julio de 2005, B.S. se encontraba en la calle en la zona de El Arenal cerca de Palma de Mallorca, donde ejercía la prostitución. Dos

agentes de policía se acercaron a ella, le pidieron que se identificara y le dijeron que abandonara el lugar. La demandante se marchó del lugar inmediatamente. Un poco más tarde, al volver al mismo lugar, vio a los mismos agentes de policía e intentó huir. Según la demandante, los policías la agredieron, golpeándola con una porra en el muslo izquierdo y en la muñeca. Uno de los agentes la insultó diciéndole «puta negra fuera de aquí».

El día 21 de julio de 2005, la demandante estaba en la calle cuando el mismo agente de policía le dijo que no podía trabajar allí y tras discutir con ella, la golpeó con la porra en la mano. La demandante presentó una denuncia ante el Juzgado de Instrucción de Palma de Mallorca y fue a un hospital. El parte médico constató una inflamación y un hematoma de carácter leve en la mano izquierda. El Juzgado de Instrucción núm. 9 de Palma solicitó un informe a la Jefatura Superior de Policía. El Jefe Superior de Policía explicó que los controles policiales eran habituales en la zona en cuestión, debido a la existencia de numerosas denuncias por robos y agresiones presentadas por los vecinos. Señaló que la demandante había sido objeto de un control y había intentado huir, pero que en ningún momento los agentes la habían insultado o habían utilizado la fuerza física contra ella. Por medio de auto de 17 de octubre de 2005, el Juzgado de Instrucción acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, alegando que no aparecía justificada la perpetración del delito. La demandante interpuso un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. La Audiencia anuló el auto de sobreseimiento y ordenó abrir un procedimiento por faltas contra los dos agentes de policía que habían realizado el control policial según el informe de la Jefatura Superior de Policía. En el marco de este procedimiento, la demandante solicitó que se practicara una rueda de reconocimiento para identificar a los presuntos autores de los hechos. Dicha solicitud fue denegada, habida cuenta del tiempo transcurrido desde el incidente y del hecho de que los agentes llevaban un casco durante el control policial. En fecha de 11 de marzo de 2008, el Juzgado de Instrucción núm. 9 absolvió a los dos agentes tras la celebración de una vista durante la cual la demandante no pudo identificarlos. Además, el Juzgado tuvo en cuenta que el informe médico aportado por la demandante no precisaba la fecha en la que fue realizado. La demandante interpuso un recurso de apelación contra esta decisión, que fue desestimado mediante sentencia de 6 de abril de 2009.

Según la versión de la demandante, fue objeto de otro control policial el día 23 de julio de 2005. El mismo día, la demandante acudió al servicio de urgencias de un hospital público. El médico dejó constancia de la existencia de dolores abdominales y de una contusión en la mano y en la rodilla. La demandante presentó una nueva denuncia ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Palma, alegando ser víctima de discriminación racial por parte de la policía. Solicitó que se remitieran los números de placa de los policías que se encontraban en servicio los días 15 y 23 de julio, o subsidiariamente, la práctica de una rueda de reconocimiento con todos los agentes que patrullaban en la zona en esas fechas. El Juzgado de Instrucción pidió otro informe a la Jefatura Superior de Policía, que respondió diciendo que no había ningún control policial registrado en fecha de 23 de julio de 2005. Mediante auto de 22 de febrero de 2006, el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Palma acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa. Dicha decisión fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Palma, que desestimó el recurso de apelación en fecha de 7 marzo de 2007.

Los dos recursos de amparo interpuestos por la demandante fueron rechazados por el Tribunal Constitucional en fechas de 22 de diciembre de 2009 y 14 de abril de 2008.

La demanda fue presentada ante el TEDH el día 29 de septiembre de 2008. La demandante invocaba los artículos 3 y 14 del CEDH, denunciando las agresiones físicas y verbales de la policía, la discriminación sufrida por razón de sexo, profesión y raza, así como la falta de investigación efectiva sobre los hechos.

El TEDH recuerda que cuando un individuo afirma de manera defendible haber sufrido, a manos de la policía o de otros servicios comparables del Estado, malos tratos graves y contrarios al artículo 3 CEDH, esta disposición, combinada con el deber general impuesto al Estado por el artículo 1 del Convenio de «reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción, los derechos y las libertades definidos (...) en el Convenio», requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial efectiva. Esta investigación debe poder conseguir la identificación y el castigo de los responsables. En el caso concreto, por un lado, el TEDH observa que los Juzgados de Instrucción se limitaron a pedir informes a la Jefatura Superior de Policía para fundamentar sus decisiones de sobreesimiento. Además, estos informes fueron remitidos por el Jefe Superior de la Policía de las Islas Baleares, superior jerárquico de los agentes supuestamente implicados. Por otro lado, los jueces denegaron la solicitud de la demandante de realizar una rueda de reconocimiento para identificar a los presuntos autores, prueba que no puede considerarse como superflua según la jurisprudencia del TEDH. La vista pública celebrada el 11 de marzo de 2008 no puede considerarse suficiente para cumplir con las exigencias del artículo 3 CEDH, en la medida en que no permitió identificar a los agentes implicados.

El TEDH observa asimismo que los jueces se limitaron a descartar como prueba los informes médicos de la demandante, debido a que no estaban fechados y que no eran concluyentes en cuanto al origen de las lesiones denunciadas. Para el TEDH, los elementos de estos informes justificaban la realización de nuevas investigaciones por parte de las autoridades judiciales. Por último, el TEDH también critica que los jueces de instrucción no hicieran nada para identificar y oír a los testigos que supuestamente presenciaron los hechos (dos taxistas y guardias de seguridad de una discoteca) ni para investigar las alegaciones de la demandante sobre un supuesto traslado a la comisaría de policía. Por todo ello, el TEDH considera que las investigaciones llevadas a cabo en el presente caso no han sido suficientemente profundas, ni efectivas, para cumplir con las exigencias del artículo 3 CEDH. En consecuencia, el TEDH declara que ha habido una vulneración del artículo 3 CEDH en su dimensión procesal.

Sin embargo, en cuanto a los malos tratos denunciados por la demandante, el TEDH estima que los informes médicos no son concluyentes sobre el origen de las lesiones. Además, la imposibilidad de concluir sobre el origen de las lesiones es en parte consecuencia de la ausencia de investigación eficaz y profunda sobre las alegaciones de malos tratos. El TEDH no puede determinar, en estas circunstancias, la existencia de una violación material del artículo 3 CEDH.

En lo que se refiere a la queja derivada del artículo 14 CEDH, en combinación con el artículo 3 CEDH, el TEDH recuerda que las autoridades tienen la obligación de investigar los posibles motivos racistas de una agresión y de esclarecer si los prejuicios o el odio de tipo étnico pudieron tener alguna

influencia en los incidentes violentos. El TEDH constata que la demandante denunció ante las autoridades judiciales españolas los insultos racistas de la policía, así como el hecho de haber sido discriminada en relación con otras mujeres prostitutas de origen europeo. En la medida en que los tribunales españoles no investigaron los móviles supuestamente racistas de las agresiones y no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante (mujer africana ejerciendo la prostitución), el TEDH considera que no cumplieron con las obligaciones exigidas por los artículos 14 y 3 del CEDH.

El TEDH decide conceder a la demandante 30.000 euros en concepto de daño moral y la cantidad de 1.840,50 euros por todos los gastos del procedimiento.

Asunto Otamendi Eiguren c. España (demanda 47303/08), sentencia de 16 de octubre de 2012. Artículo 3 del CEDH (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes)

El demandante, periodista de profesión, era director del diario publicado en euskera *Euskaldunon Egunkaria*. El 20 de febrero de 2003, el demandante fue detenido en su domicilio por agentes de la Guardia Civil, en el marco de una investigación judicial sobre presuntos delitos de pertenencia y colaboración con ETA. Fue informado de su detención incomunicada y de su derecho a ser asistido por un abogado de oficio. El mismo día, el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional confirmó la detención incomunicada. En fecha de 21 de febrero de 2003, el titular de dicho Juzgado acordó la prórroga de la detención por un periodo de 48 horas. Durante la detención, el demandante fue examinado por un médico forense en cuatro ocasiones, los días 20, 21, 22 y 23 de febrero de 2003. En sus informes, el médico indicó que el demandante se había quejado de haber sido obligado a estar de pie durante largos periodos de tiempo, de haber sido amenazado con torturas, de haber sufrido golpes en sus órganos genitales. En cada visita, el demandante se había negado a ser examinado al no presentar ningún signo de violencia.

El 23 de febrero de 2003, el demandante fue presentado ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 6. El demandante denunció haber sido objeto de malos tratos durante la detención incomunicada: en particular, que no se le había dejado dormir; que durante dos días tuvo que estar de pie; que había sido obligado a realizar flexiones y a quedarse inmóvil durante dos horas, de pie, con la cabeza hacia abajo; que había sido objeto de insultos homófobos, obligado a desnudarse y a adoptar una posición sexual; que le habían colocado un objeto metálico en la sien y que habían simulado la detonación de una pistola; que le habían cubierto la cabeza con una bolsa de plástico en dos ocasiones; y finalmente, que le habían amenazado de muerte. El mismo día, el demandante fue liberado tras el pago de una fianza de 30.000 euros.

Una vez puesto en libertad, el demandante solicitó al Juzgado Central de Instrucción que remitiera al Juzgado de guardia de Madrid una copia de su declaración. Esta solicitud fue rechazada debido al carácter secreto de la instrucción. El 25 de marzo de 2003, el demandante presentó una denuncia ante los Juzgados de Instrucción de Madrid. El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid ordenó la apertura de una investigación. En el marco de estas diligencias, el demandante pidió que se remitieran las copias de su declaración ante el Juzgado Central de Instrucción y una copia del video de sus declaraciones ante la cadena de televisión vasca. A solicitud del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid, el demandante fue oído por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tolo-

sa, ante el cual detalló de nuevo los malos tratos sufridos a manos de la policía durante su detención y viaje a Madrid. Aunque no podría reconocer a los autores de las agresiones denunciadas, el demandante afirmó ser capaz de reconocer la voz de uno de ellos.

En fecha de 22 de diciembre de 2003, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid oyó al médico forense. Este declaró que no había encontrado al demandante especialmente cansado durante sus visitas, sino mas bien todo lo contrario, perfectamente consciente y orientado. Recordó además que el demandante se había negado a ser examinado y afirmó tener la impresión de que las alegaciones del demandante no eran compatibles con lo que él había visto.

Mediante auto de 16 de febrero de 2004, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa. Consideró que a la vista de los informes y la declaración del médico forense, no había indicios de que los malos tratos denunciados fueran reales. Por lo tanto, la práctica de otras pruebas solicitadas por el demandante no aportaría indicios suplementarios. Los recursos de reforma y apelación del demandante contra esta decisión fueron desestimados, al igual que su recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (por falta de contenido constitucional).

Mediante sentencia de 12 de abril de 2010, la Audiencia Nacional absolvió al demandante y a otras cuatro personas del delito de pertenencia a un grupo terrorista por el que habían sido acusados. En cuanto a las denuncias de malos tratos, la Audiencia Nacional constató «que no había habido un control jurisdiccional suficiente y eficaz de las condiciones de la detención incomunicada».

La demanda fue presentada ante el TEDH el 9 de septiembre de 2008. Invocando el artículo 3 CEDH, el demandante denunciaba la falta de investigación efectiva sobre las alegaciones de torturas y malos tratos.

En primer lugar, el TEDH recuerda las obligaciones procesales derivadas del artículo 3 CEDH ante una alegación defendible de malos tratos (véase *Beristain Ukar c. Espana*, sentencia de 8 de marzo de 2011, Crónica noviembre 2010-mayo 2011, ADC, 2011). En segundo lugar, observa que el demandante permaneció en régimen de detención incomunicada durante 5 días, y que por ello durante este tiempo no pudo informar a nadie sobre su detención o lugar de detención, no pudo designar un abogado de su elección, ni entrevistarse personalmente con el abogado designado de oficio. En tercer lugar, el TEDH constata que el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 permaneció pasivo frente a las denuncias presentadas por el demandante durante su primera comparecencia. El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid se limitó a oír al médico forense y a examinar sus informes, sin oír al demandante en persona, a los agentes implicados o a la persona que compartía la celda con el demandante, tal y como había solicitado el demandante. Por lo tanto, en opinión del TEDH, las investigaciones de los tribunales españoles no fueron suficientemente profundas ni efectivas para cumplir con las exigencias procesales del artículo 3 CEDH. Por último, el TEDH llama la atención sobre la importancia de adoptar las medidas recomendadas por el CPT (Comité para la Prevención de la Tortura) del Consejo de Europa para mejorar la calidad del examen médico-forense de las personas en régimen de detención incomunicada. En este sentido, estima que la situación de particular vulnerabilidad de estas personas justifica la adopción de medidas de supervisión judicial, previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para evitar los abusos y proteger la integridad física de los detenidos.

El TEDH concede al demandante 20.000 euros en concepto de daño moral y 4.000 euros por los gastos ocasionados por el procedimiento ante el Tribunal Constitucional y el TEDH.

