

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

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja la ciudadanía [DOCE C 115/1 de 4 de mayo de 2010].

El Consejo Europeo ha presentado el denominado Programa de Estocolmo destinado al desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. El programa supone una continuación de los programas de Tampere y La Haya (ver esta misma crónica...) y permite vislumbrar el futuro próximo del espacio judicial europeo (2010-2014). Me propongo dar cuenta brevemente de los puntos clave señalados por el Consejo centrándome en los temas de cooperación judicial en materia civil.

Se considera que la prioridad para los próximos años será centrarse en los intereses y las necesidades de los ciudadanos. Toda acción futura deberá tener presente, entre otras, las siguientes políticas:

1. Fomento de la ciudadanía y los derechos fundamentales. La ciudadanía debe llegar a ser una realidad tangible. El espacio de libertad y justicia debe ser ante todo un espacio único de protección de los derechos y libertades fundamentales. El Consejo invita a la Comisión a que presente urgentemente una propuesta sobre la adhesión de la Unión al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Del mismo modo insta a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros a asegurarse de que las iniciativas legislativas sean compatibles con los derechos y libertades fundamentales, a aprovechar la pericia de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a proseguir los esfuerzos de la Unión Europea para conseguir la abolición de la pena de muerte, la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes así como seguir apoyando y promoviendo la actividades de la Unión Europea luchando contra los delitos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. El derecho a libre circulación de los ciudadanos comunitarios y sus familiares es uno de los principios fundamentales en los que se basa la Unión Europea. La aplicación de la legislación comunitaria en esta materia es prioritaria.

2. Una Europa de la ley y la justicia. El Consejo Europeo celebrado en Tampere declaró que el principio de reconocimiento mutuo constituía la piedra angular de la cooperación en materia civil y penal. Este principio queda ahora inscrito en el Tratado. Para que este principio sea efectivo es necesario consolidar la confianza mutua desarrollando progresivamente una cultura

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

judicial europea basada en la diversidad de ordenamientos jurídicos y la unidad de la legislación europea. En materia civil, se considera que el proceso de la supresión del *exequátur* debe continuar durante el período cubierto por el programa. Además, deben tomarse medidas adicionales tanto de Derecho procesal como normas de conflicto de leyes (por ejemplo el derecho de audiencia, la notificación de documentos, un plazo suficiente para presentar dictámenes, etc.). El Consejo invita a la Comisión a presentar un informe sobre el funcionamiento del régimen actual de la Unión en materia de Derecho civil procesal a través de las fronteras y presentar una propuesta para mejorar la coherencia entre instrumentos comunitarios. Asimismo, la Comisión debería evaluar la necesidad de establecer normas mínimas comunes o normas estándar de procedimiento civil para la ejecución transfronteriza de sentencias y decisiones en asuntos como la notificación, la obtención de pruebas, los procedimientos de reconocimiento y ejecución, las normas mínimas relativas al reconocimiento en materia de responsabilidad parental y a presentar propuestas al respecto.

El reconocimiento mutuo debe ampliarse a la sucesión y los testamentos, los regímenes económicos matrimoniales y las consecuencias para la propiedad en los casos de separación. La unificación del derecho conflictual debe proseguir en ámbitos como la separación y el divorcio, sociedades, contratos de seguros y los intereses de valores negociables. Es del mismo modo importante, señala el Consejo, trabajar en la consolidación de los instrumentos adoptados hasta la fecha en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles. Es fundamental en este punto mejorar la coherencia de la legislación comunitaria racionalizando los instrumentos existentes. El Consejo invita a la Comisión a que evalúe qué salvaguardias son necesarias para acompañar la supresión del *exequátur* y como podría racionalizarse; a que evalúe si hay motivos para la consolidación y simplificación a fin de dar mayor coherencia a la legislación comunitaria vigente y a que haga un seguimiento del reciente estudio sobre los posibles problemas surgidos con respecto a los certificados de estado civil y el acceso a los registros de dichos documentos. A corto plazo, podría preverse un sistema que permita a los ciudadanos obtener certificados de su estado civil de forma fácil. Y a largo, podría considerarse si es adecuado el reconocimiento mutuo de los efectos de los certificados de estado civil en determinados ámbitos. Al respecto, deberían tenerse en cuenta los trabajos realizados por la Comisión Internacional de Estado civil. El reconocimiento mutuo hace necesario reforzar el principio de confianza mutua. En ese sentido la Unión Europea debería apoyar los esfuerzos de los Estados miembros para mejorar la eficiencia de sus sistemas judiciales fomentando el intercambio de prácticas idóneas y el desarrollo de proyectos innovadores relativos a la modernización de la justicia. Entre las medidas destaca la importancia en la formación de magistrados, fiscales y demás personal judicial.

Debe facilitarse el acceso a la justicia en particular en los procedimientos transfronterizos. Asimismo, deben seguir mejorándose los procedimientos alternativos de resolución de conflictos, concretamente en materia de consumo. El Consejo insiste en la importancia de la justicia en red. El portal europeo de justicia en red será una manera de mantener al público mejor informado sobre sus derechos y darle acceso a una serie de datos y de servicios en los distintos sistemas judiciales. Se propone aprovechar mejor la videoconferencia. De conformidad con las normas de protección datos, algunos registros nacionales se irán interconectando gradualmente, por ejemplo registro de

insolventes. También podrán integrarse en ese portal partes de lagunas bases de datos ya existentes (por ejemplo registro Europeo de Empresas y el Servicio Europeo de Propiedad Inmobiliaria). A medio plazo, algunos procedimientos transfronterizos europeos y nacionales podrían tratarse en línea (por ejemplo, el requerimiento europeo de pago, el proceso europeo de escasa cuantía y la mediación). Además, la Unión debería considerar la supresión de todas las formalidades para la legalización de documentos entre los Estados miembros y en su caso a establecer documentos europeos auténticos

Otro de los aspectos relevantes es la necesidad de definir claramente los intereses y prioridades exteriores de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Una de las iniciativas sería el evaluar qué Estados terceros podrían adherirse al Convenio de Lugano. Otra, el aprovechar la pertenencia a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado para promover de forma activa la adhesión más amplia posible a los convenios más pertinentes y ofrecer a otros Estados tanta ayuda como sea posible con vistas a la aplicación apropiada de los instrumentos.

Reglamento (UE) núm. 416 de la Comisión, de 12 de mayo de 2010, por el que se modifican los anexos I, II y III del Reglamento núm. 44/2001 del Consejo, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El anexo I del Reglamento 44/2001 enumera las normas de competencia nacionales a las que se refieren los arts. 3.2 y 4.4 R. 44/2001. El anexo II contiene la lista de los órganos jurisdiccionales o las autoridades competentes para tramitar las solicitudes de otorgamiento de la ejecución en los Estados miembros. El anexo III enumera los tribunales ante los que se pueden interponer recursos contra las decisiones de ejecución. Tales anexos fueron modificados en varias ocasiones y, en último lugar, por el Reglamento (CE) n.º 280/2009 de la Comisión, a fin de actualizarlos. Los Estados miembros han notificado a la Comisión modificaciones adicionales de las listas de los anexos I, II y III. Por ello es necesario publicar las versiones consolidadas de las listas que figuran en dichos anexos (Dinamarca no deberá participar en la adopción de las modificaciones, que no serán vinculantes).

II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL*

No se han producido reformas destacables en el espacio cubierto por esta crónica. Tan solo la lógica adaptación de los reglamentos de procedimiento de los tribunales de la Jurisdicción propia de la Unión Europea a los cambios operados en virtud del Tratado de Lisboa (DO L 92/12 a 18, de 13 de abril de 2010), comenzando por los terminológicos. En concreto se suprimen las referencias a la «Comunidad» o a las «Comunidades» o el adjetivo «comunitario», y se sustituyen, con las lógicas adaptaciones, por la expresión «Unión Europea».

Se actualiza también la denominación de dos de los tres tribunales actualmente existentes. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pasa a ser el «Tribunal de Justicia», y el Tribunal de Primera Instancia sustituye

* Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona.

por fin su impropia denominación por otra que no deja de ser ambigua y muy poco eufónica: «Tribunal General».

Por lo demás, se realizan cambios de detalle para adaptar los reglamentos a la nueva estructura institucional de la Unión, así como a la realidad normativa articulada, ya que la referencia a los antiguos tratados de las Comunidades se sustituye por la cita de los correspondientes artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en su caso, al TCEEA (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica).

III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

I. Grupo de expertos para el marco común de referencia en el ámbito del Derecho Contractual Europeo

El DOUE de 27 de abril de 2010 (DO L 105/109) publicaba la decisión de la Comisión europea, del día anterior, por la que se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo. Se trata de 18 personas, entre profesores, notarios, abogados, consumidores y representantes empresariales, que se reunirán una vez al mes hasta mayo de 2011, con la intención de simplificar la versión actual del Proyecto Científico del Marco Común de Referencia. Esto es, seleccionar las partes pertinentes para el Derecho contractual y reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados, teniendo también en cuenta otros trabajos de investigación. Se pretende así crear un texto accesible «que seguirá el ciclo de vida de un contrato, desde los derechos previos a la firma del mismo y sus elementos constitutivos hasta los recursos por incumplimiento y las consecuencias de la rescisión». Son noticias de Press Release RAPID (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/595&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=>), que también indica que el grupo se reunió en Bruselas, por primera vez el 25 de mayo. El Parlamento Europeo y el Consejo participan como observadores en sus reuniones. El Grupo está integrado por expertos cualificados en el ámbito del Derecho civil y, en particular, del Contractual, y lo forman las siguientes personas: Susanne Czech, Fernando Gómez, Luc Grynbaum, Torgny Håstad, Martijn W. Hesselink, Miklos Kiraly, Irene Kull, Pierre Levêque, Paulo Mota Pinto, Jerzy Pisulinski, Bob Schmitz, Hans Schulte-Nölke, Jules Stuyck, Anna Veneziano, Ioana Lambrina Vidican, Simon Whittaker, Hugh Beale, Eric Clive. Su actividad no es remunerada.

El próximo verano, la Comisión pondrá en marcha una consulta pública sobre la forma más apropiada de mejorar la coherencia del Derecho contractual de la UE. Una posible solución podría ser un Derecho contractual europeo opcional (el «sistema 28°»).

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

II. Propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores

1. Declaraciones de la Comisaria Viviane Reding.

La nota de prensa del Parlamento europeo, de 17 de marzo de 2003 (http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/063-70800-076-03-12-911-20100317IPR70798-17-03-2010-2010-false/default_es.htm), se hace eco de las reclamaciones del Parlamento europeo y de la conformidad de la Comisaria europea de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, Viviane Reding, en su comparecencia ante el Comité del Parlamento europeo, Mercado interior y Protección del Consumidor, en la que reconoce que la Comisión está dispuesta a abandonar la Propuesta de directiva horizontal sobre derechos de los consumidores, si tanto el Parlamento como el Consejo están de acuerdo. En su discurso en el Día Europeo del Consumidor, en Madrid, 15 de marzo de 2010 (Europa Press releases RAPID - Speech 10/91), Reding ya ponía de relieve que la legislación europea basada en el enfoque de armonización plena debe conseguir un elevado nivel de protección y una calidad incontestable y se hacía eco de las preocupaciones del Parlamento Europeo y de los Estados miembros, que reiteradamente han manifestado que la armonización plena de los derechos de los consumidores en las transacciones internacionales exige modificaciones en los ordenamientos jurídicos nacionales, a lo que algunos Estados miembros se oponen en la medida en que eso puede reducir el nivel de protección y, adicionalmente, limita la necesaria flexibilidad del legislador para conseguir una mejor adaptación a los cambios y nuevos desarrollos del mercado. Reding acepta discutir la propuesta de Andreas Schwab (*vid.* transcripción resumida *infra*) y considera la viable limitar el objetivo de plena armonización a aspectos concretos (*targeted harmonization*). Por ejemplo, en los contratos a distancia (a través de internet), pero no en los contratos entre presentes. Acepta también que es preciso trabajar en la mejora de las definiciones, que también deberían regirse por el principio de plena armonización. Admite que la determinación de la información precontractual exigirá mayor precisión y apunta a la necesidad de armonizar la duración del derecho de desistimiento en todas las ventas y de fijarlo en un plazo de 14 días.

2. Documento de trabajo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores - COM(2008)614/3 - 2008/0196(COD) - IMCO/6/68476. Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (PE439.177v02-00). Fecha: 3 de febrero de 2010. Ponente: Andreas Schwab.

El ponente, miembro de la Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor (IMCO) del Parlamento Europeo, tras las consultas pertinentes y, entre ellas, con representantes de los Parlamentos nacionales, avala un enfoque de armonización plena específica que se limite a aspectos concretos de ciertos contratos (*vid.* el Documento de trabajo sobre la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores - IMCO/6/68476 presentada por Arlene McCarthy.). Prevé poder presentar las propuestas en septiembre, para poder discutir las en el Pleno del Parlamento en noviembre. Las reflexiones son las que siguen:

Capítulo I. Definiciones y ámbito de aplicación

Las definiciones que figuran en el artículo 2 delimitan el ámbito de aplicación de la propuesta en su conjunto, así como de sus distintos capítulos y disposiciones. Que un contrato este sujeto o no a las normas armonizadas dependerá en gran medida del texto de las definiciones y de su cuidada redacción. Las definiciones deberían estar sujetas a una armonización plena específica y deberían poder aplicarse al resto del acervo sobre consumidores (como por ejemplo, las Directivas sobre crédito al consumo y sobre tiempo compartido). No se debería descartar el uso de una cláusula de reconocimiento mutuo para aquellos ámbitos que no contemple la propuesta.

Es necesario prestar atención a las interacciones entre dichas definiciones, el artículo 4 (armonización plena), y el resto del texto. Efectivamente, el artículo 4 deberá aclarar el modo en que la armonización plena específica debe aplicarse a los contratos que únicamente estén cubiertos de forma parcial por la propuesta (como, por ejemplo, contratos de servicios excluidos del ámbito de aplicación del capítulo IV pero cubiertos por los capítulos II, III en algunos casos y V). Como es lógico, los contratos excluidos del ámbito de aplicación de un capítulo determinado, pero que, no obstante, estén cubiertos por las disposiciones de otros capítulos, deberían estar sujetos a una armonización plena específica en lo que respecta a los aspectos que se regulan en estos otros capítulos. En el caso de los contratos excluidos del ámbito de aplicación de un capítulo determinado, los Estados miembros deberían tener absoluta libertad para regular los aspectos contemplados en dicho capítulo como estimen oportuno. También el art. 3 debe aclararse, ya que el precepto no logra ofrecer una perspectiva clara del ámbito de aplicación de los distintos capítulos. El ámbito de aplicación de cada capítulo o la interacción con otras normas comunitarias deberá estudiarse de manera pormenorizada por capítulos y, en caso necesario, por disposiciones. Esto probablemente suponga una revisión completa de la estructura de la propuesta.

Capítulo II. Información a los consumidores

Los requisitos de información general señalados en el capítulo II no son nuevos en el Derecho comunitario (han sido extraídos de las Directivas sobre contratos a distancia y sobre prácticas comerciales desleales) y, por consiguiente, no resultan realmente controvertidos, aunque quizás haya que lamentar que prime la cantidad sobre la calidad.

Con todo, es necesario llevar a cabo una evaluación exhaustiva de las consecuencias legales y prácticas del capítulo II. Sin duda, un enfoque uniforme para los requisitos de información podría ser válido para los contratos de compraventa o de servicios estándar, pero resultaría inapropiado en el caso de los contratos especiales (como, por ejemplo, los contratos de bienes inmuebles o relacionados con servicios financieros, sanitarios, sociales o de transporte). También es preciso abordar el problema de la interacción entre el capítulo II y las disposiciones relativas a los requisitos de información contempladas en el derecho comunitario. A este respecto, la propuesta sólo establece que dichas disposiciones deben entenderse sin perjuicio de las disposiciones de la Directiva sobre servicios y de la Directiva sobre comercio electrónico. Para los requisitos de información incluidos en la legislación comunitaria, una cláusula *lex generalis* o *lex specialis*, similar a la que se contempla en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, ofrecería una mayor seguridad jurídica.

Capítulo III. Información al consumidor y derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento

La propuesta constituye una buena oportunidad para poner fin a la confusión y retirar los obstáculos al mercado interior creados por el mosaico actual de normas distintas. No obstante, parece que el ámbito de aplicación de las normas de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento es demasiado amplio y que los requisitos formales y las normas de desistimiento son demasiado restrictivos, sobre todo para los contratos celebrados fuera del establecimiento. Asimismo, se tendrá que abreviar y simplificar la lista de excepciones incluida en el artículo 19. De manera concreta, cualquier contrato entre empresas y consumidores que se celebre en plataformas electrónicas (como eBay) deberá estar sujeto a todas las normas de protección de los consumidores. Por su parte, los consumidores podrían tener que soportar los gastos de envío únicamente si el valor de los bienes fuese inferior a 50 euros. De otro modo, será necesario encontrar una solución para los artesanos que habitualmente prestan servicios a los consumidores fuera del establecimiento o celebran contratos a distancia. En lo que respecta al inicio del período de desistimiento, es necesario incorporar cierto grado de flexibilidad: como norma general, debería ser en el momento en que se entregan los bienes, aunque es necesario encontrar soluciones más prácticas para determinados modelos de negocio.

Asimismo, es probable que se deban aplicar otras mejoras para favorecer la comunicación entre los comerciantes y los consumidores. Por ejemplo, se podría incorporar un texto de ejemplo que contuviese toda la información relativa al desistimiento; bastaría con que las empresas de la UE «copiasen y pegasen» dicho texto en sus contratos.

Capítulo IV. Otros derechos de los consumidores específicos de los contratos de venta

Preocupa la repercusión que tendría el capítulo IV en la protección de los consumidores de los Estados miembros. Se critica a la Comisión Europea por armonizar la garantía jurídica por una falta de conformidad sobre la base de los criterios mínimos establecidos en la Directiva sobre la venta de bienes, sin tener en cuenta las especificidades nacionales. Se han planteado repetidamente dos cuestiones: por un lado, la jerarquía de las soluciones jurídicas a disposición del consumidor en caso de falta de conformidad y, por otro, la duración del período de responsabilidad en caso de falta de conformidad.

En lo que respecta a la jerarquía de soluciones jurídicas, se plantean dos problemas. En primer lugar, en un grupo reducido de Estados miembros, el consumidor puede recurrir a todas las soluciones jurídicas (reparación, sustitución, reducción de precio y rescisión del contrato) en caso de falta de conformidad. En segundo lugar, en Irlanda y el Reino Unido, el consumidor tiene derecho a rechazar los bienes (por ejemplo, mediante la rescisión del contrato) de forma inmediata si dicho consumidor puede demostrar la falta de conformidad. Es evidente que dichas normas no son compatibles con la jerarquía armonizada de soluciones jurídicas que establece el artículo 26 de la propuesta.

En lo que concierne a la duración del período de responsabilidad del comerciante en caso de falta de conformidad, se plantean numerosos problemas. Varios Estados miembros han establecido un período de responsabilidad más prolongado (en ciertos países se aplica a todos los productos, mientras

que en otros únicamente a los materiales de construcción y, en uno de ellos, sólo a los bienes no perecederos). En Finlandia y los Países Bajos, el período de responsabilidad del comerciante depende básicamente de la durabilidad prevista del producto (que deberá determinar el juez en cada caso). Por último, en Bélgica, Francia y Luxemburgo, los comerciantes pueden ser considerados responsables cuando el consumidor descubra un defecto encubierto (importante) una vez transcurrido un período inicial de dos años (sujeto a un período de prescripción bastante corto en Francia y más largo en Bélgica), y siempre que el consumidor pueda demostrar que el defecto en cuestión ya existía en el momento de la entrega del bien. Es evidente que dichas normas no son compatibles con el período de responsabilidad armonizado de dos años desde el momento de la entrega que establece el artículo 28 de la propuesta.