Otras sentencias relevantes desde el punto de vista del Derecho Civil

Asunto Lindheim y otros c. Noruega (demandas 13221/08 y 2139/10), sentencia de 12 de junio de 2012. Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes): derecho legal para los arrendatarios de pedir la prórroga indefinida del contrato de arrendamiento bajo las condiciones preexistentes

Asunto Herrmann c. Alemania (demanda 9300/07), sentencia de Gran Sala de 26 de junio de 2012. Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes): obligación del propietario que se opone a la caza por razones éticas de tolerar la caza en su propiedad y de afiliarse a una asociación de caza

Asunto Björk Eidsdóttir c. Islandia (demanda 46443/09), sentencia de 10 de julio de 2012. Artículo 10 del CEDH (libertad de expresión): condena a una periodista por difamación a pagar una indemnización por publicar una entrevista con una bailarina de strip-tease en la que se acusaba al ex empleador de esta de una conducta criminal

Asunto B. c. Bélgica (demanda 4320/11), sentencia de 10 de julio de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): decisión de restitución de una niña a Estados Unidos después de que la madre la trasladara a Bélgica: Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Asunto M.D. y otros c. Malta (demanda 64791/10), sentencia de 17 de julio de 2012. Artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del CEDH: privación automática y permanente de los derechos de autoridad parental de una madre tras haber sido condenada por malos tratos a sus hijos

Asunto Costa y Pavan c. Italia (demanda 54270/10), sentencia de 28 de agosto de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): prohibición que impide a los padres portadores sanos de fibrosis quística seleccionar embriones para la fertilización *in vitro*, a pesar de la existencia en la legislación nacional del derecho al aborto terapéutico en caso de que el feto sea portador de la enfermedad

Asunto Godelli c. Italia (demanda 33783/09), sentencia de 25 de septiembre de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada): imposibilidad para un niño abandonado al nacer de acceder a cierta información sobre sus orígenes y su familia biológica o de solicitar que la madre renuncie a la confidencialidad

Asunto Arquidiócesis Católica de Alba Iulia c. Rumania (demanda 33003/03), sentencia de 25 de septiembre de 2012. Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes): ausencia de mecanismos para implementar las regulaciones del Gobierno que establecen la obligación de restitución de bienes confiscados, en este caso una biblioteca y un museo de gran valor histórico y cultural que pertenecían a la Iglesia católica

Asunto Glykantzi c. Grecia (demanda 40150/09), sentencia de 30 de octubre de 2012. Artículo 6 (derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del CEDH: existencia de un problema en el ordenamiento jurídico interno relativo a las dilaciones indebidas en los procedimientos civiles y ausencia de recurso efectivo para quejarse de las mismas

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LIDIA ARNAU RAVENTÓS*

STJUE 14 de junio de 2012. Banco Español de Crédito S.A v. Joaquín Calderón Camino. Petición de decisión prejudicial. Audiencia Provincial de Barcelona (España). Interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se pregunta, en primer lugar, si es conforme con la Dir. 93/13 una normativa nacional que impide al juez que conoce de una demanda examinar y apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, siendo así que este último no ha formulado oposición. El TJUE parte del reconocimiento del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, en cuya virtud pueden éstos libremente regular los mecanismos nacionales de cobro de créditos no impugnados. Tales normas, sin embargo, deben respetar los principios de equivalencia y de efectividad; así, en virtud del primero, tales normas no deben dispensar un trato mejor a las situaciones similares sometidas al Derecho interno. En este sentido, consta al TJUE que el sistema procesal español también impide al juez, en un proceso monitorio, apreciar de oficio si una cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público. A tenor del segundo, aquellas normas nacionales no deben impedir en la práctica o dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos reconocidos en el Derecho de la UE. Y, en este particular, el TJUE estima que excluir aquel control de abusividad de oficio puede menoscabar la efectividad de los fines perseguidos por la Dir. 93/13, especialmente por la alta probabilidad de que los consumidores no formulen oposición (ya sea por desconocer sus derechos, por los costes que ello podría acarrearles, por el brevísimo plazo del que disponen para ello, etc.). Se pregunta, en segundo lugar, si es conforme con la Dir. 93/13, un artículo, como el artículo 83 TR-LGDCU, que para el caso de apreciarse la nulidad de una cláusula abusiva ordena tenerla por no puesta e integrar el contrato conforme al artículo 1258 del Código civil y, especialmente, atendiendo al principio de buena fe. El TJUE estima que una disposición similar no es conforme con el artículo 6.1 Dir. 93/13 que ordena, simplemente, aplicar el contrato sin otra modificación que la supresión de la cláusula nula, si es que la persistencia de tal contrato es jurídicamente posible. Por el contrario, permitir la integración del contrato (así, en el caso a *quo*, declarada nula una cláusula de intereses moratorios del 29%, suplirla por otra que los reduce al 19%), elimina el efec-

* 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.

to disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, simplemente, la cláusula abusiva declarada nula no se aplique.

STJUE 21 de junio de 2012. Wolf Naturprodukte GmbH v. SEWAR spol. S r.o. Petición de decisión prejudicial. Nejvyšší soud (República Checa). Interpretación del artículo 66, apartado 2, del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se pregunta si a fin de poder aplicarse el Reglamento es preciso que en el momento de dictarse la resolución de cuya ejecución se trata, estuviera en vigor tanto en el Estado miembro de origen como en el Estado miembro requerido. La cuestión surge a raíz del artículo 66.2 del Reglamento, que permite, excepcionalmente, que sus normas se apliquen a resoluciones dictadas con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando la acción se hubiere ejercitado antes de este momento. No precisa, sin embargo, si aquella «entrada en vigor» se predica del Estado de origen, del Estado requerido o de ambos. Así las cosas, el TJUE recuerda que el Reglamento contiene determinados mecanismos que garantizan, durante el procedimiento inicial en el Estado de origen, la protección de los derechos del demandado siempre y cuando se halle domiciliado en un Estado miembro de la UE. Por el contrario, si estuviere domiciliado en un tercer Estado, la competencia se determina conforme a las normas del Estado de origen y aquellos mecanismos de protección del demandado no resultan aplicables. De todo ello colige el TJUE que, a efectos de reconocimiento y ejecución de una resolución judicial, es preciso que el Reglamento estuviere en vigor al tiempo de dictarse tal resolución tanto en el Estado de origen como en el Estado requerido. De este modo se garantiza que el demandado tuvo la posibilidad real de participar de manera efectiva en el procedimiento judicial, y de ahí la confianza del juez del Estado requerido en el juez del Estado de origen que justifican que acceda al reconocimiento y ejecución de la resolución dictada.

STJUE 12 de julio de 2012. SC Volksbank România SA v. Autoritatea Nationala pentru Protectia Consumatorilor-Comisariatul Judetean pentru Protectia Consumatorilor Calarasi (CJPC). Petición de decisión prejudicial. Judecatoria Calarasi (Rumania). Interpretación de la Dir. 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo. Se pregunta en primer lugar si es conforme con la Dir. 2008/48 una medida nacional de transposición a través de la que se pretenda incluir en su ámbito de aplicación contratos de crédito excluidos de la Dir. (así, los garantizados mediante derechos reales). El TJUE recuerda que en lo referente a los contratos de crédito incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva rige el principio de armonización completa, de forma que los Estados no pueden dispensar un nivel de protección distinto al previsto en la Directiva. Ello no significa, sin embargo, que los Estados no puedan extender el régimen previsto en sus medidas nacionales a otros contratos. Se pregunta, además, si el principio de armonización plena se opone a una medida nacional de transposición que imponga a las entidades de crédito obligaciones no previstas en el texto europeo y relativas, en particular, a los tipos de comisiones aplicables a los contratos de crédito. El TJUE constata que la Directiva no incluye normas de fondo sobre los tipos de comisiones a percibir por el prestamista; de ello deduce la conformidad con el Derecho de la UE de una norma nacional sobre el particular. En respuesta a una nueva pregunta, el TJUE concluye también que la prohibición de percibir determina-

das comisiones bancarias no supone una restricción a la libre prestación de servicios contraria al Derecho de la UE. Consta el TJUE que, ciertamente, la actividad consistente en la concesión de créditos constituye un servicio a efectos de lo previsto en el artículo 56 TFUE, en el bien entendido que una normativa nacional no constituye una restricción de tal libertad por el simple hecho que otros Estados miembros apliquen medidas menos rigurosas y más interesantes para los prestadores de servicios. Por el contrario, el concepto de restricción apela a aquellas medidas que, adoptadas por un Estado miembro, pretenden aplicarse a los prestadores de servicios de otros Estados miembros que quieran operar en el territorio de aquél. En el litigio principal, la prohibición de determinadas comisiones bancarias no aparece impuesta en relación con la autorización para prestar servicios en el territorio del Estado miembro que impone tal prohibición, ni tampoco supone una injerencia real en la libertad contractual de tales entidades toda vez que tampoco conlleva moderación de precios respecto al importe de las comisiones permitidas. Se pregunta, en último lugar, si es conforme con el artículo 24, apartado 1.º, de la Dir. 2008/48 (a cuyo tenor los Estados miembros deben procurar el establecimiento de mecanismos eficaces de resolución extrajudicial de conflictos), una norma nacional que, en materia de litigios de consumo, permite a los consumidores dirigirse directamente a una autoridad en materia de consumo que, a su vez, puede imponer sanciones a las entidades de crédito por infringir una normativa nacional y, todo ello, sin recurrir previamente a los mecanismos de resolución extrajudicial previstos en la legislación nacional para tales litigios. Entiende el TJUE que corresponde a los Estados miembros desarrollar aquellos procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos de tal forma que será la legislación nacional la que deba incorporar su carácter obligatorio o no siempre que, en este último caso, se preserve igualmente el efecto útil de la Directiva. En este contexto, la posibilidad que se brinda al consumidor de recurrir directamente a una autoridad legitimada para imponer multas no tiene por sí misma, en opinión del Tribunal, el efecto de hacer inadecuados o ineficaces los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos.

STJUE 12 de julio de 2012. Solvay SA v. Honeywell Fluorine Products Europe BV, Honeywell Belgium NV, Honeywell Europe NV. Petición de decisión prejudicial. Rechtbank 's-Gravenhage (Países Bajos). Interpretación de los artículos 6.1, 22.4 y 31 del Reglamento núm. 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. En litigios con pluralidad de demandados, el artículo 6.1 permite, a fin de evitar resoluciones inconciliables si los asuntos se juzgaren separadamente, que una persona domiciliada en un Estado miembro pueda ser demandada ante el tribunal del domicilio de cualquiera de los otros demandados. Al tratarse de una excepción a la regla general del domicilio del demandado, debe ser objeto de interpretación estricta, correspondiendo al juez nacional apreciar si existe o no riesgo efectivo de que se dicten resoluciones contradictorias si las demandas se juzgan por separado. La petición de decisión prejudicial se plantea en el marco de un litigio en el que se demandan, ante un mismo órgano jurisdiccional, a distintos demandados por vulneración, respecto de los mismos productos, de las mismas partes nacionales de una misma patente europea. Dado que la parte nacional de una patente europea se rige por la normativa nacional correspondiente a cada uno de los Estados para los que fue concedida, si no se permitiera aplicar la regla del artículo 6.1

del Reglamento, resultaría que distintos órganos jurisdiccionales (los correspondientes al domicilio de cada uno de los demandados) deberían aplicar el mismo derecho nacional infringido (a saber: el correspondiente a la parte nacional de la patente europea infringida o de otro modo, el derecho nacional correspondiente al territorio en el que se produce la vulneración de la patente europea) por razón de unos mismos hechos. Ante tales circunstancias, el TJUE estima que concurre aquel riesgo de resoluciones irreconciliables dado que, teóricamente, serían varios tribunales los que deberían juzgar unos mismos hechos aplicando el mismo derecho. Se pregunta, además, si el artículo 22.4 del Reglamento impide la aplicación del artículo 31 del mismo texto. El primero establece que, en materia de inscripciones o validez de patentes, son competentes de forma exclusiva los tribunales del Estado miembro en el que se hubiere solicitado o efectuado el depósito o registro conforme algún instrumento comunitario o convenio internacional. El segundo permite al tribunal de un Estado miembro, distinto al competente para conocer del fondo de un asunto, pronunciarse sobre una demanda de medidas provisionales o cautelares. Siendo ello así, el TJUE concluye que el primero no implica necesariamente desplazar la aplicación del segundo. En el caso *a quo*, en el que frente a una demanda de medida provisional se excepciona la validez de la patente europea supuestamente infringida, el juez que debe conocer de dicha medida debe limitarse a valorar el sentido en el que se pronunciaría el tribunal competente según el artículo 22.4 acerca de aquella validez y, en su caso, debe abstenerse de adoptar tal medida provisional si considera que existe una posibilidad razonable de que la patente sea anulada por el tribunal que debería conocer del fondo.

STJUE 19 de julio de 2012. Ebookers.com Deutschland GmbH v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV. Petición de decisión prejudicial. Oberlandesgericht Köln (Alemania). Interpretación del artículo 23.1 del Reglamento núm. 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad. El precepto, relativo a la información que en todo caso debe incluirse en las tarifas y fletes aéreos publicados bajo cualquier forma, se refiere también a los suplementos opcionales del precio. En relación a éstos, el artículo 23.1 ordena que se comuniquen de forma clara y transparente al comienzo de cualquier proceso de reserva. Mediante la cuestión prejudicial se pregunta si el concepto de «suplementos opcionales del precio» incluye el precio de prestaciones como el seguro de anulación del vuelo controvertido en el litigio principal, ofrecidas por una parte distinta a la compañía aérea y facturadas al cliente por el vendedor del viaje junto a la tarifa aérea, en forma de un precio global. El TJUE estima que sí. La respuesta parte de la previa constatación de la finalidad perseguida por aquel precepto, que es la de garantizar la información y transparencia de los precios de los servicios aéreos. Tratándose de servicios que no son ni obligatorios ni indispensables, deben ser objeto de una opción de inclusión por el consumidor, sin que pueda deducirse su consentimiento a fin de contratarlos de opciones por defecto que el cliente debe rechazar para evitar esa pago adicional. Considera el TJUE que el precepto no distingue (luego no resulta relevante) según sea la misma compañía aérea o un prestador vinculado a ella quién proponga el servicio y su coste.

STJUE 19 de julio de 2012. Ahmed Mahamdia v. República Argelina Democrática y Popular. Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (Alemania). Interpretación de los artículos 18.2 y 21 del Reglamento núm. 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. En materia de contratos individuales de trabajo celebrados con un empresario que no tiene su domicilio en un Estado miembro pero sí una sucursal, agencia o establecimiento, el artículo 18.2 considera, para todos los litigios derivados de la explotación de tal sucursal o agencia, que dicho empresario tiene su domicilio en el Estado miembro en el que se encuentre dicho establecimiento. Se pregunta, en particular, si una embajada es un «establecimiento» a efectos del artículo 18.2 y, en consecuencia, si cabe aplicar el Reglamento a fin de determinar el tribunal competente para conocer de una demanda interpuesta contra una embajada de un Estado no miembro de la UE situada en el territorio de un Estado miembro. El TJUE recuerda que la finalidad del artículo 18.2 es la de proteger a la parte contratante más débil (así, al trabajador) estableciendo reglas de competencia más favorables a sus intereses. A fin de interpretar los conceptos de «sucursal», «agencia» y «establecimiento», el TJUE retoma la interpretación vertida a propósito del Convenio de Bruselas, haciendo hincapié en dos circunstancias: la primera es que aquellas categorías presuponen un centro de operaciones, dotado de dirección y debidamente equipado, que se manifiesta de forma duradera; la segunda es que el litigio debe referirse a actos relativos a la explotación de tales entidades o bien a obligaciones asumidas por ellas y que deban cumplirse en el territorio del Estado en que se encuentran. Una y otra concurren en el supuesto de un contrato de trabajo celebrado con personas que no desempeñan funciones públicas, sino de gestión de una embajada. En el ámbito de estos actos realizados *iure gestionis* no rige el principio consuetudinario de inmunidad de jurisdicción de los Estados. La segunda pregunta versa acerca del artículo 21 del Reglamento. En su apartado 2 declara, frente a las reglas de competencia establecidas en el propio texto, la prevalencia de los acuerdos atributivos de competencia posteriores al nacimiento del litigio o que permitan al trabajador acudir a tribunales distintos a los previstos en el Reglamento. Se pregunta si tal disposición comprende una cláusula de sumisión procesal pactada antes del nacimiento del litigio y por que la se reconoce competencia exclusiva a un tribunal que se encuentra fuera del ámbito de aplicación de dicho Reglamento. El TJUE recuerda que el artículo 21 debe interpretarse a la luz de la finalidad de proteger adecuadamente al trabajador y que, en su caso, la cláusula que se hubiere pactado en ningún caso podría implicar excluir la competencia de los tribunales que fueren competentes según el Reglamento; por el contrario, la cláusula de sumisión procesal ampliaría las posibilidades de elección del trabajador, que podría optar por el tribunal competente según el Reglamento o por el que lo fuera a tenor de dicha cláusula.

STJUE 6 de septiembre de 2012. Trade Agency Ltd v. Seramico Investments Ltd. Petición de decisión prejudicial. Augstakas tiesas Senats (Letonia). Interpretación del artículo 34.1 y 2 del Reglamento núm. 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 relaciona los supuestos en los que cabe no reconocer una decisión adoptada en otro Estado, a saber: si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, o cuando se hubiese dictado en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado al

mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que, pudiendo hacerlo, no hubiese recurrido dicha resolución. Se pregunta, en primer lugar, si la citada disposición permite que cuando el demandado interpone un recurso contra el otorgamiento de la ejecución de una resolución dictada en rebeldía en el Estado miembro de origen, alegando que no recibió la notificación de la cédula de emplazamiento, el juez del Estado miembro requerido, que conoce de dicho recurso, es competente para comprobar la concordancia entre la información contenida en la certificación que acompaña a la resolución y las pruebas. El TJUE recuerda que en el sistema establecido en el Reglamento el otorgamiento de la ejecución, en el Estado miembro requerido, de una resolución dictada en otro, sólo puede implicar un mero control formal de los documentos exigidos para el otorgamiento de la ejecución. En una segunda fase del procedimiento, cabe que el demandado interponga recurso contra el otorgamiento de la ejecución. En caso de alegarse la circunstancia prevista en el artículo 34.2, el hecho de que la resolución extranjera venga acompañada de certificación de haberse notificado la cédula de emplazamiento al demandado no limita en modo alguno la facultad del juez del Estado requerido de valorar si tal notificación se ha practicado en tiempo suficiente como para que el demandado pudiera defenderse adecuadamente. El TJUE presta atención, además, a dos circunstancias: la primera sería que la certificación no tiene por qué haberla expedido el mismo órgano que dictó la resolución; la segunda es que en ella sólo debe indicarse la fecha de notificación de la cédula de emplazamiento, pero no otras informaciones útiles. De todo ello colige el TJUE que el juez del Estado miembro requerido es competente para apreciar autónomamente el conjunto de los elementos de prueba y comprobar la concordancia entre éstos y la información que consta en la certificación y, todo ello, a fin de valorar la concurrencia o no de las circunstancias descritas en el artículo 34. En segundo lugar, se pregunta si esta misma disposición permite al juez del Estado requerido oponerse al reconocimiento de una resolución dictada sin examinar ni el objeto ni los fundamentos de la demanda. El TJUE recuerda que la cláusula de orden público debe aplicarse sólo en casos excepcionales y que si bien corresponde a cada Estado miembro definir aquel concepto, corresponde en cambio al TJUE controlar los límites dentro de los que los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a él a fin de oponerse al reconocimiento requerido. Esta posibilidad sólo existe en caso de que tal reconocimiento implique desconocer o vulnerar una norma o un derecho considerados fundamentales en el Estado miembro requerido. Merece tal consideración el derecho a un proceso equitativo. Con todo, en opinión del TJUE, los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas sino que admiten restricciones siempre que estén justificadas por razones de interés general y no impliquen una limitación desproporcionada de tales derechos. Corresponde apreciar tales circunstancias al tribunal del Estado requerido que deberá considerar, en cualquier caso, las garantías procesales que acompañaban a la resolución y, en especial, la posibilidad real que tuvo el afectado de recurrirla de manera útil y efectiva.

STJUE 6 de septiembre de 2012. Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens, Gilbert Georges Henri Mittler, Jean Paul François Carolina Votron v. Hendrikus Cornelis Kortekaas, Kortekaas Entertainment Marketing BV, Kortekaas Pensioen BV, Dirk Robbard De Kat, Johannes Hendrikus Visch, Euphemia Joanna Bökkerink, Laminco GLD N-A, Ageas NV. Petición de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden

(Países Bajos). Interpretación del Reglamento núm. 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. Se pregunta si el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que pretenda citar como testigo a quien reside en otro Estado miembro debe siempre, para llevar a cabo dicho interrogatorio, aplicar los procedimientos de obtención de pruebas previstos en el Reglamento o, por el contrario, puede citar e interrogar al testigo con arreglo a su Derecho nacional. El TJUE se remite al artículo 1.1 de aquel texto, a cuyo amparo resultará de aplicación en materia civil y mercantil en aquellos casos en que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro solicite la práctica de pruebas al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro o la realización de pruebas directamente en ese último Estado. Por el contrario, el Reglamento no contiene disposición alguna que permita o prohíba a un órgano jurisdiccional citar a una parte residente en otro Estado miembro a fin de que comparezca ante él y sea interrogada. De todo ello colige el TJUE no sólo la conformidad de dicha actuación con el Derecho de la UE, sino además la libertad de que dispone también el órgano jurisdiccional que practica tal prueba de deducir de la incomparecencia injustificada del testigo las consecuencias previstas por su propio Derecho nacional.

STJUE 6 de septiembre de 2012. Daniela Mühlleitner v. Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi. Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación del artículo 15.1, c) del Reglamento núm. 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 artículo 15 contempla los contratos celebrados entre un consumidor y un contratante que ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiera tales actividades a dicho Estado y el contrato estuviere comprendido en el marco de tales actividades. En tales supuestos se declaran competentes, a elección del consumidor, los tribunales correspondientes al domicilio del demandante o del demandado. Con ello se altera tanto la regla general de la competencia del tribunal correspondiente al domicilio del demandado, como la especial en materia de contratos atributiva de la competencia a los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda. Se pregunta si el precepto resulta sólo aplicable a los contratos a distancia. El TJUE destaca la excepcionalidad del precepto y su necesaria interpretación restrictiva. Con todo, resuelve que no se condiciona su aplicación a que el contrato se haya celebrado a distancia. Ello coherente con la finalidad de otorgar mayor protección a los consumidores, en especial si se compara aquel precepto con el artículo 13 del Convenio de Bruselas, que incorporaba más requisitos y más rígidos que los previstos en el artículo 15 del Reglamento 44/2001.

STJUE 18 octubre de 2012. Purely Creative Ltd, Strike Lucky Games Ltd, Winners Club Ltd, McIntyre & Dodd Marketing Ltd, Dodd Marketing Ltd, Adrian Williams, Wendy Ruck, Catherine Cummings, Peter Henry v. Office of Fair Trading. Petición de decisión prejudicial. Court of Appeal (England & Wales, Reino Unido). Interpretación del punto 31 del anexo I de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado

interior. El punto 31 del anexo citado describe como «Práctica comercial agresiva», la de «crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad: no existe tal ventaja o premio equivalente, o la realización de la actividad relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación del consumidor de efectuar un pago o incurrir en un gasto». Se solicita, en primer lugar, que el TJUE se pronuncie acerca del concepto de «impresión falsa» y su relación con los dos supuestos descritos en el punto 31. En concreto, se pregunta si siempre se creará una impresión falsa cuando concorra uno de ellos o si, tratándose de un concepto autónomo, no la habrá, por ejemplo, cuando se informa adecuadamente acerca del gasto necesario para reclamar el premio. Atendiendo a la estructura de la frase, el TJUE resuelve que la «impresión falsa» no es un elemento constitutivo de la práctica desleal independiente de tales supuestos sino que, contrariamente, se producirá en tanto concurren uno u otro. Se llega a la misma conclusión atendiendo a la interpretación de la norma en su contexto. Tal conducta es reputada como práctica agresiva, no engañosa; de ahí que no sea necesario comprobar la existencia de una intención engañosa más allá de los dos supuestos descritos en el punto 31. Por lo demás, la expresión «incurrir en un gasto» no se acompaña de ninguna excepción, de forma que incluye tanto los gastos insignificantes como aquellos que no reportan ningún beneficio al profesional (por ejemplo, el gasto de un sello de correos). También resulta irrelevante que el profesional ofrezca distintas opciones al consumidor a fin de conseguir el premio, si al menos una de ellas implica incurrir en un gasto.

STJUE 4 de octubre de 2012. Finnair Oyi v. Timy Lassooy. Petición de decisión prejudicial. Korkein oikeus (Finlandia). Interpretación de los artículos 2, letra j), 4 y 5 del Reglamento núm. 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. El artículo 2 del texto define la «denegación de embarque» como la negativa a transportar pasajeros en un vuelo, pese a haberse presentado al embarque, salvo que haya motivos razonables para denegarlo, tales como razones de salud o de seguridad o la presentación de documentos de viaje inadecuados. A propósito del precepto y los motivos por los que se puede denegar el embarque, el TJUE responde a la cuestión planteada afirmando que en aquella definición se prescinde de los motivos o razones por las que un transportista deniega el transporte a un pasajero; de ahí que el precepto no resulte aplicable sólo a los casos de denegación de embarque por exceso de cabina, sino también a los que obedezcan a otros motivos. En cuanto a los que razonablemente justifican la denegación, el precepto alude sólo a algunos («tales como»), sin pretender ser exhaustivo. Siendo ello así, no sería un motivo razonable de la denegación de embarque a un pasajero la reatribución de su plaza a otro cuyo vuelo se haya cancelado por circunstancias extraordinarias, siendo así que tal reasignación de plazas se efectúe a fin de que los afectados por la cancelación no sufran más tiempo de espera. Por lo demás, no hay disposición alguna en el Reglamento que exima al transportista aéreo de compensar a los pasajeros en caso de denegación de embarque relacionada con circunstancias extraordinarias.

STJUE 25 de octubre de 2012. Folien Fischer AG, Fofitec AG v. Ritrama SpA. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del artículo 5, núm. 3, del Reglamento núm. 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. Tal disposición establece que, en materia delictual o cuasidelictual, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso. Se pregunta si el precepto incluye una acción declarativa negativa que tiene por objeto que se declare la inexistencia de responsabilidad delictual. El TJUE recuerda que la finalidad de esta regla especial de competencia es acercar el litigio al juez más adecuado para conocer el asunto, sobre todo por motivos de proximidad del asunto y de facilidad para la práctica de la prueba. En este contexto, el TJUE resuelve que, tal y como aparece redactada aquella regla, no es posible excluir de su ámbito de aplicación una acción declarativa negativa. Tampoco exige que quien interponga la acción deba ser necesariamente la víctima.

STJUE 23 de octubre de 2012. Vítor Hugo Marques Almeida v. Companhia de seguros Fidelidade-Mundial, S.A, Jorge Manuel da Cunha Carvalho, Paulo Carvalheira, Fundo de Garantia Automóvel. Petición de decisión prejudicial. Tribunal da Relação de Guimaraes (Portugal). Interpretación del artículo 3.1 de 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 motores, así como sobre el control de la obligación de asegurar dicha responsabilidad («Primera Directiva»), y Directiva 84/5/CEE, del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, sobre la misma materia («Segunda Directiva»). Se pregunta si resulta conforme con tales disposiciones una norma nacional que para el caso de colisión de dos automóviles que haya provocado daños personales al pasajero de uno de ellos permite limitar o excluir la responsabilidad civil de los asegurados por el único motivo de que tal pasajero ha contribuido a la producción del daño. El TJUE recuerda que la finalidad de las Directivas no es armonizar los regímenes de responsabilidad civil de los Estados miembros, sino la de garantizar que la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor que resulte aplicable según el derecho nacional, esté cubierta por un seguro conforme con las disposiciones de las Directivas. Ahora bien, el Derecho nacional no puede privar al Derecho de la UE de su efecto útil. Y esto último es lo que acontecería si una normativa nacional, basándose en la participación de la víctima en la producción del daño y definida dicha participación en términos generales y abstractos, le denegara el derecho a ser indemnizada con cargo al seguro obligatorio. Este derecho, por el contrario, sólo puede limitarse en circunstancias excepcionales y sobre la base de una apreciación individual.

STJUE 23 de octubre de 2012. Emeka Nelson, Bill Chinazo Nelson, Brian Cheimezie Nelson v. Deutsche Lufthansa AG; TUI Travel plc, British Airways plc, easyJet Airline Company Ltd, International Air Transport Association v. Civil Aviation Authority. Petición de decisión prejudicial. Amtsgericht Köln (Alemania) y la High Court of Justice (England & Wales). Interpretación y validez de los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento núm. 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, de cancelación o gran retraso de los vuelos. Se pregunta si los vuelos que sufran retraso tienen derecho a ser compensados y, de ser así, en qué circunstancias. El artículo 5 del Reglamento atribuye el derecho a una compensación económica a los pasajeros que se encuentren en las circunstancias que en él se describen (así, que se les haya cancelado el vuelo sin ser informados o que hayan sido informados de ello con menos de siete días de antelación con respecto a la hora de salida prevista y a los que el transportista no pueda ofrecer un vuelo alternativo que les permita salir con no más de una hora de antelación respecto a la hora de salida prevista del vuelo cancelado y llegar al lugar de destino con menos de dos horas de retraso respecto de la hora prevista). Nada se dice, en cambio, acerca de los pasajeros que se enteran *in extremis* antes del vuelo, o incluso durante el propio vuelo, que éste va a sufrir un retraso y que se llegará con tres o más horas de retraso al destino final. El principio de igualdad, en cuya virtud situaciones comparables no deben recibir injustificadamente un trato diferente, permiten reconocer a los pasajeros de vuelos que sufren un retraso de tres o más horas el mismo derecho a una compensación económica que los pasajeros a quienes se cancela un vuelo. En ambos casos, sin embargo, debe reconocerse al transportista aéreo la facultad de eximirse de aquel pago si acredita que el retraso o la cancelación obedieron a circunstancias extraordinarias que no hubieran podido evitarse. Tal obligación resulta compatible con lo dispuesto en el artículo 29 del Convenio de Montreal (o Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, concluido en Montreal, el 28 de mayo de 1999), que se refiere a la reclamación por los daños individuales que haya provocado el retraso. Asimismo, aquella obligación resulta compatible con el principio de seguridad jurídica y con el de proporcionalidad. Con el primero porque está perfectamente delimitado el concepto de gran retraso (existente a partir de las tres horas) y con el segundo porque dado el carácter irreversible, objetivo y fácilmente cuantificable de la pérdida de tiempo sufrida, la medida consistente en reconocer a los pasajeros afectados por esta molestia el derecho a una compensación económica resulta adecuada.