Otras cuestiones que preocupan son la variedad de soluciones jurídicas y la notificación de la falta de conformidad. Acaso se debería revisar la propuesta de la Comisión Europea para permitir que el comerciante elija entre la reparación y la sustitución (cuando el consumidor notifica por primera vez una falta de conformidad). Existe una opinión generalizada de que el consumidor no debería estar obligado a notificar al comerciante la falta de conformidad en el plazo de dos meses. Por tanto, se deberá modificar la propuesta en consecuencia.

En lo que respecta a las disposiciones que regulan la entrega de bienes y la transmisión del riesgo, también será necesario evaluar exhaustivamente su influencia en el ordenamiento jurídico nacional y su aplicación prevista en la práctica.

Todos estos debates ponen de manifiesto que el capítulo IV sólo podrá someterse a una armonización plena específica cuando se pueda acordar un régimen común de garantías que ofrezca a todos los consumidores europeos un nivel de protección similar al que poseen actualmente. Para lograrlo, será necesario examinar los derechos actuales de los consumidores en los distintos Estados miembros atendiendo a su efectividad para el consumidor (es decir, si se pueden exigir fácilmente ante los tribunales con fuerza ejecutiva). En este contexto, se prestará especial atención a la carga de la prueba.

Capítulo V. Derechos del consumidor relativos a las cláusulas contractuales

La opinión general es que las listas «negras» y «grises» de cláusulas abusivas no deben armonizarse en esta etapa para evitar consecuencias negativas (eliminación de cláusulas de las listas nacionales vigentes, reducción del grado de certidumbre jurídica que desencadene una oleada de pleitos en la UE, falta de flexibilidad, etc.). Existe un consenso en torno a que los Estados miembros puedan mantener sus propias listas de cláusulas abusivas siempre que se ajusten a la cláusula general y las normas del mercado interior. No obstante, debería ser posible prohibir un número limitado de cláusulas abusivas a escala de la Unión Europea y garantizar que los Estados miembros no puedan mantener o adoptar disposiciones nacionales divergentes en ese ámbito armonizado que sería relativamente reducido. A la luz del principio de control democrático pleno del Parlamento Europeo, no parece que, en la fase actual, la propuesta de la Comisión de prohibir cláusulas abusivas adicionales mediante comitología constituya el enfoque preferente. De hecho, es necesario estudiar detenidamente las nuevas disposiciones relativas a la comitología contempladas en el Tratado de Lisboa antes de tomar una decisión sobre esta cuestión.

3. Reforma de la Directiva sobre viajes combinados.

La Comisión europea ha iniciado una consulta para proceder a la reforma de la Dir. 90/314, sobre viajes combinados (http://ec.europa.eu/consumers/rights/travel/consultation_en.htm). La razón es que cada vez con mayor frecuencia son los consumidores los que organizan sus propios viajes por internet y, en consecuencia, si lo que celebran son distintos contratos con diferentes prestadores de servicios, la protección a los consumidores disminuye, puesto que la directiva no cubre ese aspecto. Las respuestas del público se encuentran disponibles en: http://ec.europa.eu/consumers/rights/travel_en.htm. Es posible que a comienzos de 2011 la Comisión presente una nueva propuesta de Directiva.

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR*

Rating Agencies

Finalmente ha resultado aprobado el Reglamento (CE) 1060/2009, de 16 de septiembre, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 302, de 17.11.2009, 1) sobre las agencias de calificación crediticia (*rating agencies*), cuyo objetivo es, según su art. 1, mejorar la integridad, la transparencia, la responsabilidad, la buena gobernanza y la fiabilidad de las actividades de calificación, contribuyendo así a la calidad de las calificaciones crediticias emitidas en la Comunidad y por ende al correcto funcionamiento del mercado interior, y alcanzando, al mismo tiempo, un elevado nivel de protección de los inversores. Establece condiciones para la emisión de calificaciones crediticias y normas relativas a la organización y actuación de las agencias de calificación crediticia, a fin de fomentar su independencia y evitar conflictos de intereses. La cuestión se centra, no obstante, en cuáles son las consecuencias de su falta de diligencia a la hora de hacer los *ratings* que, como sabemos, ha sido una de las principales causas de la crisis hipotecaria y financiera mundial (y de ahí el interés de la UE en regularlas; *vid.* Cdo. 2 del Preámbulo del citado reglamento). Es decir, si los damnificados por las deficientes calificaciones pueden quedar resarcidos por daños. Por un lado, preocupa que el extenso Reglamento (75 Cdos. y Anexo con 5 secciones, más 41 artículos) no disponga reglas claras para reclamar la responsabilidad civil de las agencias de calificación cuando por su deficiente actuación se produzca un daño (ej. a un inversor que ha confiado en la buena praxis y opinión de la agencia), dejando todo lo relativo a ello a la legislación nacional (Cdo. 69): «Sin perjuicio de la aplicación de esta legislación comunitaria, cualquier reclamación contra una agencia de calificación crediticia por incumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento debe hacerse de conformidad con la legislación nacional aplicable en materia de responsabilidad civil». Cada país, por lo tanto, también deberá determinar si la agencia de calificación es o no responsable por sus opiniones.

El Cdo. 35 aún hace más compleja la cuestión al posibilitar a la agencia calificadora el liberarse de responsabilidad civil mediante «un muestreo al azar de la información recibida, efectuado por la propia agencia» o mediante «dis-

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

posiciones contractuales que estipulen claramente la responsabilidad que recae sobre la entidad calificada o terceros vinculados, en caso de que faciliten a sabiendas información sustancialmente falsa o de que la entidad calificada o terceros vinculados no lleve a cabo los procesos de debida diligencia adecuados en relación con la exactitud de la información, según se especifique en las cláusulas del contrato». En nuestra opinión, el deber de diligencia de la agencia de calificación, en tanto que *market maker* o *gatekeeper* debería hacer un escrutinio exhaustivo de todo el material relevante para conocer a la entidad calificada, al estilo de los auditores; ésta es la única manera de dar certeza al mercado: un mero muestreo o con una cláusula contractual de transmisión de responsabilidad a la agencia calificada no resultan suficiente incentivo (más bien son desincentivadoras) para un adecuado comportamiento de las agencias que, si no se procuran toda la información necesaria, deberían responder. Piénsese que, al menos hasta el momento, los *disclaimers* en cualquier *report* de estas agencias era muy evidente: ellas sólo informan, siendo responsabilidad de quién confía en los informes el actuar como considere, bajo su única responsabilidad. Así rezaba, por ejemplo, un *disclaimer* (extracto) de Moody's en informe de rating sobre cédulas hipotecarias danesas, de 7 de mayo de 2002:

«Under no circumstances shall MOODY'S have any liability to any person or entity for (a) any loss or damage in whole or in part caused by, resulting from, or relating to, any error (negligent or otherwise) or other circumstance or contingency within or outside the control of MOODY'S or any of its directors, officers, employees or agents in connection with the procurement, collection, compilation, analysis, interpretation, communication, publication or delivery of any such information, or (b) any direct, indirect, special, consequential, compensatory or incidental damages whatsoever (including without limitation, lost profits), even if MOODY'S is advised in advance of the possibility of such damages, resulting from the use of or inability to use, any such information. The credit ratings, if any, constituting part of the information contained herein are, and must be construed solely as, statements of opinion and not statements of fact or recommendations to purchase, sell or hold any securities. No warranty, express or implied, as to the accuracy, timeliness, completeness, merchantability or fitness for any particular purpose of any such rating or other opinion or information is given or made by MOODY'S in any form or manner whatsoever. Each rating or other opinion must be weighed solely as one factor in any investment decision made by or on behalf of any user of the information contained herein, and each such user must accordingly make its own study and evaluation of each security and of each issuer and guarantor of, and each provider of credit support for, each security that it may consider purchasing, holding or selling.»

Más allá de la responsabilidad civil, el Cdo. 66 (reflejado luego en el art. 36) del Reglamento estipula que: «Los Estados miembros deben establecer normas relativas a las sanciones aplicables a los supuestos de infracción de las disposiciones del presente Reglamento y velar por su ejecución. Dichas sanciones deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias y cubrir, como mínimo, los casos de falta profesional grave y aquellos en los que se haya actuado con negligencia. Los Estados miembros deben tener la posibilidad de adoptar sanciones administrativas o penales», aunque prevé cierta coordinación mediante el CERV (Comité de Responsables Europeos de Reglamentación de Valores, creados por Decisión 2009/77/CE de la Comisión). Además, se ha hecho público, el pasado 2 de junio de 2010, que la Comisión Europea ha realizado una propuesta de creación de una Agencia Europea de los Mercados de Valores (ESMA), previendo multas de hasta un 20% de sus ingresos a las agencias que incumplan sus deberes de transparencia, registro y conflictos de interés.

Proyecto Line

Por su parte, el Proyecto EULIS, que provee acceso directo a registros de la propiedad en Europa a través de su portal web (www.eulis.org), ha conseguido recientemente que la UE le subvencione el Proyecto LINE, que se engloba así en el Programa de Civil Justice que posibilitará la integración de EULIS 2.0 en el European E-Justice Portal [vid. el documento «Towards a European e-Justice Strategy», Bruselas, 30 de mayo de 2008, COM(2008)329 final], que a su vez es un Proyecto de la propia Comisión Europea para facilitar el acceso a la justicia europea a los ciudadanos y empresas y que busca, también, la cooperación judicial transnacional. LINE quiere incorporar cuantos más registros nacionales, mejor [España sigue sin formar parte de EULIS, desde que empezó el portal en el año 2004] y quiere aproximarse más a las necesidades de los usuarios profesionales y particulares para facilitarles aún más la consulta transnacional de datos de catastros y registros de, actualmente, 6 países, a través de un portal web único y una tarifa, más servicios de ayuda, como el thesaurus de vocabulario jurídico-registral e inmobiliario.