Jurisprudencia Nacional (mayo-octubre de 2012)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL)

STS (Sala Civil) de 8 de mayo de 2012 (RJ 2012\6117). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Compraventa de acciones: interpretación del contrato. Con posterioridad a la compraventa, aparece un pasivo de la sociedad que los compradores alegaban no conocer. Los vendedores, por su parte, sostenían que los compradores no adquirieron basándose únicamente en la información proporcionada por los vendedores, sino que era preciso tener en cuenta también documentos anteriores a la operación –en concreto, el *memorandum* y la *due diligence*– puesto que de otro modo se permitiría que los compradores fuesen contra sus propios actos. El TS desestima el recurso interpuesto por la vendedora, con base en la siguiente argumentación (FJ 2.º): «[E]n nuestro sistema, la interpretación del contrato no puede quedarse en el análisis de lo que se manifestó querer y de si la expresión es clara, ya que, sin perjuicio de que puedan entrar en juego reglas interpretativas y el principio de autorresponsabilidad por lo declarado, prevalece lo realmente querido por las partes. En tal sentido son de destacar las tendencias doctrinales sobre la función de la interpretación contractual puestas de manifiesto en el artículo 4, de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales –[e]l contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes–, el apartado 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho europeo de los contratos –[e]l contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras– y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación de 2009 –[l]os contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras–. 38. Lo expuesto no priva de todo valor a lo expresado por los contratantes si fuera claro, pues, de acuerdo con el principio de normalidad, cristalizado en el principio *id quod plerumque accidit* (lo que suele acontecer en la mayoría de los casos), la literalidad de lo manifestado constituye una muy valiosa herramienta para investigar lo que realmente aquellos querían, aunque para ello sea preciso acudir a factores ajenos a lo expresado para comprobar si lo que se quiso se expresó de forma ajustada. [...] 40. El silencio de la norma [art. 1282 CC] sobre el valor interpreta-

* Profesora agregada de Derecho civil. Universidad de Barcelona.

tivo de los actos anteriores a la celebración del contrato no ha significado obstáculo para que se admita el mismo, ya que la norma no los excluye y, de hecho, la expresión “principalmente” referida al comportamiento coetáneo y posterior, supone la admisión implícita de la posibilidad de tenerlos en cuenta –en este sentido, las sentencias 210/2000, de 8 de marzo (RJ 2000, 1511), y 294/2008, de 29 de abril (RJ 2008, 3525)– pese a que, como ha puesto de relieve la doctrina, se trata de una “voluntad contractual aún itinerante”. 41. Esta posición, de nuevo, coincide con las corrientes doctrinales actuales manifestadas en el artículo 5:102 de los principios de Derecho europeo de los contratos –“[p]ara interpretar el contrato se atenderá en especial a lo siguiente: (a) Las circunstancias de su conclusión, incluidos los tratos preliminares”– y el número 1 del artículo 1279 de la Propuesta de Anteproyecto de modernización –“[p]ara interpretar el contrato se tendrán en cuenta: 1. Las circunstancias concurrentes en el momento de su conclusión, así como los actos de los contratantes, anteriores, coetáneos o posteriores”. 42. En el caso enjuiciado, no es dudoso que los contratantes, a fin de evitar malentendidos, pueden prever de forma expresa la ineficacia de los actos anteriores o formular precisiones sobre su alcance –en este sentido, el apartado 3 del artículo 2:105 de los principios de Derecho europeo de los contratos dispone que “[l]as declaraciones anteriores de las partes pueden utilizarse para interpretar el contrato. Esta regla sólo puede excluirse o restringirse a través de una cláusula negociada de manera individual”–. 43. Esto es lo acontecido en el caso enjuiciado en el que los contratantes estipularon que “[d]ebido al hecho de que los inversores firmarán el presente contrato basándose en las informaciones facilitadas por los accionistas, éstos responderán de forma solidaria, personal e ilimitada, de todos los daños y perjuicios producidos a consecuencia de la falsedad de las informaciones facilitadas a los inversores y sus asesores en el procedimiento de negociación del presente Contrato”, lo que no puede ser interpretado sino en el sentido de que los litigantes estipularon que todos los actos previos –singularmente el *memorandum* y las *due diligence*– carecían de eficacia susceptible de variar el recto significado de lo expresamente manifestado».

STS (Sala civil) de 16 de mayo de 2012 (RJ 2012\6351). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Se resuelve un contrato de compraventa de acciones con base en una causa de resolución convencional: el comprador no desempeñó de forma satisfactoria sus funciones de dirección de la empresa durante el período de permanencia pactado. Tras considerar válida la condición así establecida, al ser simplemente (y no puramente) potestativa, la Sala también estima admisibles las causas de resolución fijadas por voluntad de las partes, incluso cuando los incumplimientos que contemplan no puedan ser calificados como objetivamente graves. En este sentido, en el FJ 2.º, párrafos 38 y siguientes, se señala que: «Para que pueda entrar en juego la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado decididamente por exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la «voluntad deliberadamente rebelde», exigida en etapas anteriores, lo que, como declara la sentencia 1000/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 5806), “se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990), cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el com-

prador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que “el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”. En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual “el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte”. 39. Dicho de otra forma, la libertad autonormativa que inspira nuestro derecho contractual privado permite a las partes configurar libremente causas de resolución, y al amparo de la libertad de pactos –siempre, claro está, que no se rebasen los límites que impone el artículo 1255 del Código Civil– atribuir la naturaleza de obligación principal a determinadas prestaciones o a su exacta ejecución, de tal forma que su incumplimiento –incluida la modalidad de cumplimiento inexacto– tenga trascendencia resolutoria por expresa decisión de las partes». En estos casos resultan de aplicación los artículos 1124 y 1156 CC. En sentido parecido, puede verse la STS (Sala Civil) de 5 de septiembre de 2012 (JUR 2012\345612), del mismo ponente.

STS (Sala Civil) de 30 de junio de 2012 (RJ 2012\9006). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Contrato de franquicia: incumplimiento esencial por infracción del pacto de exclusiva, resolución por parte de las empresas franquiciadas y alcance de la retroactividad de los efectos de la resolución en caso de contratos de tracto continuo. El incumplimiento por parte de la franquiciadora en que se basaba la resolución consistió en promocionar directamente, en un establecimiento comercial muy conocido, los productos objeto de franquicia. A la hora de valorar si ese incumplimiento constituía frustración del fin del negocio y era, por consiguiente, fundamento suficiente para la resolución, la Sala se refiere a los mismos preceptos que en el FJ 2.º, párrafo 38, de la STS de 16 de mayo de 2012 (RJ 2012\6351), citada unas líneas más arriba, para concluir que: «En el caso enjuiciado se ha acreditado la vulneración por el franquiciador del pacto de exclusiva, cuya importancia en el conjunto del contrato no se cuestiona, sin que opere a modo de excusa absolutoria la escasa incidencia económica de la grave infracción, ya que la vulneración de tal deber básico comporta una deslealtad suficiente para destruir la confianza en la contraparte singularmente exigible en los contratos de colaboración de ejecución continuada en el tiempo, constituyendo un incumplimiento esencial» (FJ 5.º, párrafo 40). A renglón seguido, la sentencia aborda la cuestión relativa al efecto retroactivo de la resolución en contratos de tracto continuo, entendiendo que, si bien en principio la resolución opera hacia el futuro, tal y como viene señalando la jurisprudencia del propio TS y recogen también el artículo 1458 del CC italiano y el artículo 9:305 (1) PECL, esta doctrina tiene excepciones, respecto de prestaciones que no son contrapartida o contravalor de las recibidas mientras estuvo vigente el contrato, lo que se desprende del artículo 1204 de la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Derecho de obligaciones y

contratos elaborada por la Comisión General de Codificación y del artículo 434.2 CC portugués. De ahí se concluye que procede restituir a las franquiciadas el canon de entrada satisfecho, puesto que no se ha acreditado que se trate de una contraprestación recíproca agotada y diferente al ingreso en la cadena de franquicias que ha quedado resuelto (FJ 6.º, párrafos 44 a 48). En cambio, se estima el recurso presentado por la franquiciadora en el sentido de que no puede estimarse como lucro cesante la cantidad señalada en el informe facilitado a las franquiciadas durante la fase de negociación (FJ 7); el Tribunal alude, por un lado, a que la indemnización por daños pretende colocar al perjudicado por el incumplimiento en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato (art. 9:501 PECL, que también se refiere al daño emergente y al lucro cesante), y, por otro, remite a los artículos 1211 del Proyecto de modernización del derecho de obligaciones y al artículo 9:505 PECL, en tanto que vienen a establecer que la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables, cosa que, según la Sala, tiene «especial importancia en los contratos mercantiles, ya que cuando el perjudicado observa la más absoluta pasividad frente al incumplimiento de la contraparte, y no acude a un negocio de reemplazo, singularmente cuando se trata de bienes fungibles o existen en el mercado otros equivalentes, el lucro cesante no puede imputarse exclusivamente a quien incumplió» (párrafo 54).

STS (Sala Civil) de 18 de julio de 2012 (JUR 2012\254013). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Se discute la resolución de un contrato de franquicia. La Sala considera que, de conformidad con la jurisprudencia más moderna, que se aparta de los precedentes del artículo 1124 CC, la resolución no necesariamente debe solicitarse judicialmente. A mayor abundamiento, señala, en el FJ 8.º, párrafo 72: «Aunque sin ser derecho positivo, con un innegable valor doctrinal, en esta dirección apuntan la propuesta de anteproyecto de modernización del derecho de obligaciones elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009, al disponer, en el artículo 1199, que “cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial. La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte”. Lo propio acontece con los principios de derecho contractual europeo que, en el apartado 1 del artículo 9:303, disponen “[que] el ejercicio del derecho de resolución del contrato requiere una comunicación al respecto a la otra parte”».

Propiedad intelectual

STS (Sala Civil) de 27 de septiembre de 2012 (JUR 2012\329989). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. La tutela del diseño. La diseñadora de una farola destinada al Eixample barcelonés, ganadora de un premio, suscribió un contrato de cesión de los derechos de explotación del diseño con una empresa. A raíz de discrepancias surgidas durante la ejecución del contrato, la diseñadora lo resolvió y cedió los derechos de explotación a otra empresa que, junto con la diseñadora, son las demandantes en los pleitos origen de este recurso de casación. Las demandas se dirigieron, por un lado,

a la reclamación de las regalías percibidas por la primera empresa y, por otro, a la protección del diseño frente al uso que del mismo hizo la demandada con posterioridad a la resolución del contrato. La primera de estas pretensiones fue admitida en las instancias inferiores, pero no así la segunda, que es objeto de casación. Se trató, por tanto, de discernir si el diseño de la farola debe ser protegido como propiedad intelectual. Las demandantes alegaron infracción de la doctrina de los actos propios (art. 7 CC, en su interpretación jurisprudencial), puesto que entendían que la demandada había venido actuando de modo que reconocía que el diseño tenía la condición de obra de propiedad intelectual. Esta cuestión, conexa a la interpretación del contrato inicial entre la diseñadora y la empresa demandada, se resuelve por la Sala por referencia la jurisprudencia que da prevalencia a la intención de las partes por encima de lo expresamente declarado, cuando aquélla sea obvia, y a los siguientes textos de *soft law*: «En este sentido hemos declarado, entre otras en la sentencia 285/2012, de 8 de mayo (RJ 2012, 6117), que las tendencias doctrinales sobre la función de la interpretación contractual puestas de manifiesto: en el artículo 4, de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales –“[e]l contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes”–; el apartado 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho europeo de los contratos –“[e]l contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras”–; y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación de 2009 –“[l]os contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras”–, de tal forma que la literalidad de lo manifestado constituye una herramienta, muy valiosa pero nada más, para investigar lo que realmente aquellos querían, aunque para ello sea preciso acudir a factores ajenos a lo expresado para comprobar si lo que se quiso se expresó de forma ajustada» (FJ 4.º, párrafo 35). A continuación, la Sala entra en la cuestión acerca de si el diseño es tutelado por el derecho de autor. En primer lugar, repasa los distintos sistemas básicos desarrollados en distintos países a este respecto (FJ 5.º, párrafo 40). A continuación, analiza cuál es la situación en España, a la luz del Derecho de la Unión Europea (párrafos 41 a 46): «41. De entre los diferentes sistemas, el Derecho de la Unión Europea excluye el de separación absoluta, al disponer en el artículo 17 de la Directiva 1998/71/CE, de 13 de octubre, de Protección jurídica de los dibujos y modelos que “[l]os dibujos y modelos protegidos por un derecho sobre un dibujo o modelo registrado en un Estado miembro o respecto al mismo de conformidad con lo previsto en la presente Directiva, podrán acogerse asimismo a la protección conferida por las normas sobre derechos de autor de dicho Estado a partir de la fecha en que el dibujo o modelo hubiere sido creado o fijado sobre cualquier soporte. Cada Estado miembro determinará el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección, incluido el grado de originalidad exigido”, y en el 96.2 del Reglamento (CE) 6/2002, de 12 de diciembre, Dibujos y modelos comunitarios, que “[l]os dibujos y modelos protegidos por un dibujo o modelo comunitario podrán acogerse asimismo a la protección conferida por las normas sobre derechos de autor de los Estados miembros a partir de la fecha en que el dibujo o modelo hubiere sido creado o fijado sobre cualquier soporte. Los Estados miembros determinarán el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección, incluido el grado de originalidad exigido”. 42. En nuestro ordenamiento, el artículo 10.1 del Texto Refundido de la Ley de

Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, dispone que «[s]on objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: [...] e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas», prescindiendo de la intención del creador y del destino de la obra, y sin exigir para las obras plásticas ningún requisito o mérito que singularice las “obras de arte aplicadas” de las “obras de arte simple” u “obras de arte puro”, lo que ha llevado a algún autor a sostener que nuestro ordenamiento se adscribe a los [sistemas] de acumulación total de protección de los derechos subjetivos de naturaleza intelectual e industrial –sin perjuicio de que su estatuto patrimonial sea inferior a tenor de los artículos 19.5 y 24.1 de la Ley de Propiedad Intelectual–, de tal forma que serían protegibles como propiedad intelectual los diseños que tengan un nivel de originalidad que les haga distinguibles de los anteriores, sin necesidad de altura artística, creatividad o individualidad configurativa. 43. Esta interpretación choca con lo afirmado en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, en la que se afirma que “[e]l diseño industrial se concibe como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto en sí o de su ornamentación. Ello no impide que el diseño original o especialmente creativo pueda acogerse además a la tutela que le brinda la propiedad intelectual, ya que ambas formas de protección son, como es sabido, independientes, acumulables y compatibles”. Y con lo previsto en la Disposición adicional décima de la propia Ley, al disponer que “[l]a protección que se reconoce en esta Ley al diseño industrial será independiente, acumulable y compatible con la que pueda derivarse de la propiedad intelectual cuando el diseño de que se trate presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual”. Forma que ha dado paso a una línea doctrinal [según la] que para la tutela del diseño por derecho de autor, a los requisitos de novedad y singularidad que para el registro exige el artículo 5 de la citada Ley 20/2003, de 7 de julio, añade la necesidad de que sea “original o especialmente creativo” o tenga “el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística”. 44. Nuestra decisión debe partir de que las finalidades de las normas que tutelan derecho de autor y diseño son muy distintas. Como indica el artículo 1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886, el derecho de autor tiene por objeto “la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”. También [lo] reconoce el preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual de 17 noviembre de 1987, al indicar que su finalidad es “otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes a través de las obras de creación contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos”. Mientras que el bien jurídicamente protegido por la propiedad industrial de las innovaciones formales referidas a las características de apariencia de los productos en sí o de su ornamentación, según indica la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003, se inspiran en la idea de tutelar “ante todo, el valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, prescindiendo de su nivel estético o artístico y de su originalidad”. 45. Está

expresamente admitida por el Ordenamiento de la Unión Europea la posibilidad de exigir para la tutela del diseño por derecho de autor, además de la novedad y la singularidad, cierto grado de “originalidad”. Ello supuesto, el reconocimiento del haz de derechos característicos del derecho de autor – además de los referidos a la explotación de la obra, otros morales –, sin necesidad de registro, y durante el largo período de tiempo que fija la normativa de propiedad intelectual. Y alguno sin límite, no puede proyectarse, sin más, a las formas nuevas –la novedad de creación estética a que se refieren las sentencias 1166/2001, de 4 de diciembre (RJ 2001, 10048) y 778/2010, de 24 de noviembre (RJ 2011, 579)–, que aportan un valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, pero carecen de cierto nivel de originalidad o/y creatividad dentro de la libertad relativa que impone su aplicación a un objeto. Se trata de requisitos necesarios para ser protegidas como obra artística, de tal forma que a la “novedad” precisa para el modelo industrial se acumula la exigencia de un plus de creatividad. 46. Consecuentemente, cabe diferenciar entre las obras plásticas puramente artísticas (con independencia de que puedan ser explotadas con fin industrial), las obras de arte aplicadas a la industria y los diseños propiamente dichos, o creaciones formales diseñadas o utilizadas para ser reproducidas artesanal o industrialmente en serie, que produzcan una impresión general en el usuario informado que difiera de la producida por cualquier otro diseño que haya sido hecho accesible al público». El párrafo 47 explica que ello no contraviene en absoluto la doctrina contenida en anteriores sentencias del propio TS. Se desestima el motivo, por no reunir la farola los requisitos que la harían merecedora de protección conforme a la legislación de propiedad intelectual.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Siguen siendo muy numerosas las resoluciones que aluden a los PECL, con frecuencia por remisión a decisiones del TS, especialmente en materia de resolución contractual, pero en ocasiones también de modo autónomo (véase, por ejemplo, la SAP de Valencia (Sección 8.ª) de 8 de mayo de 2012, JUR 2012\249389, ponente: Eugenio Sánchez Alcaraz). En esta edición nos hacemos eco, por un lado, de una sentencia que alude al criterio general sostenido en el Marco Común de Referencia sobre contratos de servicios y, por otro, de sentencias relativas a *swaps*, en las que se hace intensa referencia al concepto de error recogido en los PECL.

Marco Común de Referencia

SAP Barcelona (Sección 16.ª) de 7 de junio de 2012 (JUR 2012\257857). Ponente: Jordi Seguí Puntas. Unos arquitectos se comprometieron, frente a la empresa propietaria del suelo, a elaborar una propuesta de modificación del planeamiento (cambio de uso de suelo urbano) para ser presentada ante la autoridad administrativa competente. Las partes habían suscrito un contrato en que se detallaban minuciosamente las obligaciones asumidas por los arquitectos y se establecía un plan de retribución escalonado, en virtud del cual solo un 30% de la remuneración se supeditaba a la aprobación de la propuesta por parte del ayuntamiento. Los arquitectos reclamaron judicialmente el 70% restante, a lo que se opuso la comitente por estimar que

se había convenido una obligación de resultado y que este no se había conseguido. La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia, atendiendo al hecho de que el detalle del contrato y el plan de pagos previsto, junto con la tendencia doctrinal y normativa más moderna, que evita la distinción entre contratos de actividad y de resultado, hace estéril el debate. En este sentido, puede leerse en el FJ 2.º que: «[L]a tendencia doctrinal y normativa más moderna (véase el Marco Común de Referencia elaborado por el Grupo de estudio del Código civil europeo) aboga por una regulación unitaria de los contratos de servicios que prescinda de la clásica distinción –calificada de evanescente por algún autor– entre los contratos de actividad y los de resultado aún vigente en Derecho español, configurando el cometido del prestador de servicios –arquitectónicos o médicos, de construcción, o toda clase de asesoramiento profesional– como una obligación de hacer consistente en la realización de una tarea que requiere una formación y unos conocimientos y unos medios materiales y humanos. De hecho, el contrato litigioso no se aparta de esa tendencia desde el momento en que impone a los arquitectos elegidos por [la comitente] para la elaboración del proyecto de modificación puntual del Plan General Metropolitano (PGM) para el desarrollo del sector [...], la obligación de ejecutar los trabajos encomendados siguiendo el programa de necesidades facilitado por la propiedad y ajustándose a la normativa urbanística vigente en materia de uso y aprovechamiento del suelo (cláusula 1.ª, II contrato), de la misma manera que la Ley de Ordenación de la Edificación preceptúa que el proyectista debe redactar el proyecto “con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato” (art. 10.2, b/ LOE)».

Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL)

SAP Barcelona (Sección 1.ª) de 25 de julio de 2012 (JUR 2012\335613).

Ponente: Adolfo Lucas Esteve. Swaps. La entidad financiera ofreció a la empresa actora *swaps* por un valor nominal mucho más elevado que el crédito dispuesto y con unas condiciones que beneficiaban claramente a la entidad ante las variaciones del tipo de interés. Además, los *swaps* se suscribieron por medio de un documento que inducía a error, por cuanto manifestaba que era mera «transmisión» de los principales términos y condiciones de la operación suscrita, que iría seguido de un contrato «oficial» posterior que nunca llegó. Al intentar desligarse de la operación, la entidad informó a la actora que ello tenía un coste muy elevado (más de 120.000 euros, cuando el crédito dispuesto eran aproximadamente 4.000.000 de euros). Para cancelar los *swaps* sin coste, se suscribió un contrato de collar bonificado, sin que se firmase el MIFID, por entender que la actora tenía suficiente experiencia en este tipo de operaciones. Las condiciones de cancelación del collar bonificado no constaban en el contrato, donde se establecía simplemente que la cancelación anticipada vendría determinada por las condiciones de mercado en el momento de aplicarla, sin más especificaciones. La Audiencia imputa claramente a la entidad financiera el inadecuado asesoramiento al cliente, el desequilibrio entre las prestaciones pactadas y la oscuridad de cláusulas como la que se acaba de mencionar, así como el incumplimiento de la normativa MIFID. Finalmente, se declara la nulidad del contrato por error en el consentimiento. La doctrina del error se explicita con referencias a la jurisprudencia del TS, a las tesis sostenidas por De Castro y a los PECL (FJ 6.º):

«Estamos por tanto ante un supuesto de error provocado del que expresamente se ocupa el artículo 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1.^a, 17 diciembre 2008), reconociendo tal precepto el derecho de las partes de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada, y es claro que en nuestro caso la mercantil actora no hubiera celebrado el contrato de swap de haber conocido que podía sufrir una pérdida económica relevante, como así finalmente ha sido. Se trata por tanto de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, decantándose los PECL por imputar tal riesgo al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada. Obsérvese que el concepto de error que ofrecen los PECL ha sido recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII Enero 2009), y así el artículo 1298 CC presenta la siguiente redacción: “1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas. 3 Los contratos no serán anulables por error cuando sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error...”». También se refiere sentencia de la Corte Federal Alemana de 22 de marzo de 2011 (BGH XI ZR 33/10, Deutsche Bank/Ille Papier Service) que advierte de la situación de desequilibrio de las partes en este tipo de contratos swap y del conflicto de intereses en que incurre el banco asesor. En sentido muy parecido, de la misma audiencia, sección y ponente, pueden verse las sentencias de 6 de julio (JUR 2012\280099) y de 25 de julio (JUR 2012\335728).

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones y notas

SCHULZE, Reiner (ed.): *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden, C.H. Beck - Hart - Nomos, 2012, pp. 780. ISBN 978-3-8329-7205-9 (Nomos), 978-3-406-63418-5 (Beck), 978-1-84946-365-2 (Hart)

El lector ya está al corriente de la ya no tan reciente aprobación de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea (COM (2011) 635 final, de 11 de octubre de 2011) (en adelante, CESL, siglas en inglés). De ella se ha dado noticia en distintas crónicas de derecho europeo, incluida la publicada en este número. En el anterior, Martin Ebers incluía en su *report* de derecho nacional las numerosas publicaciones que ya se habían dado a conocer en Alemania sobre este instrumento opcional, completadas ahora con las más recientes apariciones y, entre ellas, el libro que aquí se recensiona. Sin embargo, esta obra se distingue de cualquier otra monográfica dada a conocer hasta la fecha, por su carácter internacional, tanto en la edición (participan 2 editoriales alemanas y 1 inglesa), como en la autoría (participan 15 investigadores de hasta 7 nacionalidades distintas y procedentes de distintas universidades, aunque es claro el predominio de las alemanas), el estilo (que es exegético, artículo por artículo) y el idioma (que es íntegramente el inglés).

Como es sabido, el CESL pretende ser, para los consumidores y empresas, una alternativa a las legislaciones nacionales aplicables a los contratos transfronterizos sobre compraventa, contratos sobre contenidos digitales y servicios relacionados. Si la norma llega a aprobarse, el camino hacia la armonización cederá el paso a una nueva vía de europeización del derecho privado, puesto que el CESL está llamado a coexistir con los derechos nacionales y, por supuesto, a competir con ellos. En la estructura de la norma se aprecian dos partes fundamentales: el Reglamento propiamente dicho, cuyas reglas establecen el ámbito de aplicación personal, material y territorial (16 artículos); y el Anexo I, que contiene el régimen jurídico sustantivo aplicable a los citados contratos (186 artículos) y que supone la opción «política» que prácticamente ha desmantelado el proyecto «académico» en qué consistía el DCFR, a pesar de que mucho de lo incorporado tiene su origen en él (a veces con algunos cambios y, en ocasiones, significativos). El CESL es el resultado de un proceso largo y tortuoso que aun no ha finalizado y por eso es importante que la comunidad científica se emplee en estudiarlo para detectar lagunas o defectos o, en su caso, ensalzar sus virtudes. Esa es la pretensión del libro que ahora se recensiona, que condensa en aproximadamente 800 páginas un comentario exegético de las normas del citado texto, incluidos los correspondientes índices de voces, los repertorios de jurisprudencia y bibliográficos, así como la reproducción de los textos que se analizan y de todos los que acompañan la Propuesta (dos apéndices al Anexo I, el Anexo II y la Memoria explicativa).

Los comentarios son muy sucintos y, por lo general, cada autor comenta los que se refieren a un mismo tema, en cada capítulo o sección. En negrita se resalta lo que es relevante. El comentario se estructura en 4 partes: (A) función que cumple la norma, (B) contexto (relación con otras normas europeas o internacionales y textos de *soft law*), (C) explicación de su contenido, y (D) crítica (positiva y negativa), aunque, excepcionalmente, algún autor no siga escrupulosamente ese esquema. En ocasiones, las explicaciones asumen algunos de los planteamientos que ya se han hecho explícitos en el Informe evacuado por el ELI (*vid.* E. Arroyo en la sección de Derecho de contratos, en esta misma crónica).

A pesar de su concisión y comedimiento, los comentarios proporcionan una excelente guía para la interpretación del CESL, que, vaya por delante, no es tarea fácil. Pueden apreciarse críticas de diferente tono: algunas sobre la sistemática, otras sobre los contenidos, aun otras de política jurídica.

En cuanto a la sistemática, aparte de señalarse la conveniencia de incorporar el texto del CESL en el cuerpo del Reglamento y no en un apéndice (art. 1, Wendehorst), son muchos los autores que detectan ubicaciones incorrectas o reiteraciones evidentes en las normas que analizan. Ejemplo de lo primero es el artículo 77 CESL, que, a pesar de regular el derecho a resolver/desistir de un contrato de duración indeterminada, forma parte del capítulo que regula los contenidos y efectos de contrato (Kieninger). Ejemplo de lo segundo, los artículos 166.3 y 168.6 CESL, que, por duplicado, establecen la posibilidad de reclamar daños distintos a los intereses de demora (Možina).