Ius commune casebooks

El grupo «Ius commune casebooks for the common law of Europe» (<http://www.casebooks.eu/propertyLaw/taskForce/>) publicará en breve (previsto para otoño 2010) el volumen dedicado al *Property law* que recogerá 10 capítulos dedicados a conceptos comunes y *leading principles* de los derechos reales en Europa, protección de los derechos reales, tipos de derechos reales sobre muebles e inmuebles, acciones, derechos reales de garantía, trust, creación, transmisión, extinción y, finalmente, uno sobre derecho inmobiliario armonizado.

Hipotecas en Europa

Se acaba de publicar el último resultado (el Vol. 3, 2.^a ed.) del grupo *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa* (http://www.pfandbrief.de/cms/_internet.nsf/tindex/de_de_rtall.htm) que, como se comentó en la anterior crónica, agrupa ya a 34 investigadores de diversos países y que, tras largas discusiones e informes, plasman sus resultados en mapas que analizan los tipos de hipoteca en Europa, requisitos de publicidad, accesoriedad, protección del propietario, ejecución, insolvencia y una serie de *business cases*. En la edición de 2010 se incluyen las valoraciones cuantitativas de las preguntas más relevantes (de entre alrededor de 100) para el acreedor, el deudor y el legislador y su ponderación en relación con las respuestas más eficientes. Así, por ejemplo, preguntas como la posibilidad de crear una hipoteca sobre varias fincas con responsabilidad solidaria de todas ellas, la duración de la inscripción, su eficacia, la protección del tercero hipotecario de buena fe o cómo se consigue el título ejecutivo, se han considerado de las más importantes para favorecer la financiación hipotecaria. La obra concluye con una valoración de las hipotecas más eficientes. Los trabajos que desarrolla el grupo en la actualidad están centrados en el sistema notarial europeo, la hipoteca y el derecho de superficie, la hipoteca y la propiedad horizontal y la hipoteca sobre concesión administrativa. Sobre ello se sigue

trabajando y se comienza, a partir de septiembre, a trabajar sobre hipoteca y negocio fiduciario.

Common Core en Trento

El próximo encuentro del *Common Core* de la Universidad de Trento tiene lugar en junio en Turín. Posiblemente finalicen este año los trabajos sobre la hipoteca y, por primera vez, se pondrán en común los *reports* sobre propiedad horizontal. Siguen también los trabajos sobre transmisión de la propiedad inmueble (codirigido por la Prof. Luz Martínez) y la protección de la misma (codirigido por la Prof. Martín Santiesteban), así como el de derechos reales limitados sobre inmuebles.

Todo ello sigue evidenciando el interés y la necesidad de seguir en el camino de la aproximación de los derechos reales en Europa.

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

Sentencia de 23 de diciembre de 2009, asunto C-403/09 PPU, Deticek

La sentencia que reseñamos versa una vez más sobre el Reglamento 2201/2003, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Concretamente se refiere a una norma de competencia judicial internacional, el art. 20 del Reglamento, que permite a las autoridades de un Estado miembro dictar medidas provisionales respecto a un menor, pese a no ser competentes respecto al fondo de la controversia. En el asunto se plantea la relación de dichas medidas con otras anteriores dictadas por el tribunal competente en cuanto al fondo.

En el contexto del divorcio de un matrimonio mixto de eslovena e italiano un tribunal italiano dicta una medida provisional atribuyendo la custodia exclusiva de la hija común al padre. El mismo día en el que se toma esta medida, el 25 de junio de 2007, madre e hija abandonan Italia y se instalan en Eslovenia. La resolución italiana de medidas provisionales es reconocida en Eslovenia conforme prevé el Reglamento. Sin embargo, el órgano judicial esloveno decide mediante auto dictado el 2 de febrero de 2009 suspender la ejecución hasta que no concluya el procedimiento que respecto a la custodia se estaba tramitando en Italia.

Paralelamente, la madre de la niña inicia en Eslovenia un procedimiento en el que solicita la custodia de la niña, que se le otorga con carácter provisional el 9 de diciembre de 2008 en base al art. 20 del Reglamento. Se considera que la niña se ha integrado en su nuevo entorno social y que su regreso a Italia le supondría un trauma psíquico irreversible. El recurso prejudicial trae causa de este procedimiento y plantea si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede declararse competente en virtud del art. 20 del Reglamento para dictar una medida cautelar en el supuesto de que el órgano competente respecto al fondo de la disputa haya ya adoptado una medida provisional y ésta haya sido declarada ejecutiva en el foro.

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

El Tribunal de Justicia inicia su argumentación recordando que para interpretar las disposiciones de Derecho comunitario hay que tener muy especialmente en cuenta los objetivos que persiguen. También recuerda su jurisprudencia previa respecto al art. 20 del Reglamento (asunto C-523/07, caso «A») que condiciona la adopción de medidas cautelares por parte de un juez no competente en cuanto al fondo, al cumplimiento de tres requisitos acumulativos: (a) que se trate de medidas de carácter urgente, (b) que tales medidas se refieran a personas o bienes que estén presentes en el Estado miembro en cuestión y (c) que tales medidas tengan carácter provisional.

El Tribunal de Justicia señala que la urgencia se refiere tanto a la situación en que se encuentra el menor como a la imposibilidad práctica de presentar la demanda frente al juez competente en cuanto al fondo. A partir de esta premisa se establece que no concurre la urgencia pues el tribunal competente en cuanto al fondo de hecho ya ha intervenido dictando una medida provisional. Reconocer una situación de urgencia en un caso como el de autos sería contrario al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales instaurado por el Reglamento. Si un cambio de circunstancias que se produce como consecuencia de un proceso gradual permitiera a un juez no competente en cuanto al fondo modificar una decisión de custodia previamente dictada por el juez competente, la lentitud del procedimiento de ejecución contribuiría a crear las circunstancias para frustrar el reconocimiento mutuo.

Se señala asimismo que el reconocimiento de una situación de urgencia sería contrario al objetivo de evitar los traslados ilícitos de menores pues el art. 20 serviría de instrumento para permitir prolongar la situación de hecho creada por la sustracción del menor.

La sentencia *Deticek* nuevamente corrobora la impresión de que las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia prestan escasa atención a los intereses privados de las partes, centrándose casi de manera exclusiva en la salvaguarda de la lógica de integración. Si atendemos a las circunstancias del caso advertiremos que la niña, que entonces tenía diez años, fue trasladada a Eslovenia el 25 de junio de 2007 mientras que la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia se produce en diciembre de 2009. Desde el punto de vista del interés superior de la niña, que de acuerdo con el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño debería ser la consideración principal, parece indudable que se ha producido un cambio de circunstancias que debería ser tenido en cuenta. El Tribunal únicamente hace referencia a ello en el apartado 60° de la Sentencia, en el que de manera lacónica señala que la apreciación de las circunstancias de la menor debe efectuarse en el marco de un procedimiento frente al órgano competente en cuanto al fondo.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo [COM (2009) 154 final]

El Derecho internacional privado de sucesiones se caracteriza en el momento actual por una gran diversidad normativa, pues se basa esencialmente en normas nacionales, distintas en cada Estado. Son muy escasos los Tratados internacionales en la materia. El Convenio de La Haya de 1989 sobre ley aplicable en materia de sucesiones, debido a su complejidad, únicamente ha sido ratificado por los Países Bajos y tan solo el *Convenio de La Haya de 1961 sobre la ley aplicable a las disposiciones testamentarias*, con

un ámbito de aplicación material muy reducido, ha obtenido un importante número de ratificaciones. La publicación de la Propuesta de Reglamento en materia de sucesiones inicia, por consiguiente, la tramitación de un texto legislativo que puede comportar importantes beneficios para el número creciente de ciudadanos de la Unión Europea que se ven involucrados en sucesiones internacionales. Prueba de ello es el interés despertado por la Propuesta tanto en círculos académicos (véanse por ejemplo los extensos Comentarios formulados por un Grupo de trabajo del Instituto Max Planck de Hamburgo, disponibles en <http://www.mpipriv.de/ww/de/pub/content13855.cfm> y la ponencia de A. Bonomi en la Jornada «L'autonomia de la voluntat i el Dret de successions», celebrada en Barcelona el 30 de abril de 2010), profesionales (véase el Seminario sobre las sucesiones mortis causa transfronterizas en Europa organizado por el Consejo General del Notariado en Madrid el 7 de mayo de 2010) como políticos (véase la Res. 558/VIII del Parlament de Catalunya que contiene una toma de posición respecto a la Propuesta de Reglamento que va más allá del estricto control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que le compete).

La Propuesta opta por una solución monista tanto por lo que respecta a la competencia de autoridades como en relación a la ley aplicable. No distingue en función de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes relictos y su lugar de situación sino que establece normas uniformes que abarcan a la totalidad de la sucesión. En el sector de la competencia de autoridades la regla general es que serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que tuviera su residencia habitual el causante en el momento de su fallecimiento (art. 4). El concepto de órganos jurisdiccionales se define en el texto de la Propuesta y comprende a cualquier autoridad que ejerza funciones en materia sucesoria por delegación de las autoridades públicas. Por consiguiente, en los Estados cuyo notariado sigue el sistema latino las normas son también aplicables a los notarios.

La regla general, que atribuye competencia a las autoridades del Estado miembro correspondiente a la última residencia habitual, se complementa con normas uniformes que prevén en qué supuestos pueden conocer los órganos de los Estados miembros cuando el causante tiene su residencia habitual en un Estado tercero en el momento en el que se produce el óbito (art. 6), de forma que las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros se ven totalmente desplazadas. Mientras que instrumentos anteriores como el Reglamento 44/2001 o, en menor medida, el Reglamento 2201/2003 remitían a las normas nacionales, en la Propuesta se opta por una regulación directa de las competencias residuales. Se establece que, si la última residencia habitual del causante se hallaba en un Estado tercero, serán competentes los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuando alguno de los bienes de la sucesión esté situado en dicho Estado. Si la demanda se refiriera únicamente a dicho bien su sola ubicación en el foro bastaría para que el tribunal pudiera declararse competente. En los demás supuestos será además necesario que concurra algún otro vínculo con el Estado de situación del bien, a saber, que el difunto hubiera tenido su residencia habitual en dicho Estado miembro en los cinco años anteriores al óbito o fuera nacional de dicho Estado o dicho Estado fuera el Estado de residencia habitual de un heredero o legatario. En todos estos casos el tribunal del lugar de situación del bien será competente para pronunciarse respecto a la totalidad de la sucesión, resolviéndose las situaciones de litispendencia conforme a la regla del *prior tempore* establecida en el art. 13 de la Propuesta.