Las más de las veces se denuncia incompletitud de las definiciones, el uso no consistente de los conceptos o la ausencia de significado claro de algunos términos. Una primera muestra de ello se lee ya a propósito de algunas de las definiciones que contiene el artículo 2 CESL (Wendehorst) pero, en mayor o menor medida, esos son problemas evidentes a lo largo de todo el articulado. Baste citar el ejemplo del artículo 67 CESL, a propósito de la expresión «usos y prácticas en contratos entre empresarios» (Kieninger), o el que proporcionan los artículos 126, 127, 130 CESL, que no definen lo que deba entenderse por «interés legítimo» (Dannemann). Generalmente se señala la divergencia entre algunas normas del CESL y las que son sus precedentes, contenidas en el DCFR, los PECL o los PICC y, no pocas veces, para denunciar su peor calidad. Por ejemplo, en el comentario a los artículos 48, 50 CESL, a propósito de la diferente formulación de los requisitos del error y las amenazas para poder ser considerados vicios del consentimiento (Pfeiffer). En ocasiones, lo que se lamenta es que las normas sean demasiado largas y complicadas. Así, en el comentario del artículo 85 CESL, sobre cláusulas que se presumen abusivas (Mazeaud / Sauphanor-Brouillard). También se denuncia la inconsistencia que representa no regular uniformemente materias que son idénticas. Es claro el ejemplo que proporcionan los artículos 166 y 168 CESL, que deben traerse de nuevo a colación, esta vez para señalar lo absurdo que parece fijar intereses de demora distintos en función de cuál sea el tipo de pretensión ejercida (Možina). O, todo lo contrario, se critica la regulación idéntica de casos que merecen trato distinto. Así, los artículos 123 y 132 CESL, que imponen al comprador la obligación de tomar posesión tanto si se trata de un bien como de contenidos digitales (Dannemann).

Otras críticas son de política legislativa. Alguna positiva, como la que puede leerse en el comentario al artículo 40 CESL, que sale al paso de las opiniones contrarias a la imposición obligatoria de un derecho desistimiento en los contratos a distancia (Schulze). Otras, las más, son negativas, como la

vertida contra el artículo 176 CESL, que permite dejar sin efecto las reglas sobre restitución de prestaciones (Lehmann). Sin duda son polémicos los comentarios al artículo 86 CESL, donde se lamenta la utilización de diferentes parámetros según el tipo de contrato, B2C o B2B, a la hora de apreciar la abusividad de las cláusulas no negociadas (Mazeaud/Sauphanor-Brouillard). Y, ciertamente, es opinable la regulación en el artículo 160 CESL del derecho al resarcimiento del daño moral en caso de incumplimiento contractual, así como su alcance (Možina).

Podrían ponerse muchos otros ejemplos y detenerse con detalle en algunas cuestiones especialmente problemáticas, entre las cuales también podría citarse la prescripción (comentada por Møgelvan-Hansen), cuya regulación es lagunosa y, por de pronto, no se sabe muy bien si limitada a los contratos regulados en el CESL o de alcance más general. Es tarea que queda para el lector que, sin duda, encontrará en este libro un magnífico ejemplo de colaboración entre juristas en pro de la armonización del Derecho en Europa.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Universidad de Barcelona

CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.) – ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.),
La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre Derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho Europeo de La Compraventa de octubre de 2011), Madrid, Civitas, 2012, 572 pp.
ISBN 978-84-470-3981-4

Los días 1 y 2 de marzo de 2012 tuvo lugar en la Universidad de La Rioja un espléndido Congreso al que tuve la oportunidad de asistir. El debate de ideas que se ofreció por parte de los ponentes y asistentes demostró de manera clara el sentido y fundamento de la organización de los Congresos y Jornadas, acreditando con creces la justificación de las ahora escasas subvenciones en materia de investigación. Aun a sabiendas de que pueda exceder el cometido presente, debo aprovechar estas líneas para agradecer a director y coordinadores la labor realizada, porque la organización y esquema del mismo nos parecieron a la mayoría de asistentes un modelo a seguir.

La obra que aquí se reseña no es solo parte de lo que pudimos presenciar en aquellos días, porque dista considerablemente de lo que usualmente denominamos una recopilación de ponencias. Y es que nos encontramos con una cuidada y estudiada estructura, que ofrece una línea argumental por la que discurre el lector. La objeción que en la mayoría de las ocasiones se realiza a este tipo de obras en la que cada capítulo se desarrolla de manera inconexa por ser responsabilidad de un autor diferente, se salva en este libro a través de un trabajado sumario. Presenta un esquema coordinado, organizado en cuatro partes bien diferenciadas, cada una con una conexión y una justificada ubicación. La sistemática adoptada nos conduce desde la revisión explícita de la actualidad reguladora europea del Derecho de Consumo, hasta la visión más particular centrada en el impacto sobre el Derecho Civil español. La médula sobre la que recae el presente libro se basa en la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores de 25 de octubre de 2011 (DDC), y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, aprobada el 11 de octubre de 2011 (CESL). Pero faltaría a la verdad si no se afirmase que la obra abarca

unos objetivos más amplios, al encontrar cabida en ella análisis de diferentes materias ya reguladas y otras que esperan su regulación por parte de la Comisión Europea.

El resultado conseguido es sin duda el ofrecimiento de una visión completa y transversal del actual *Acquis Communautaire* de consumo. La coherencia con la que se lleva a cabo la elección de los temas abordados y su ordenación que guía al lector a través de los mismos no debe sorprendernos, pues el Profesor Sergio Cámara como director de la obra, y la profesora Esther Arroyo, como coordinadora, siguen dando muestras de su profesionalidad, siendo esta obra un resultado más de su experiencia no sólo en el campo de la coordinación, sino además en el del conocimiento y desarrollo de la normativa civil europea.

Centrándonos en la obra, en la primera parte, a través de cinco capítulos, se exploran las dos normas actuales de protección del consumidor, como son la DDC y el CESL, para reconducirnos hacia lo que debe ser la construcción del derecho contractual europeo de consumo. En un primer capítulo, Fauvarque-Cosson presenta un análisis exhaustivo del CESL, criticando la carencia de regulación en distintos aspectos del mismo, a la par que se congratula del instrumento opcional empleado, beneficioso para obtener el equilibrio entre los derechos nacionales y el derecho europeo. Tras el mismo, Schulte-Nölke nos muestra un análisis diferente del CESL, a través de la dicotomía entre las normas aplicables a los consumidores y a los empresarios. Aborda el examen del nivel de protección de las normas contenidas en el CESL, concluyendo en el excepcional nivel de protección ofrecido, en tanto que se consigue mejorar la protección del consumidor, y de otro, la de las propias empresas al crear un marco único legal. El profesor Twigg-Flesner continúa la obra con un estudio sumamente crítico de la DDC, enmarcada como un logro muy reducido, sin que sea posible su encaje con otras Directivas de consumo, e impida el desarrollo de un Derecho de Consumo europeo. Varios autores, entre los que encontramos a Zimmermann, presentan un ambicioso análisis de diversas cuestiones del Derecho Contractual europeo de consumo, síntesis de las reflexiones recogidas en la contribución «*Revision des Verbraucher-aquis*» de 2011. Este capítulo nos ofrece la posibilidad de acercarnos a los principales resultados obtenidos en la obra mencionada, en la que partiendo de la crítica a la excesiva expansión legislativa y judicial, se abordan temas como la imperatividad de las normas de protección del consumidor, la regulación de las cláusulas abusivas, el derecho de desistimiento, las reglas de restitución de las prestaciones de contratos frustrados o el análisis de los presupuestos de los deberes de información. Esta primera parte se cierra con el capítulo de Stuyck relativo a las directivas en revisión, planteando la necesidad de una armonización futura a través del paso por lo alcanzado hasta ahora, lo que está siendo desarrollado por la comisión, y lo que aún falta por hacer.

En la segunda parte de la obra, se prosigue con el mismo esquema, ofreciendo una visión general de diferentes materias que han sido recogidas por la DDC y el CESL, para concluir con su tratamiento en derecho español. Comienza esta parte con una excelente investigación del profesor Basozabal Arrue sobre los deberes precontractuales de información, a través de la observación de los criterios de asignación del riesgo de información. No parte de la existencia de una obligación de informar sino de cuándo es razonable que el contratante pueda reaccionar ante la ausencia de información. Y todo ello, seguido de un recorrido a través del derecho español, el *Draft Common Frame of Reference*, la DDC y el CESL, sin abandonar la postura crítica en

torno a las cuestiones abordadas. El capítulo séptimo, cuya autoría corresponde al profesor Domínguez Luelmo, afronta el estudio de cuestiones generales sobre el derecho de desistimiento, su régimen jurídico con respecto a los plazos determinados en la DDC, y el planteamiento de propuestas de mejora, sin olvidar la regulación española en el TRLGDCU. Demostrando el conocimiento que ostenta en el desarrollo del Derecho Europeo de contratos, la profesora Arroyo Amayuelas nos relata en el capítulo siguiente el tránsito hacia la actual regulación de la DDC con respecto a la contratación a distancia, presentando la disparidad de contenidos entre esta regulación y el CESL. Desde un punto de vista crítico, se analiza el régimen jurídico que se beneficia de cierta seguridad jurídica pero que pierde coherencia. Una interesante última parte del capítulo muestra las divergencias con el TRLGDCU, y como es habitual en la autora, nos convence de la necesidad de los cambios que exige la trasposición de la Directiva. Tras ella, Reyes López aborda el examen de la DDC en materia de los contratos fuera de establecimiento comercial, centrado básicamente en el derecho de desistimiento y de información. La segunda parte se cierra con la revisión de la Directiva de 2011 y el tratamiento de diversas cuestiones por parte de Carrasco Perera, sobre la base del objetivo inalcanzado con la misma. El planteamiento del deber de información y del derecho de desistimiento se enmarcan en una visión crítica del avance legislativo pretendido.

La tercera parte de la obra insiste en el análisis del derecho comunitario, a través de las diferentes Directivas sobre cuestiones que inciden directamente en el derecho de consumo. Tres son los aspectos que se analizan: el crédito al consumo, los contratos de aprovechamientos de bienes inmuebles y los contratos de viajes combinados. Tras analizar las regulaciones contenidas en el CESL y en la DDC, Marín López continúa con un riguroso estudio que conduce desde la trasposición de la Directiva de 2008/48/CE en la Ley de contratos de crédito al consumo, hasta examen de los contratos vinculados o la propuesta de directiva sobre contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial. El profesor Munar Bernat, como no podía ser de otro modo, es el encargado de presentar la Directiva de 2008/122/UE. Demostrando sus conocimientos fruto de sus investigaciones precedentes, el autor examina los cambios producidos entre la Directiva de 1994 y la de 2008, entremezclando la Ley española de 1998 y, a su vez, el análisis de las diferentes modalidades de contratación surgidas como principal novedad legislativa. Por último, la profesora Gómez Calle despliega su trayectoria investigadora en la materia, que analiza en el último capítulo de esta parte, presentando no solo un riguroso estudio sobre la Directiva 90/314 relativa a los Viajes Combinados y del texto español, sino aportando sugerencias de revisión futura de la Directiva.

Una última parte nos presenta el estudio de diferentes materias, que en un principio pueda parecernos algo deslavazada o de difícil encaje en la estructura hasta ahora desarrollada, pero que en cuanto nos sumergimos en la lectura encontramos justificada. En el primer capítulo de esta parte, Vaquer Aloy desgana cada una de las perspectivas de la regulación de los contratos de servicios en la DDC y el CESL. El exhaustivo análisis conduce al autor a la negación de la existencia de un contrato de servicios europeo. Los dos capítulos restantes tratan sobre la presencia de los contenidos digitales en la regulación europea. Spindler nos aproxima a la figura de la compraventa de bienes con contenidos digitales en el CESL. A continuación, el profesor Yanguas Gómez presenta con rigor un novedoso trabajo de investigación en el que muestra el marco legal configurado, ofreciendo en la segunda parte una

visión sumamente práctica del ejercicio de dicho régimen. En el capítulo 17 se aborda el estudio de las cláusulas abusivas como instrumento principal en la protección del consumidor, por parte del profesor Whittaker. Aunque se eche en falta la presencia en esta obra de la magistral ponencia del profesor Miquel González sobre la regulación de las cláusulas abusivas para completar la visión ofrecida (o la del profesor Morales Moreno en cuanto a acciones y remedios del consumidor), sin embargo el trabajo presentado se encuentra a la altura de lo exigido por la materia, abordando el análisis del artículo 4.2 de la Directiva de 1993, y ahondando en el control de las cláusulas relativas a los precios. Se sumerge en la tesis de la exclusión del control a través de decisiones jurisprudenciales variantes que dotan de atractivo jurídico los argumentos expuestos. Dos últimos capítulos conforman el final de la obra. El profesor Zaccaria, tras una ingeniosa introducción, aborda aspectos concretos de las garantías comerciales, concretadas en los plazos de prescripción, aunque este capítulo realmente esconde una acertadísima reflexión sobre el proceder de la regulación europea y su realidad en las diversas trasposiciones nacionales. Por último, el profesor Hodges culmina la obra con la exposición del debate planteado en la actualidad con respecto a los medios alternativos de resolución de conflictos, y la deriva que estos nuevos enfoques pueden alcanzar.

Como se observa, la obra reseñada no se trata de una mera descripción de la regulación europea en materia de consumo, sino que los análisis que se desarrollan en ella vienen acompañados de valoraciones críticas, de proposiciones de mejora o incluso de rechazos fundamentados a ciertos aspectos concretos. La reiteración en el tratamiento de algunas cuestiones, que en ciertos momentos de la lectura puede resultar a priori innecesaria, se convierte sin embargo en visiones complementarias desde diferentes ángulos de una misma materia.

Varias razones acreditan la recomendación de la lectura de la presente obra: la coherente sistemática seguida; los autores como expertos de las materias tratadas, investigadores que avalan el estudio presentado en cada capítulo con su trayectoria profesional en la materia; los resultados obtenidos de las investigaciones presentadas en cada capítulo; y el logro del director y la coordinadora en plasmar la conclusión de un prestigioso congreso en una ya imprescindible obra colectiva.

Paloma SABORIDO SÁNCHEZ
Universidad de Málaga

CONTI, Natalia: *Grenzüberschreitende Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in Europa. Eine Untersuchung der neuen EG- Unterhaltsverordnung*, Munich, Sellier, 2011, 227 pp. ISBN 978-3-86653-202-1 - ISBN 3-86653-202-4

La presente monografía contiene una tesis doctoral que, dirigida por el Prof. Dennis Solomon, se defendió en la Universidad de Passau en el verano de 2011. Se ocupa del reciente *Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* (DOUE L 7 de 10.1.2009). Este Reglamento entró en vigor a los veinte días de su publicación, aunque no ha sido aplicable con anterioridad al 18 de junio de 2011. El trabajo es, por tanto, de rabiosa actua-

lidad y puede resultar especialmente útil a quien se aproxime por primera vez a la norma europea.

La monografía consta de ocho partes. En la primera se estudia el *iter* que condujo a la aprobación del texto normativo y se define el objeto de la investigación. Se pretende, según indica la autora, estudiar la nueva normativa, haciendo especial hincapié en las novedades que ésta introduce y proponiendo soluciones para las dificultades interpretativas que se detecten en este estadio inicial tras su reciente promulgación. En la segunda parte se presenta el Derecho vigente en la materia, lo cual parece especialmente importante habida cuenta que se trata de un sector material en el que existe ya abundante normativa internacional, entre la que destacan los diferentes instrumentos adoptados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en la década de los cincuenta y setenta del pasado siglo así como recientemente en el año 2007, y el Convenio de Nueva York que Naciones Unidas elaboró en el año 1958. Seguidamente, en el tercer apartado se analiza la base competencial en virtud de la cual la Unión Europea ha adoptado el nuevo Reglamento. A continuación, la cuarta parte del estudio se dedica al ámbito de aplicación de la norma comunitaria, estudiándose en el quinto y sexto apartados, respectivamente, las normas de competencia de autoridades y de ley aplicable. A ello sigue el análisis de las normas de reconocimiento y ejecución de decisiones (sexta parte). Se concluye el trabajo con una especial atención a los supuestos en los que las prestaciones de alimentos han sido avanzadas por autoridades públicas (7.º apartado) y con una serie de consideraciones finales (8.ª parte).

Lo primero que llama la atención respecto a un trabajo, por lo demás serio y riguroso, es la omisión del análisis de las normas reglamentarias relativas a la cooperación de autoridades y a la asistencia judicial. No se explicita en ningún momento por qué estas cuestiones se dejan de lado, cuando tienen un evidente protagonismo en la norma comunitaria, y se trata probablemente de los capítulos más innovadores de la nueva normativa y que van a tener una mayor incidencia práctica. La explicación que se antoja plausible es que la autora no pudo dedicar más tiempo y energías al estudio de estas dos cuestiones, lo que a su vez es indicativo de una deficiente delimitación del objeto de la investigación que fácilmente se hubiera podido realizar a priori a fin de excluir estas materias. Tal y como lo realiza la autora, prácticamente de hurtadillas, da la sensación de que se trató de una decisión tomada a posteriori en función de circunstancias sobrevenidas.

En general, se advierten en el trabajo ciertos desequilibrios. Cuestiones como los antecedentes de la norma estudiada y la base competencial en virtud de la cual se adoptó, son objeto de extensas consideraciones, mientras que el estudio de algunos aspectos que son parte principal de la investigación, como la parte relativa al reconocimiento y ejecución de decisiones se ventila de forma apresurada. De igual forma es de mucha mayor extensión y profundidad el estudio del ámbito de aplicación del Reglamento que el análisis de las normas que el mismo contiene. Ello corrobora la impresión de que se trata de una obra que se cerró de manera apresurada, esencialmente porque venció el plazo temporal del que la autora disponía.

Por lo demás, se trata de un trabajo esencialmente descriptivo en el que la autora presenta de manera ordenada y sistemática el contenido de la nueva regulación comunitaria en materia de alimentos. En algunos momentos se realizan análisis de cuestiones polémicas que no acaban de convencer. Se defiende, por ejemplo, una interpretación autónoma del matrimonio, inclusi-

va del matrimonio de parejas del mismo sexo, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 2008 en el asunto «Maruko» (C-267/06). Esta interpretación es, sin embargo, discutible, pues era de aplicación al caso la normativa interna alemana de implementación de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Fuera de ese contexto no puede afirmarse como hace la autora que el Derecho comunitario sea contrario al mantenimiento del concepto heterosexual de matrimonio o que tal interpretación ha sido superada. El posterior Reglamento Roma III sobre la ley aplicable al divorcio y a separación y las Propuestas de Reglamento en materia de régimen económico matrimonial y los efectos patrimoniales de las uniones registradas más bien indican que subsisten las enormes dificultades que al Derecho de la familia europeo crea el matrimonio homosexual. No puede, por tanto, hablarse de un concepto autónomo o comunitario de unión conyugal, siendo esta una noción que cada ordenamiento jurídico define conforme a sus concepciones y valores internos.

Estamos, por consiguiente, frente a un trabajo que responde claramente a lo que es en la tradición alemana una tesis doctoral. Una persona, que no necesariamente tiene vocación universitaria, estudia de manera detenida durante un tiempo limitado una determinada cuestión. Desbroza el terreno para posteriores investigaciones de mayor profundidad y ofrece al lector una primera aproximación a una cuestión de actualidad. En estos mismos términos el trabajo es también de utilidad para el lector español.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Universidad de Barcelona

LURGER, Brigitta – FABER, Wolfgang (eds): *Acquisition and Loss of Ownership of Goods (Principles of European Law)*, Munich, Sellier, 2011. LXX+1.658 pp. ISBN: 978-3-935808-66-8

La obra que analizamos, incluida en la colección «Principles of European Law», constituye el principal resultado del grupo de trabajo sobre «Transfer of Movable» con base tanto en la Universidad de Graz (dirigido por B. Lurger) como en la Universidad de Salzburg (dirigido por W. Faber), el cual forma parte del Study Group on a European Civil Code que, como es sabido, asumió la ingente tarea de realizar el borrador de los principios europeos comunes para los aspectos más importantes del Derecho de obligaciones y para ciertas partes de la regulación de la propiedad de cosas muebles, dando lugar al denominado Marco Común de Referencia (DCFR).

En realidad, estamos ante un volumen que es una versión algo más extensa y parcialmente revisada de los comentarios y notas al Libro VIII del DCFR –que lleva el mismo título–, publicados en la «Full Edition» del año 2009 (Von Bar/Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference*, Full Edition, Sellier, Munich 2009, vol. V). Pretende ser una versión más completa, al incluir traducciones del articulado y extensas introducciones de Derecho comparado, y mejorada, al dar respuesta a algunas de las críticas que fueron lanzadas contra el Libro VIII y su primer comentario.

Ello explica la extensión de la obra, y la convierte en un instrumento imprescindible para comprender y desentrañar el Libro VIII, en la medida en que aporta las claves para conocer el porqué de las reglas y soluciones adop-

tadas en cada precepto. Lo cual es especialmente necesario teniendo en cuenta que el articulado no se limita a ser una condensación de los valores legales compartidos o adoptar posiciones que se consideran mayoritarias en el ámbito europeo, sino que apuesta también por diseñar principios de nuevo cuño, planteando algunas propuestas y conceptos que pretenden avanzar en el desarrollo del Derecho privado europeo.

Hay que recordar que uno de los aspectos en los que el DCFR supera a los Principles of European Contract Law (PECL), es al desarrollar reglas también para las cuestiones fundamentales de la regulación de los bienes muebles corporales, como es la transmisión de la propiedad (Libro VIII), las garantías mobiliarias (Libro IX) y el trust (Libro X). Por ello, el texto del Libro VIII carecía prácticamente de antecedentes.

En cuanto a su estructura, la obra se inicia con el texto del articulado del Libro VIII del DCFR, en inglés y traducido a otras diez lenguas de Estados de la Unión Europea (búlgaro, flamenco, estonio, francés, alemán, griego, húngaro, italiano, español y sueco).

Sigue después el estudio individualizado de cada precepto, compuesto principalmente por un comentario de unas cuantas páginas, y las notas referidas a la regulación, doctrina y jurisprudencia de los distintos ordenamientos nacionales. Las llamadas «National Notes», que constituyen la parte más extensa de la obra, proporcionan información de la regulación vigente en 28 sistemas legales europeos, dado que están basadas en los informes nacionales elaborados por expertos de los distintos países. Tales informes han sido objeto de publicación íntegra de forma separada (Faber/Lurger (eds.), *National Reports on the Transfer of Movable in Europe*, vol. I-VI, Sellier, 2008-2011).

Ello convierte a esta obra en un magnífico estudio de Derecho comparado, en la medida en que la investigación partió siempre de identificar la posición jurídica de cada uno de los Estados miembros, a lo que se añade el interés por reflejar tal investigación tanto en los comentarios como –especialmente– en las notas. Generalmente se dedica una nota a cada país, para analizar de forma exhaustiva la posición que mantiene respecto a la cuestión abordada en el precepto.

Las notas son especialmente interesantes en los preceptos que abordan los principales temas, añadiéndose anotaciones de carácter histórico. Así al abordar el derecho de propiedad (art. VIII.–1:202), se analiza el concepto, en primer lugar, desde la perspectiva histórica, donde de forma detenida se presta atención diferenciada a la evolución de los distintos sistemas (Civil law, Common law, Scandinavian legal systems) a lo largo de once páginas. Se aborda además cómo se realiza la garantía constitucional del derecho de propiedad en los distintos ordenamientos; para terminar con el análisis del concepto en la actualidad en los distintos países.

En cuanto al contenido, al igual que el DCFR, la obra se divide en 7 capítulos, advirtiendo en todo caso, que los temas abordados no se ciñen estrictamente a lo enunciado en el título «Adquisición y pérdida de la propiedad de bienes muebles», sino que incluye una cierta regulación del derecho de propiedad, que es el punto de atención principal, para tratar de forma secundaria la posesión, otros derechos reales limitados y la defensa procesal.

Pero hay que partir de que el Libro VIII del DCFR contiene sólo una parte de la regulación de la propiedad de bienes muebles, señalando von Bar que son aquellos aspectos especialmente relevantes para el funcionamiento del mercado común. Pero abundan las exclusiones y las remisiones a la ley

nacional. No se abordan las garantías reales sobre bienes muebles, dado que es materia de la que se ocupa el Libro IX DCFR.

Por supuesto, no se aborda nada relacionado con la propiedad o derechos sobre bienes inmuebles, al igual que en el resto del DCFR, al ser esta una materia más compleja donde la diversidad de los sistemas legales europeos hace más difícil la armonización.

Sólo analiza lo relativo a bienes muebles corporales, lo que incluye buques, aeronaves, animales, líquidos o gases (art. VIII.–1:201). Quedan excluidos los bienes inmateriales o intangibles. Quedan fuera la electricidad, los derechos de crédito (tratados en Libro III, cap. 5), y los derechos de propiedad intelectual o industrial. El dinero puede estar sometido al Libro VIII sólo en la medida en que esté incorporado a cosas corporales y muebles (monedas y billetes)[art. VIII.–1.101(5)] y no esté excluido expresamente (por ej., en la usucapión).

Partiendo de un capítulo 1 dedicado a las «Reglas generales», el capítulo 2 se ocupa del tema principal de la obra al ser la cuestión de mayor relevancia práctica y económica, la transmisión o adquisición derivativa de la propiedad, basada paradigmáticamente en un contrato de compraventa. Las demás formas de adquisición son consideradas situaciones en las que la transmisión efectiva de la propiedad ha fracasado por diversas razones: la adquisición *a non domino* por tercero de buena fe (Cap. 3, *Good faith acquisition of ownership*), y la usucapión (Cap. 4, *Acquisition of ownership by continuous possession*). Se contemplan además otras situaciones que pueden tener lugar en el contexto de las adquisiciones, para hacer referencia a la accesión, especificación, conmixión y adjunción (Cap. 5, *Production, combination and commingling*). El Capítulo 6 aborda los mecanismos y medidas procesales para la protección de la propiedad y de la posesión (*Protection of ownership and protection of possession*). Pero hay que aclarar que en el ámbito del DCFR no se incluye el Derecho procesal, por lo que la falta de tales normas reduce la coherencia del Libro VIII, si bien contiene múltiples referencias al proceso. Por último, se completa el análisis con la liquidación de las situaciones posesorias para los supuestos de restitución de los bienes a sus dueños (Cap. 7, *Consequential questions on restitution of goods*). No se tratan los demás modos de adquirir, como son la sucesión por causa de muerte, la expropiación, la ocupación, derelicción y hallazgo, etc., argumentando diversas causas, destacando su menor relevancia práctica. Hay que mencionar el estudio de Javier Fajardo Fernández (en E. Valpuesta (coord.), *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, 2011, págs. 499 ss.), en cuanto proporciona una guía muy útil de comparación del Libro VIII con el Derecho español.

Dadas las diferencias existentes entre los diferentes ordenamientos europeos en lo referido al derecho de propiedad, como los autores se ocupan de reiterar, a las reglas contenidas en el Libro VIII sólo de manera relativa puede atribuirseles el carácter de *restatements* o reglas europeas comunes. Son numerosos los preceptos con reglas sólo inspiradas en el Derecho comparado, o que sugieren soluciones novedosas, diseñadas tras sopesar los intereses de las partes que intervienen en una específica operación o conflicto, los intereses de los acreedores o de terceros, y los intereses generales tales como el funcionamiento del comercio y de la seguridad jurídica.

En lo relativo al derecho de propiedad, se mantiene el concepto tradicional unitario de propiedad –que conlleva que la transmisión de la misma lleva

consigo la de todas sus facultades—, justificándolo en que es el más generalizado en toda Europa, frente al concepto funcional de los países escandinavos.

El concepto de propiedad del Libro VIII conecta con la tradición romana: es el derecho más absoluto que pueda tenerse sobre una cosa, comprendiendo las facultades de usa, disfrutar, modificar, disponer y destruir la cosa (art. VIII.—1:202).

El concepto de posesión y sus tipos recogen el Derecho común continental europeo. Hay que destacar la regulación del mejor poseedor (*better possessor*), un poseedor actual o anterior, que en principio posee (o poseyó) de buena fe, a medio camino entre el titular y el poseedor, que reclama la restitución de la cosa (o que se le defiende frente a una intromisión ajena). En realidad, lo único que se le exige es que su derecho o posesión sea mejor que la de su contrincante, estableciendo diversos criterios para valorarlo (art. VIII.—6:301 (2)). Lo cierto es que con ello se está dando carta de naturaleza a la discutida acción publiciana, como se reconoce en los comentarios.