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la regla solo opera en relación a otros Estados miembros.

Se incorpora asimismo el mecanismo de remisión a los órganos jurisdiccionales mejor situados contenido en el art. 15 del Reglamento 2201/2003, en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Este mecanismo, totalmente ajeno a la tradición jurídica española, es en gran medida un mecanismo de cooperación de autoridades que permite a un órgano jurisdiccional, competente en virtud de las normas comunitarias, no ejercer su competencia e invitar a las partes a plantear la demanda dentro de un plazo determinado frente a un órgano de otro Estado miembro. Dicho órgano ha de declararse competente en un plazo máximo de ocho semanas desde que se le somete el asunto. El mecanismo se acciona a petición de una de las partes y depende esencialmente de que el órgano jurisdiccional requerido sea un órgano mejor situado. Conforme a la Propuesta tal circunstancia solo se produce si el causante ha elegido la ley de ese otro Estado miembro como ley de la sucesión.

El mecanismo de transmisión del asunto plantea no pocas incertidumbres. En primer lugar, habría que señalar que existen grandes dudas respecto a su operatividad práctica en el marco del Reglamento 2201/2003, sobre todo en aquellos Estados miembro que, como España, no han adecuado su normativa procesal interna. En el caso concreto que nos ocupa el mecanismo parece además utilizarse para evitar los problemas que a algunos Estados miembros, y en concreto al Reino Unido, les plantea la aplicación de Derecho extranjero. Ello parece en exceso reduccionista, pues pueden producirse otros supuestos en los que exista un órgano jurisdiccional mejor situado que el declarado competente en virtud de las reglas de la Propuesta. Por ejemplo, no es descabellado imaginar un caso en que los herederos y legatarios y el caudal relicto se ubiquen en un Estado miembro diferente de aquel en el que el causante tuvo su última residencia habitual. En tales circunstancias parecería aconsejable que se pudiera accionar el mecanismo de remisión a fin de que conozca un órgano jurisdiccional mejor situado desde el punto de vista de la proximidad geográfica, aunque tal órgano haya de aplicar Derecho extranjero. En este sentido no está demás poner de relieve que las objeciones de principio que plantea el Reino Unido frente a la aplicación de Derecho extranjero suponen de hecho un cuestionamiento del método conflictual.

Si lo que pretende favorecer la remisión es meramente la correlación *forum-ius* de manera que el tribunal competente pueda aplicar su propio Derecho material sería más lógico permitir la prorrogación de foro, que sorprendentemente no se contempla. La Propuesta de Reglamento permite al causante optar por la aplicación de la ley de su nacionalidad que en tal caso desplaza a la ley de la última residencia habitual. Sería aconsejable que el causante pudiera en paralelo establecer la competencia de las autoridades del Estado del que es nacional, pues solo la prorrogación de foro puede garantizar la correlación *forum-ius*. El mecanismo de la transmisión al juez mejor situado depende de un cúmulo de circunstancias que se hallan fuera del control del causante, como son la petición de una de las partes, un juicio de oportunidad del tribunal de la residencia habitual y el cumplimiento de unos plazos. La mayor certeza que comporta la prorrogación de foro sería además un factor positivo para la planificación de la sucesión.

Como ya se ha adelantado la ley que rige la totalidad de la sucesión, desde su apertura hasta la transmisión definitiva de la herencia a los causahabientes, es la ley de la última residencia del causante. Con carácter limitado se admite una *professio iuris* a favor de la ley nacional. La ley aplicable no se

somete a ninguna condición de reciprocidad de forma que rige aunque sea la de un Estado no contratante y solo puede dejar de aplicarse en caso de que resulte incompatible con el orden público del foro. Respecto a esta excepción ha de resaltarse que la versión española de la Propuesta contiene un error pues el hecho de que las disposiciones respecto a la legítima sean diferentes a las contenidas en el Derecho del foro no es suficiente para considerar aplicable el orden público.

El carácter universal de las normas de conflicto, esto es, el hecho de que no se excluya la aplicación del Derecho de Estados terceros tiene como consecuencia que el actual art. 9.8 del CC deje de aplicarse en los supuestos internacionales. El art. 28.2 de la Propuesta aclara que los Estados miembros no están obligados a aplicar el Reglamento a los supuestos internos, por lo que el art. 9.8 continuaría rigiendo en el ámbito interregional. La futura norma comunitaria incide, sin embargo, si el supuesto es internacional y resulta aplicable el Derecho español pues opera la remisión directa. Cada unidad territorial dentro de un Estado que tenga sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones se considerará un Estado a efectos del Reglamento. Por consiguiente, si un extranjero, que tuvo su última residencia habitual en Navarra, fallece será aplicable el Derecho navarro. En cambio, la Propuesta no resuelve adecuadamente la situación que se produce si el Derecho aplicable es el Derecho de la nacionalidad, pues la consideración de las unidades territoriales como Estados no permite determinar con certeza cual es el Derecho que rige si fallece un español que tuvo su última residencia habitual en el extranjero. Ahora bien si se tiene en cuenta que la aplicación del Derecho español se produce en dicho caso como consecuencia de la elección del causante de nacionalidad española cabe esperar que la *professio iuris* habrá especificado si se refiere al Derecho civil común o a alguno de los Derechos forales. Para aclarar que el causante no puede elegir cualquiera de los Derechos españoles sino que está vinculado al correspondiente a su vecindad civil sería, sin embargo, aconsejable que el futuro Reglamento incorporara una disposición a tal efecto.

Especial mención merece la regulación de los pactos sucesorios. La validez del pacto se admite aunque tal acuerdo no sea válido conforme a la ley rectora de la sucesión de una de las personas a las que afecta, pues basta que una sola de las leyes sucesorias concernidas considere al pacto válido para que éste rija y despliegue sus efectos conforme a dicha ley. Por consiguiente, la Propuesta se inspira claramente en un *favor validitatis*, aunque se incorpore un precepto que salvaguarda los derechos de terceros que no sean parte en el pacto.

En el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones y actos auténticos se propone la extensión del sistema establecido por el Reglamento 44/2001. Las resoluciones se reconocerán, por tanto, sin necesidad de recurrir a ningún procedimiento especial, pudiendo únicamente denegarse el reconocimiento si concurre alguno de los motivos tasados establecidos en el art. 30 de la Propuesta. La denegación puede producirse si la resolución es manifiestamente contraria al orden público del foro, si tal resolución fue dictada en rebeldía y el demandado no fue adecuadamente notificado o si dicha resolución es incompatible con otra resolución dictada bien en el foro, bien en otro Estado, si en éste último caso reúne las condiciones para ser reconocida. Por lo que respecta a los actos auténticos que tengan fuerza ejecutiva serán declarados ejecutivos en otro Estado miembro de conformidad con el procedimiento previsto en el Reglamento 44/2001.

La Propuesta, además de abordar las cuestiones clásicas de Derecho internacional privado (competencia de autoridades, ley aplicable, y reconocimiento y ejecución de decisiones), introduce un certificado europeo de heredero. Este certificado será expedido a petición de cualquier persona que tenga que justificar la cualidad de heredero o legatario o los poderes de ejecutores testamentarios o de terceros administradores a fin de acreditar la cualidad de tales y no tendrá carácter obligatorio, por lo que no sustituye a los certificados internos en aquellos Estados que como Alemania conocen dicha figura. Una vez expedido, será, sin embargo, reconocido de pleno derecho en todos los Estados miembros como prueba de la cualidad de heredero y legatario o de los poderes de terceros administradores, gozando de una presunción de veracidad y de importantes efectos en relación a terceros. Así se establece que cualquier persona que entregue bienes a una persona designada en un certificado queda liberada, salvo que concurra mala fe y dicha persona hubiera tenido constancia de que el contenido del certificado es incorrecto. Se estipula también que el certificado constituye un título válido para la inscripción de la adquisición sucesoria en los Registros públicos de los Estados en que estén ubicados los bienes. Por consiguiente, el certificado tiene importantes repercusiones en el plano material por lo que de adoptarse la Propuesta será, sin lugar a dudas, imprescindible realizar modificaciones del Derecho interno.

La Propuesta de Reglamento es sin lugar a dudas uno de los proyectos más ambiciosos del legislador comunitario. Tiene una evidente complejidad técnica e importantes efectos sobre el Derecho material. Para España es un proyecto sumamente importante, por el elevado número de extranjeros residentes en nuestro territorio y también por la emigración masiva al extranjero que se produjo en los años sesenta, como consecuencia de la cual existen muchos supuestos en los que españoles son propietarios de bienes tanto en España como en el extranjero. Convendrá, por consiguiente, estar muy atentos a las negociaciones que se lleven a cabo en Bruselas.

VI. DERECHO ANTIDISCRIMINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ*

I. Jurisprudencia TJCE

STJCE 13 abril 2010 (nacionalidad), Asunto C-73/08, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 234 CE, por la Court constitutionnelle (Bélgica), mediante resolución de 14 de febrero de 2008 recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de febrero de 2008 en el procedimiento entre Nicolas Bressol y otros, Céline Chaveroit y otros y Gouvernement de la Communauté française.

Los recurrentes alegan que el Decreto de 16 de junio de 2006 vulnera el principio de no discriminación al tratar de manera diferente a los estudiantes

* Profesora Lectora de Derecho Civil. Universitat Autònoma de Barcelona.

residentes y a los no residentes sin que ello tenga justificación válida pues mientras que los primeros tienen acceso libre a los estudios, los segundos ven limitada su matrícula conforme a un límite máximo.

Se declara aplicable la Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. A menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de un Estado miembro debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, puede afectar más a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e implique, por consiguiente, el riesgo de perjudicar a los primeros.

La normativa nacional analizada establece una desigualdad de trato entre estudiantes residentes y no residentes y ese requisito es más fácil de cumplir por los nacionales belgas que residen normalmente en Bélgica que por los nacionales de otros Estados miembros que no suelen hacerlo. De ello resulta que la normativa controvertida afecta más por su propia naturaleza a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios y, por tanto, perjudica a los primeros. La desigualdad de trato del Decreto de 16 de junio de 2006 constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad prohibida a menos que esté justificada objetivamente, sea adecuada para conseguir un objetivo legítimo y no exceda de lo necesario para conseguirlo. Debe determinarse si la calidad de la enseñanza o el riesgo de ausencia de profesionales sanitarios cualificados nacionales pueden justificar dicha desigualdad. Una preocupación por una excesiva carga financiera de la enseñanza superior no justifica la desigualdad de trato entre estudiantes cuando aquélla se determina conforme a un sistema de partida cerrado.

STJCE 12 enero 2010 (edad), Asunto C-229/08, que tiene por objeto una petición prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Alemania), mediante resolución de 21 de abril de 2008, recibida ante el Tribunal de Justicia el 28 de mayo de 2008 en el procedimiento entre Colin Wolf y Stadt Frankfurt am Main.

Tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La normativa nacional analizada establece como edad máxima para la contratación como bombero los 30 años lo cual debe considerarse una diferencia de trato basada en la edad en el sentido del art. 2.2 de la Directiva.

El artículo 4.1 de la Directiva establece que la diferencia de trato no será discriminatoria cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o de su contexto, una característica concreta sea un requisito profesional esencial y determinante siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. El art. 6.1 de la Directiva establece que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán una discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente por una finalidad legítima.

Debe entenderse que la normativa nacional analizada que limita la edad máxima de contratación para el puesto de bombero está justificada y no es discriminatoria porque la aptitud física es una característica vinculada a la edad y constituye un requisito profesional esencial y determinante para la

actividad profesional de que se trata y para su ejercicio. El servicio técnico de bomberos exige para determinadas intervenciones, una capacidad física excepcionalmente elevada que únicamente tienen los funcionarios más jóvenes por lo que la edad máxima de contratación tiene el objetivo de garantizar que los bomberos puedan realizar las funciones que exigen esa capacidad durante un periodo relativamente largo de su carrera. La aptitud física es una característica vinculada a la edad por lo que el objetivo perseguido por la normativa es legítimo y la limitación de la edad máxima de contratación una medida adecuada y proporcionada para conseguirlo.

STJCE 12 enero 2010 (edad), Asunto C-341/08, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 234 CE, mediante resolución de 25 de junio de 2008, recibida ante el Tribunal de Justicia el 24 julio 2008, en el procedimiento entre Domnica Petersen y Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe.

El artículo 2.5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación debe interpretarse en el sentido de que se opone a una medida nacional por la que se establezca un límite de edad máximo para el ejercicio de la profesión de dentista concertado, en el caso de autos 68 años, cuando dicha medida tiene la única finalidad de proteger la salud de los pacientes contra la disminución de facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados.

El artículo 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal medida cuando ésta tiene la finalidad de repartir entre las generaciones las posibilidades de empleo en la profesión de dentista concertado, si, habida cuenta de la situación del mercado laboral de que se trata, la referida medida es adecuada y necesaria para lograr dicho objetivo. Los medios empleados para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios siempre que exista una situación en la que haya un número excedentario de dentistas concertados o el riesgo latente de que se produzca tal situación.

Corresponde al juez nacional determinar cuál de los objetivos perseguidos persigue tal medida y, por tanto, si es conforme a derecho o no. En caso de que una norma nacional sea contraria a la Directiva, corresponde al juez nacional no aplicarla aunque sea anterior a la Directiva y el ordenamiento jurídico nacional no prevea dejar de aplicarla.

II. Legislación

Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo del Parlamento Europeo y del Consejo de coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativa a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (DO L 95, 15 abril 2010).

El artículo 9.1 c) de la Directiva establece en su apartado ii) que los Estados miembros velarán por que las comunicaciones comerciales audiovisuales realizadas por prestadores sujetos a su jurisdicción se abstengan de «*incluir o fomentar cualquier discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual*».

El artículo 15.1 de la Directiva dice que *«Los Estados miembros velarán por que, a efectos de la emisión de breves resúmenes informativos, cualquier organismo de radiodifusión televisiva establecido en la Unión tenga acceso, en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, a acontecimientos de gran interés público transmitidos en exclusiva por un organismo de radiodifusión televisiva bajo su jurisdicción»*.

Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre del Parlamento Europeo y del Consejo de modificación de la Directiva 2002/22/CE, de 7 marzo 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de las comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE, de 12 julio 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y Reglamento (CE) núm. 2006/2004, de 2 octubre 2004, sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (DO L 337, 18 diciembre 2009).

Se modifica el art. 25.3 de la Directiva 2002/22/CE cuyo nuevo texto dice que *«Los Estados miembros velarán por que todos los usuarios finales a los que se preste un servicio telefónico disponible al público puedan acceder a los servicios de información sobre números de abonados. Las autoridades nacionales de reglamentación estarán habilitadas para imponer obligaciones y condiciones a las empresas que controlan el acceso a los usuarios finales en materia de prestación de servicios de información sobre números de abonados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2002/19/CE Directiva sobre acceso. Dichas obligaciones y condiciones deberán ser objetivas, equitativas, no discriminatorias y transparentes»*.

El texto del nuevo art. 34.1 de la Directiva 2002/22/CE establece que los Estados miembros garantizarán la disponibilidad de procedimientos extrajudiciales transparentes, *«no discriminatorios»*, sencillos y poco onerosos para tratar litigios no resueltos entre los consumidores y las empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones derivados de esta Directiva.

Se establecen algunas medidas dirigidas a garantizar el acceso al servicio por personas con discapacidad en condiciones equivalentes a las de otros usuarios finales en el art. 23 bis, 26.4 ó 27 bis apartado 4 de la Directiva.

Directiva 2009/138/CE, de 25 de noviembre del Parlamento Europeo y del Consejo de seguro de vida, acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (DOL 335, 17 diciembre 2009).

El artículo 151 de la Directiva garantiza el trato no discriminatorio de las personas que presenten reclamaciones y establece que *«El Estado miembro de acogida exigirá a la empresa de seguros distintos del seguro de vida que garantice que las personas cuyas reclamaciones tengan su origen en hechos ocurridos en su territorio no queden en situación menos favorable por la circunstancia de que la empresa cubra un riesgo del tramo 10 de la parte A del anexo I, distinto de la responsabilidad del transportista, en régimen de prestación de servicios y no a través de un establecimiento situado en dicho Estado»*.

III. Informes

Informe de la Comisión Europea sobre igualdad entre hombres y mujeres 2010, Luxemburgo, 2010.

El Informe sobre igualdad entre hombres y mujeres 2010 señala que la actual crisis económica ha alcanzado tal nivel que los logros en igualdad de género se encuentran en peligro y denuncia que los efectos de la recesión pueden recaer de forma más acentuada sobre las mujeres. La crisis puede ser utilizada como un argumento para recortar las medidas tomadas en el ámbito de la igualdad de género y en esa línea parecen ir las respuestas actuales a la crisis. Sin embargo, debe pensarse que precisamente los tiempos de crisis ofrecen una oportunidad única para el cambio puesto que la igualdad de género es un presupuesto para el crecimiento sostenible, el empleo, la competitividad y la cohesión social. Una eficiente política en igualdad de género debe considerarse como parte de la solución para salir de la crisis y cimentar la construcción de una economía más fuerte para el futuro.

Por ello, debe estrecharse la sinergia entre igualdad de género y empleo para estimular un crecimiento sostenible. También es necesario apoyar la conciliación laboral y familiar por lo que las políticas deben incentivar que los hombres participen más en el cuidado y responsabilidad familiar y debe tenerse en cuenta que las familias monoparentales están a cargo principalmente de las mujeres. Debe promoverse la igualdad e inclusión social pues las mujeres tienen un mayor riesgo de pobreza debido en parte a los bajos sueldos, precarias condiciones de trabajo y una importante carga en las responsabilidades familiares. Además la pobreza afecta de forma más acentuada a mujeres que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad: madres solteras, mujeres ancianas solas, mujeres con discapacidades, mujeres inmigrantes o pertenecientes a minorías étnicas. Debe también prevenirse y combatirse la violencia de género. Por último, es necesario que la igualdad de género sea un elemento central y visible en las políticas.

La Comisión invita al Consejo europeo a urgir a los Estados miembros a responder sin demora a los cambios y políticas indicados, especialmente:

- incrementar la dimensión de género en toda la estrategia europea hasta 2020
 - reducir las diferencias salariales
 - asegurar la diversidad en los consejos de las empresas
 - mejorar las medidas de conciliación para hombres y mujeres (flexibilidad laboral, estímulo de la igualdad en la participación de las responsabilidades familiares, facilitar el empleo a tiempo completo de hombres y mujeres,...)
 - intensificar los esfuerzos en la lucha contra la violencia de género
 - asegurar la existencia de políticas de protección de mujeres en situación de especial vulnerabilidad
 - asegurar que la perspectiva de género es tenida en cuenta en las respuestas a la crisis a nivel europeo y nacional considerando el diferente impacto que ésta tiene en hombres y mujeres
 - renovar el compromiso adquirido por los Estados miembros en el Pacto europeo por la igualdad de género

VII. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

JAVIER POU DE AVILÉS SANS*

I. Jurisprudencia del TJCE

STJCE (Sala 3.^a), de 15 de abril de 2010, Asunto C-518/08, que tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunal de grande instance de París (Francia) mediante resolución de 29 de octubre de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de noviembre de 2008, en el procedimiento entre Fundación Gala-Salvador Dalí, Visual Entidad de Gestión Artistas Plásticos (VEGAP) y Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP), Juan-Leonardo Bonet Doménech, Eulalia-María Bas Dalí, María del Carmen Doménech Biosca, Antonio Doménech Biosca y Mónica Busquest Bonet.