En todo caso, el grueso de la regulación se centra en los modos de adquirir la propiedad y en su protección. Pero, como reconocen los autores, la cuestión central es la determinación de los requisitos para que se produzca la adquisición derivativa de la propiedad, recogidos en el artículo VIII.—2.101 y los siguientes 14 preceptos que lo complementan. A pesar de la dificultad de proponer un texto armonizado, se opta por un sistema causal, al poner en evidencia que el abstracto resulta artificioso al imponer un trámite innecesario de más, como es el acuerdo traslativo abstracto. No se considera requisito el pago del precio para la adquisición del bien —salvo que se pacte la reserva de dominio—, ya que no es lo habitual en los ordenamientos europeos: el impago sólo permitirá al vendedor resolver el contrato sin efectos retroactivos [art. VIII.—2:202 (3)]. En cuanto al sistema de transmisión, los autores descartan el sistema consensual vigente en algunos países al ser su ámbito bastante reducido, dado que no se aplica en la venta de bienes futuros, genéricos, indeterminados, ajenos, etc. Y alaban el traspaso posesorio o entrega como mecanismos sencillo e intuitivo empleado desde antiguo para dar publicidad a la transmisión de la propiedad. Se adopta el denominado sistema «de entrega por defecto» (*delivery default rule*), que es un sistema de título y modo, en el que las partes pueden desplazar esa regla y decidir que la propiedad se transfiera aunque la entrega no se haya producido [art. VIII.—2:101 (1)(e)]. Por supuesto, se reconoce el mismo valor que a la entrega a los «equivalentes a la entrega», incluyendo los supuestos tradicionales como es la entrega de elementos adecuados para permitir el control de la cosa. En todo caso, la entrega y el acuerdo transmisivo no son equivalentes. La adquisición de la propiedad sólo surte plenos efectos frente a terceros cuando hay entrega o equivalente, como demuestran, entre otras, las reglas de la adquisición *a non domino* por tercero de buena fe (art. VIII.—3:101 y 3:102).

En materia de adquisición por usucapión no hay innovaciones relevantes, destacando que los plazos de posesión son más largos que en nuestro Derecho (bienes muebles, diez años si el poseedor es de buena fe y treinta años si no lo es) [art. VIII.—4:101(1)]. Ello contrasta con la reducción del plazo para la prescripción de las acciones (tres años, art. III.—7:201), lo cual es justificado por los autores como una protección al verdadero propietario frente a la expropiación privada sin indemnización que supone toda usucapión. Sin embargo, se protege al tercero adquirente *a non domino*, de forma instantánea y con criterio más amplio que en el Derecho español, porque ello supone proteger el tráfico.

En cuanto a la protección, se reconoce el derecho del poseedor a la auto-defensa (*self-help*) contra quien le prive ilícitamente de los bienes o interfiera en su posesión (art. VIII.-6:202); remedio que los autores recogen del Derecho alemán. El propietario dispone de tres acciones: una para recuperar la posesión, equiparable a la reivindicatoria; otra para que se declare su derecho, equiparable a la declarativa de dominio; y otra para protegerse frente a cualquier interferencia de hecho [art. VIII.-6:101 (1)(2)(3)]. Las acciones del poseedor son similares a las de nuestro ordenamiento.

En conclusión, ha de reconocerse el extraordinario esfuerzo colectivo que hay detrás de una obra de esta naturaleza, formada por una ingente labor de acopio de materiales a la que han contribuido expertos de todos los países, y una labor de análisis, reflexión y sucesivos debates por diversos grupos de juristas.

No cabe duda posible de la utilidad del resultado, al proporcionar un instrumento muy valioso para todo investigador que se acerque a alguno de los aspectos relacionados con los derechos sobre los bienes muebles, y no sólo porque el estudio de los PECL o el DCFR constituya hoy una tarea obligada, sino también por la cantidad de información de Derecho comparado que la obra proporciona. Desde este punto de vista, dado el riguroso análisis de la regulación en todos los países de la UE, puede ser una obra también muy útil para los profesionales del Derecho y, especialmente, a quienes que se enfrentan a litigios a nivel europeo. El principal reto, el que estos trabajos contribuyan a modelar el Derecho privado patrimonial de los distintos países europeos, es una apuesta de futuro; en todo caso, obras tan clarificadoras como la preparada por los Profesores B. Lurger y W. Faber contribuirán decisivamente a la tarea, al ser un buen punto de partida para el debate y aportar ideas valiosas para incorporar a los Derechos nacionales.

José Antonio MARTÍN PÉREZ
Universidad de Salamanca

SANTUCCI, Gianni: *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 2010, 198 pp. ISBN 978-88-15-13876-7

Seguramente algunas de las cosas que les suceden a los romanistas, a algunos romanistas al menos, pueden explicarse con el llamado complejo de superioridad. Este concepto psicológico y el más conocido complejo de inferioridad –con el que está muy relacionado, hasta el punto de poder ser una consecuencia de otro– fueron elaborados por el psicoterapeuta austriaco Alfred Adler. Quienes sufren complejo de superioridad, explicó Adler, tratan de ocultar sus sentimientos de inferioridad y sus debilidades resaltando o poniendo de manifiesto constantemente sus cualidades y virtudes. Suelen presentar por ello una imagen deformada de sí mismos, una verdadera impostura. En sus versiones más acusadas, el complejo de superioridad puede desembocar en prepotencia, arrogancia o megalomanía. Quienes lo padecen –como sucede con casi toda alteración psicológica– tienen problemas para aproximarse a la realidad.

Pensamos que algo así padecen (y han padecido: ha sido algo muy habitual) aquellos romanistas a los que les resulta insoportable e incomprensible que en algunos momentos de la historia el Derecho romano no fuera apreciado como la solución perfecta de todos los males (los males, entiéndase, que

resuelven las normas jurídicas). Un complejo de superioridad que habría conducido a estos romanistas a subrayar, siempre de forma exagerada, las virtudes –por otro lado, evidentes– del Derecho romano y a exigir de éste lo que no debía ni podía dar: su permanencia en el tiempo y a través de la historia. Este complejo, creemos, es el que habría animado en parte a ese neopandectismo, tan popular hace unos años, ahora un tanto *démodè* y de capa caída, especialmente en su postulación como opción (o al menos como inspiración principal) de los intentos de unificación del Derecho privado europeo. Esta opción, comprensible desde un punto de vista, digamos, material –hay quien le ha sacado unos buenos rendimientos durante bastante tiempo–, ha resultado a la postre contraproducente para el propio Derecho romano o, mejor, para la romanística (es bueno hacer caso siempre de la distinción del gran Orestano). Aunque el neopandectismo haya sido sólo una corriente y aunque no toda la romanística la haya secundado ni seguido, sí ha habido un momento en que podía parecer la corriente hegemónica. Esa es la sensación que produce muchas veces lo que está de moda. Una vez más, la perjudicada habría sido la romanística en su conjunto, debilitada de nuevo en sus cimientos e impelida por enésima vez a justificar su propia existencia (con el agravante de que todo ello, en esta ocasión, habría coincidido con el cuestionamiento generalizado del propio Derecho romano como materia necesaria para la formación de los juristas en las universidades).

En un ambiente justificativo, de recuperación del terreno, de nuevo, perdido, de volver a poner las cosas en su sitio, en una fase que podríamos calificar como *post-neopandectista*, hay que situar este libro de Gianni Santucci. *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche* es un libro modesto y sencillo, que trata de hacer, en su parte más aprovechable, la introducción (pp. 9 a 50), recuento de una historia, la del Derecho romano, la romanística y sus vicisitudes, conocida y muchas veces contada pero que es conveniente –es lo que viene a decirnos Santucci– volver a recorrer de nuevo. El planteamiento del libro es previsible en un texto de estas características –se ha repetido por otros romanistas en muchas otras ocasiones y con la misma finalidad–. Tiene una primera parte, la introducción, en la que el autor despliega sus ideas sobre la cuestión fundamental: el Derecho romano y sus relaciones e influencia sobre los Derechos modernos y, señaladamente, sobre los Derechos europeos, en el pasado y en el presente. Luego, en varios capítulos (tres en este caso), el autor desarrolla las conclusiones propuestas. Son capítulos de puesta en práctica, de aplicación y demostración, con mayor o menor fortuna, de la tesis mantenida. Por tanto, frente al evidente carácter general y metodológico de la introducción, los otros tres capítulos son monográficos, dedicados a cuestiones concretas del Derecho romano y del Derecho civil. En el caso de Santucci hay que valorar positivamente la diversidad de estos trabajos monográficos, si bien se mueven todos ellos en el ámbito específico del Derecho de los contratos: los dos primeros versan sobre la responsabilidad contractual –*Il principio dell'utilità dei contraenti* (pp. 51 a 87) y *La «diligentia quam in suis»* (pp. 89 a 151)– y el tercero sobre una cuestión relativa al contrato de sociedad, todo un clásico para los estudiosos de esta especie contractual: *Il crédito «personale» del socio* (pp. 153 a 187).

Santucci se centra en la introducción, el texto de tesis, en la cuestión de la continuidad o la discontinuidad entre el Derecho romano y los Derechos modernos. Ésta es, como se sabe, la cuestión. En su opinión, la relación entre estos no es diferente de la que puede observarse en otros ámbitos culturales,

como por ejemplo la historia del pensamiento, entre el mundo antiguo greco-romano y la modernidad. Una relación que proporciona una doble perspectiva: la de la alteridad y la identidad entre lo antiguo y lo moderno. Ambas perspectivas, y ésta sería su propuesta trasladada a lo jurídico, son válidas rectamente combinadas: de un lado, aquella que nos liga en un *continuum* con la tradición clásica y de otro la que evidencia la radical diversidad entre nosotros y el pensamiento y el modo de ser de los antiguos. Ello supone y exige conocer perfectamente cuales son las alteridades y las identidades entre ambos Derechos, el romano y el moderno. Ello permitirá evitar esas aproximaciones (y esos distanciamientos) superficiales que tantas veces se dan, basadas en tantas ocasiones en engañosas similitudes lingüísticas. Habrá identidades y alteridades aparentes y las habrá reales, que puedan permitir de verdad la traslación de lo antiguo a lo moderno y de éste hacia aquél. En definitiva, continuidades y discontinuidades que permiten recorrer la historia en ambos sentidos, de atrás hacia delante y desde delante hacia atrás, y que hacen posible, sobre todo, entender mejor el presente. Con este planteamiento, y no es ninguna sorpresa ni ninguna propuesta revolucionaria, Santucci concluye que el conocimiento de la perspectiva histórica para el jurista, en particular del Derecho romano y de la tradición romanística, puede revestir un papel esencial en la comprensión de figuras de la experiencia jurídica moderna. Los tres capítulos del libro que siguen a esta conclusión son, como decíamos, tres ejercicios en los que el autor intenta probar este planteamiento. En ellos, lo que se dilucida es hasta dónde alcanza la continuidad (y también la discontinuidad) del Derecho romano o, como el propio Santucci resume, cómo ésta se manifiesta de manera diversa: bien como «una continuità che continua» (cap. I), como «una continuità che continua ma pure si transforma» (cap. II) o como «una continuità che ritorna» (cap. III).

Hay que agradecer el libro de Santucci. Su reivindicación de la continuidad y la discontinuidad se alza frente al burdo continuismo practicado por el neopandectismo y por cierto comparatismo histórico-jurídico. Estamos de acuerdo con Bretonne, Caroni o, entre nosotros, con Cuenca Boy en reclamar siempre la historicidad del Derecho, de todo el Derecho, incluido el Derecho romano. Ese empeño por actualizar el Derecho romano, a base de un continuismo grosero, muchas veces incurriendo en el ridículo, ese ejercicio de *presentismo*, ha sido muy nefasto para la romanística hasta el punto de desfigurar su papel entre las disciplinas jurídicas y de desenfocar de forma irremediable el trabajo de muchos romanistas. Libros como el de Santucci, desde su sencillez y su apariencia poco pretenciosa, recuerdan algo que ya se sabe y sobre todo vuelven a señalar el camino correcto.

César HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Artz, Markus (Hrgs.): *Entwicklungen im Verbraucherprivatrecht-Deutschland und Europa. Symposium aus Anlass der Verabschiedung von Prof. Dr. Dr. h.c Peter Büllow, Heidelberg, Müller, 2007, 88 pp. ISBN 978-8114-5369-2*

El libro recopila las cuatro conferencias pronunciadas en el *Symposium* celebrado en la U. Trier, con motivo de la jubilación del Prof. Peter von Büllow al finalizar el semestre de invierno del curso 2005/2006. El volumen está dedicado al Derecho del consumo, que es una de las materias a las que el

homenajeado ha dedicado buena parte de su investigación, y destaca algunos aspectos relevantes de su desarrollo en el derecho alemán y europeo. Thomas Pfeiffer («*Die Rolle des Verbraucherrechts bei der europäischen Privatrechtsharmonisierung*», pp. 1-9) plantea el papel del Derecho de consumo en la construcción sistemática del Derecho privado europeo y realiza interesantes reflexiones metodológicas sobre la necesidad de sistematización y la posibilidad de generalización en el ámbito del Derecho civil de reglas y conceptos propios del Derecho de consumo. Las siguientes contribuciones focalizan más el análisis en el Derecho alemán. Desde una perspectiva de Derecho material y procesal, Ansgar Staudinger («*Austrahlung der Verbraucherschutzrichtlinien in das nationale Prozessrecht*», pp. 11-36) analiza la jurisprudencia del EuGH y BGH referida a las *Schrottimobilien* y estudia el encaje de la protección del consumidor con las normas de procedimiento. Günther Hönn («*Verbrauchervertrag-Verbraucherdelikt*», pp. 37-54) explica el tratamiento especial de la protección del consumidor en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Y, finalmente, Dieter Medicus («*Verbraucherschutzrecht und allgemeines Zivilrecht*», pp. 55-68) se ocupa, con abundantes ejemplos, de la integración del derecho de consumo en el derecho privado general y, entre otras cuestiones, aborda el problema del nivel de protección que debe acordarse al contratante en caso de «ultratransposición» de las directivas comunitarias. El libro está precedido de una introducción de Markus Artz y concluye con una relación bibliográfica de las obras de Peter Bülow. Sin duda, el lector interesado en profundizar, por un lado, en el alcance de la autonomía de la voluntad y, por otro, en la construcción de un derecho privado sistemático y coherente, encontrará en este volumen ideas y planteamientos muy sugerentes, que le permitirán acercarse con una perspectiva nueva a problemas que no son abordados de la misma manera en el propio ordenamiento jurídico.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Universidad de Barcelona