A la luz de los objetivos perseguidos por la Directiva 2001/84, los Estados miembros disponen de libertad de elección legislativa para determinar las categorías de personas que pueden disfrutar del derecho de participación tras el fallecimiento del autor de una obra de arte.

Procede responder a la primera cuestión planteada que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/84 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición de Derecho interno, como la controvertida en el litigio principal, que reserva el beneficio del derecho de participación únicamente a los herederos forzosos del artista, con exclusión de los herederos y legatarios testamentarios.

Nada de lo dispuesto por la Directiva 2001/84 permite considerar que el legislador de la Unión haya querido excluir la aplicación de las reglas que rigen la coordinación entre los diferentes Derechos internos en materia sucesoria, en particular las que forman parte del Derecho internacional privado y están destinadas a resolver un conflicto de leyes como el planteado en el litigio principal. A los efectos de la aplicación de la disposición nacional que adapta el Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/84, incumbe al tribunal remitente tener debidamente en cuenta todas las reglas pertinentes dirigidas a resolver los conflictos de leyes en materia de atribución sucesoria del derecho de participación.

II. Resoluciones del Consejo

Resolución del Consejo de 1 de marzo de 2010 sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior (2010/C 56/01).

El Consejo realiza varias solicitudes a la Comisión: 1.^a Que detalle en mayor medida el ámbito de las competencias, funciones y papel del Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería, y respalde su actividad a través de las estructuras institucionales existentes; 2.^a Que, de acuerdo con el artículo 18 de la Directiva 2004/48/CE y en estrecha colaboración con los Estados miembros, analice la aplicación de dicha Directiva, incluyendo una evaluación de la eficacia de las medidas tomadas y, en caso necesario, pro-

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

ponga las modificaciones pertinentes para garantizar una mejor protección de los derechos de propiedad intelectual; 3.^a Que estudie la conveniencia de presentar una propuesta modificada de Directiva sobre medidas penales destinadas a luchar contra la falsificación y la piratería, incluyendo una evaluación de la medida en que la acción es esencial para garantizar una aplicación eficaz de una política de la Unión en un ámbito sometido a medidas de armonización, así como un estudio de las consecuencias, costes y beneficios de las nuevas medidas; 4.^a Que evalúe, en estrecha cooperación con los estados miembros, cuál sería la mejor forma de mejorar la coordinación, cooperación, intercambio de información y asistencia mutua entre todas las autoridades nacionales y europeas implicadas en la lucha contra la falsificación y la piratería con la cooperación de los actores económicos.

También insta a los Estados miembros a fin de que: 1.^o Junto a la Comisión, consideren el modo de apoyar la revisión del Reglamento (CE) 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, (Reglamento Bruselas I) a fin de simplificar la ejecución transfronteriza de resoluciones judiciales para asegurar una protección eficaz de los derechos de la propiedad intelectual; 2.^o Junto a la Comisión, a que exploren cuál sería la mejor forma de utilizar la experiencia y los conocimientos disponibles en la Unión Europea y en las oficinas nacionales de la propiedad intelectual para estudiar las posibilidades de facilitar información a los titulares de los derechos, en particular las pequeñas y medianas empresas, mediante el refuerzo de los portales y servicios de asistencia existentes y de posible nueva creación, de modo que puedan proteger eficaz y eficientemente su propiedad intelectual. Asimismo solicita a los Estados miembros: 1.^o Que comuniquen a la Comisión cualquier acuerdo vigente sobre medidas prácticas voluntarias destinadas a reducir la falsificación y la piratería en el mercado interior; 2.^o Que, junto con la Comisión, trabajen para fomentar unos niveles adecuados y eficaces de protección de la propiedad intelectual, tanto en acuerdos internacionales bilaterales y multilaterales; también les pide a los Estados Miembros que elaboren estrategias nacionales contra la falsificación y la piratería, estableciendo estructuras transparentes de coordinación en este ámbito.

Asimismo solicita al Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería que: 1.^o Convoque reuniones periódicas de expertos, con representantes de las autoridades públicas, órganos del sector privado y organizaciones de consumidores, para promover soluciones satisfactorias y proporcionadas contra la falsificación y la piratería, prestando especial atención a la recopilación de mejores prácticas en los sectores públicos y privado, y códigos de conducta en los sectores privados, debiendo tener en cuenta, en su informe anual, las conclusiones de las reuniones de expertos y mesas redondas pertinentes; 2.^o Publique cada año un informe anual global que abarque el ámbito, magnitud y principales características de la falsificación y la piratería, así como sus consecuencias para el mercado interior. Dicho informe se preparará con la información pertinente facilitada por las autoridades de los Estados miembros, la Comisión y el sector privado, dentro de los límites de la legislación sobre protección de datos; y, 3.^o Amplíe el estudio de las causas, consecuencias y efectos de violaciones de los derechos de propiedad intelectual en la innovación, competitividad, mercado laboral, sanidad, seguridad, creatividad y diversidad cultural del mercado interior y a que estudie la necesidad de

aplicar programas de formación a escala de la Unión Europea para los implicados en la lucha contra la falsificación y la piratería.

III. Legislación

El 14 de marzo de 2010 entró en vigor, por lo que respecta a la Unión Europea, el tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor y el Tratado de la OMPI sobre interpretación Ejecución y Fonogramas, adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 (2010/L 32/1).

IV. Otros documentos de interés

a) *European Copyright Code*

El 26 de abril de 2010 se publicó el *European Copyright Code* (www.copyrightcode.eu) Resultado final del proyecto conocido como *Wittem Project*, que se inició en el año 2002 a instancias de un programa internacional de tres universidades de los Países Bajos (Radboud University of Nijmegen, University of Amsterdam y Leiden University) y que en la actualidad está formado por investigadores sobre derechos de autor de toda la Unión Europea.

Su finalidad consiste en promover transparencia y consistencia en el derecho de autor europeo. Los investigadores que forman el proyecto consideran que el mismo puede servir como herramienta para futuras armonizaciones o unificaciones del derecho de autor a nivel europeo.

El Código parte de un proyecto elaborado por un *Drafting Committee* integrado por los Profesores Quaadvlieg, Hugenholtz, Strowel, Visser, Dreier y Hilty, que fue discutido ampliamente en una sesión plenaria de todos los miembros del *Wittem Project* y otros expertos invitados *ad hoc*, tras la cual nace el código definitivo que finalmente se ha publicado.

El mismo se divide en cinco capítulos que tratan, respectivamente: el sujeto de los derechos de autor, la autoría y la propiedad de los derechos, los derechos morales, los económicos y, por último, límites al ejercicio de los derechos.

Para la elaboración del Código se han tenido en cuenta las siete directivas que se han promulgado desde el año 1991. Sin embargo, en ocasiones, se desvía de ellas, por lo que no puede ser considerado una mera consolidación de lo dispuesto en las mismas.

En primer lugar, el Código dedica, en el Capítulo I, sus primeros artículos (1.1 y 1.2) a definir cuáles son los objetos de protección por parte de los derechos de autor, considerando que se engloban dentro de los mismos cualquier expresión en el campo de la literatura, el arte o la ciencia que constituya una creación intelectual original por parte de su autor y, en particular: palabras escritas o recitadas, composiciones musicales, obras teatrales y coreografías, pinturas, gráficos, fotografías y esculturas, filmaciones, diseños industriales y arquitectónicos; programas de ordenador y, por último, colecciones, compilaciones y bases de datos. Considera que no lo pueden ser, en sí mismas, como expresiones del campo de la literatura, arte o ciencia: los hechos, descubrimientos, noticias y datos, las ideas y teorías ni los procedimientos, método de operación ni conceptos matemáticos. En cuanto a exclusiones,

excluye expresamente del ámbito de protección de los derechos de autor los textos legislativos, administrativos y judiciales, así como documentos oficiales publicados por autoridades públicas.

En el Capítulo II (arts. 2.1 a 2.4) dedicado a la autoría y a la propiedad de los derechos, sigue la clásica distinción entre los derechos morales y los económicos como componentes de los derechos de autor, prohibiéndose la cesión respecto a los primeros. En cuanto a los derechos económicos, se permite expresamente que los mismos sean cedidos, licenciados o bien transmitidos vía herencia. En este punto, el Código establece una interesante distinción entre los términos «ceder» y «licenciar», exigiendo, para el primero de ellos, y como requisito de validez, su constancia por escrito (art. 2.3).

En lo que respecta a las cesiones o a las licencias en exclusiva, el art. 2.4 del Código establece que las mismas deben contener las siguientes especificaciones mínimas: a) el importe de la remuneración del autor; b) el ámbito geográfico; c) el modo de explotación; d) la duración de la concesión. Lo novedoso del texto es que no sanciona con la nulidad la falta de cualquiera de estos requisitos, sino que establece una regla legal sobre la extensión de la concesión tomando como parámetro el motivo que ocasionó su otorgamiento.

En cuanto a los derechos morales, el texto contempla, en el Capítulo III (arts. 3.1 a 3.5), los siguientes: el de divulgación; el de atribución (paternidad de la obra), que comprende tanto el derecho a ser identificado como autor, el derecho a usar un seudónimo o al anonimato y el derecho a que se respete el nombre o título designado por el autor, y el de integridad. No se incluyen otros derechos morales, tales como, el de modificar la obra, retirarla del comercio por cambio de convicciones morales o intelectuales o el de acceder al ejemplar único o raro de su obra, cuando se halle en poder de otro. Debe destacarse que el Código atribuye diferentes plazos de duración a los derechos morales. Así, respecto al primero de ellos (art. 3.2), concede un plazo de duración limitado, exclusivamente, a la vida del autor; mientras que para los otros dos (arts 3.3 y 3.4) prevé que puedan extenderse más allá de su muerte, sin especificar su duración concreta.

Introduce, asimismo, de forma adyacente, una posibilidad encubierta de renuncia a los derechos morales de autor, permitiendo en su artículo 3.5 que éste pueda «consentir no ejercerlos», siempre que tal consentimiento sea en un ámbito limitado, emitido de forma inequívoca e informado, aunque no se exige la forma escrita a esa renuncia temporal.

Por último, y como interesante novedad, establece en su art. 3.6 un límite a los derechos morales, en aquellos supuestos en que su ejercicio pueda dañar los intereses de terceras personas hasta un punto que sea manifiestamente desproporcionado con los intereses del propio autor. Con otras palabras, sanciona expresamente el abuso de derecho en el ejercicio de los derechos morales por parte de su autor. En el mismo sentido, establece que, tras la muerte del autor, los derechos de atribución (paternidad) e integridad solo podrán ser ejercidos de forma que tenga en cuenta la protección de la persona del autor fallecido y los legítimos intereses de terceros.

El Capítulo IV (arts 4.1 a 4.6) se dedica a la regulación de los derechos económicos, contemplando los siguientes: de reproducción, de distribución, de alquiler (*right of rental*, en la propia terminología del Código) y de comunicación pública.

Como novedad importante que afecta a todos ellos, existe unanimidad entre los autores del texto en que el plazo actual de protección de los derechos es, en la actualidad, demasiado largo, a pesar de lo anterior, no existe

unanimidad entre ellos sobre cual debería ser el plazo adecuado, por lo que no se pronuncian en relación con este extremo.

En cuanto al derecho de distribución se introduce en su art. 4.3, 2, siguiendo lo que establecen las disposiciones en el ámbito del derecho de marcas, el agotamiento de ese derecho desde el momento en que el original o cualquier copia de la obra se introducen en el mercado por el propio autor o por otro con su consentimiento.

En lo que respecta al derecho de comunicación pública, se especifica que existe tal comunicación desde el momento en que se dirige a una pluralidad de personas, a excepción de que las mismas se hallen conectadas mediante relaciones personales, apartándose del término «ámbito estrictamente doméstico» (art. 4.5, 2).

El último Capítulo, el V (arts 5.1 a 5.8) del Código que reseñamos, está reservado a los límites a los derechos, y se divide en cuatro grandes grupos: primero, por razón de usos con un mínimo significado económico; segundo, por razón de las libertades de expresión e información; tercero, en los casos en que se persiga la promoción de objetivos sociales, políticos y culturales, y, en cuarto lugar, y de forma novedosa, en aquellos casos en que el uso se realice con la finalidad de mejorar la competencia.

Hay que resaltar que, en la mayoría de los casos, se permiten los usos sin previa autorización ni remuneración pero que, en determinados supuestos, no hay exención de la remuneración. Son los casos de reportajes a los efectos meramente internos en organizaciones, para usos relacionados con investigación científica, reproducciones realizadas por una persona física para su uso privado, reproducciones para usos educativos y, en los supuestos englobados en usos que se realicen con la finalidad de mejorar la competencia, en aquellos casos en que se den todas y cada una de las siguientes condiciones: que el uso sea indispensable para competir en el mercado, que el titular del derecho haya rehusado a licenciar, en términos razonables y que, además, el uso no perjudique razonablemente los intereses del titular de los derechos.

Asimismo, se establece una cláusula de cierre (art. 5.5) en la que, con carácter general, cualquier otro uso que sea comparable a los antes expuestos igualmente estará permitido sin necesidad de autorización del autor, siempre que no entre en conflicto con la normal explotación de la obra, ni perjudique de forma irrazonable los intereses del autor o del titular de los derechos, teniendo en cuenta los legítimos intereses de terceras personas.

También, de forma general, se establece en su art. 5.7, punto 1, que cualquier remuneración que deba establecerse al amparo de lo dispuesto en ese capítulo, debe ser justa y adecuada.

b) *Audiencia pública del Comité Económico y Social Europeo*

El 9 de febrero de 2010, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) celebró una audiencia pública sobre los derechos de autor, especialmente orientada hacia la música. (www.eesc.europa.eu) (CES/10/16).

En la misma se examinaron varios aspectos, por ejemplo, la remuneración, el significado del concepto de «comunicación pública» (*public performance*), las sanciones por explotación ilegal y el funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva. El debate se centró, asimismo, en la importancia de reforzar el marco jurídico y de proteger los derechos de propiedad intelectual, lo cual figura en el programa de la Presidencia española como cuestión relevante tanto para la UE como en la esfera mundial.

VIII. DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉNTRIGO GARCÍA*

I. Legislación

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (DOUE L 95, de 15 de abril de 2010, 1-24).

La presente Directiva, en aras de una mayor racionalidad y claridad, procede a la codificación de la Directiva 89/552/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), y sus modificaciones.

Esta normativa define el concepto de responsabilidad editorial, elemento fundamental para determinar el papel de prestador del servicio de comunicación, entendida como el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico, en el caso de las radiodifusiones televisivas, ya en un catálogo, en el caso de los servicios de comunicación audiovisual a petición (art. 1.1.º apartado c).

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados. Por otra parte, los Estados miembros pueden especificar con mayor detalle aspectos de esta definición, sobre todo del concepto de «control efectivo», cuando adopten las disposiciones necesarias para la aplicación de la presente Directiva.

También en materia de responsabilidad, el art 28 prevé, sin perjuicio de las demás disposiciones civiles, administrativas o penales adoptadas por los Estados miembros, que cualquier persona física o jurídica, independientemente de su nacionalidad, cuyos legítimos derechos, en particular en relación con su honor y su reputación, hayan sido lesionados como consecuencia de una afirmación errónea realizada en un programa de televisión, deberá poder disponer de un derecho de réplica o de medidas equivalentes. No obstante, podrá desestimarse la solicitud del ejercicio del derecho de réplica o de las medidas equivalentes si no estuviere justificada, si constituyere un acto punible, si comprometiera la responsabilidad civil del organismo de radiodifusión televisiva o si fuere contraria a las buenas costumbres.

Finalmente, la Directiva 2010/13/UE se entiende sin perjuicio de las exenciones en materia de responsabilidad establecidas por la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

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

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

L. 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (BOE 273, de 12 de noviembre de 2009, 94903-94930).

La ley 15/2009 no deriva de manera directa de la normativa comunitaria; propiamente, pretende adaptar el Derecho del contrato de transporte terrestre español al modelo contemplado por los convenios internacionales en la materia, básicamente al Convenio de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) y a las Reglas Uniformes CIM/1999. Con ello se sigue el ejemplo de otros países europeos, actualizando el régimen jurídico del contrato de transporte terrestre de mercancías tanto por lo que se refiere al transporte por carretera como por ferrocarril. Se logra así una aproximación del régimen jurídico del transporte terrestre de mercancías internacional y el puramente interno.

Con carácter general, el art. 47.2.º (*Supuestos de responsabilidad*) dispone que, a falta de regulación específica, el incumplimiento por el porteador de otras obligaciones derivadas del contrato de transporte se regirá por las normas generales de la responsabilidad contractual. Ahora bien, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, cabe destacar el art. 63 (*Aplicación del régimen de responsabilidad a las diversas acciones*) en materia de *Responsabilidad del porteador* (Capítulo V). De acuerdo con este precepto, el régimen de responsabilidad previsto en este capítulo será aplicable a toda acción que persiga una indemnización por daños y perjuicios derivados del transporte, con independencia de cuál sea el procedimiento a través del que se ejercite o su fundamento contractual o extracontractual, tanto si se hace valer frente al porteador como si se dirige contra sus auxiliares.

L. 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE 283, de 24 de noviembre de 2009, 99570-99593).

El artículo 21 de la L. 17/2009 (*vid. supra* la reseña de Carlos Gómez, en el apartado «España. Legislación»), sobre seguros y garantías de responsabilidad profesional, dispone que se podrá exigir a los prestadores de servicios, en norma con rango de ley, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio en aquellos casos en que los servicios que presten presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad del destinatario o de un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario. La garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto.

Cuando un prestador que se establezca en España ya esté cubierto por un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía en otro Estado miembro en el que ya esté establecido, se considerará cumplida la exigencia a la que se refiere el apartado anterior. Si la equivalencia con los requisitos es sólo parcial, podrá exigirse la ampliación del seguro u otra garantía hasta completar las condiciones que se hayan establecido en la norma que lo regula.

L. 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE 308, de 23 de diciembre de 2009, 108507-108578).

Tras la aprobación de la L. 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que incorpora parcialmente al Derecho español la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, resulta necesario proceder, con carácter complementario, a la adaptación de varias leyes a la nueva regulación. La finalidad buscada es impulsar una mejora global del marco regulatorio del sector servicios, para así obtener ganancias de eficiencia, productividad y empleo en los sectores implicados, además de un incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos.

Entre estas leyes objeto de adaptación se encuentra la L. 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. En concreto se añade el art. 13 (visado). Conforme a este precepto, los Colegios de profesiones técnicas visarán los trabajos profesionales en su ámbito de competencia únicamente cuando se solicite por petición expresa de los clientes, incluidas las Administraciones Públicas cuando actúen como tales, o cuando así lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto, previa consulta a los colegiados afectados. El objeto del visado será comprobar, al menos, (a) La identidad y habilitación profesional del autor del trabajo, utilizando para ello los registros de colegiados, y (b) la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable al trabajo del que se trate, sin comprender el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional.

En todo caso, el visado informará sobre la responsabilidad que asume el Colegio. En efecto, en el supuesto de daños derivados de un trabajo profesional que haya visado el Colegio, en el que resulte responsable el autor del mismo, el Colegio responderá subsidiariamente de los daños que tengan su origen en defectos que hubieran debido ser puestos de manifiesto por el Colegio al visar el trabajo profesional, y que guarden relación directa con los elementos que se han visado en ese trabajo concreto.

L. 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE 315, de 31 de diciembre de 2009, 112039-112060).

De acuerdo con lo establecido en su disposición final tercera (Incorporación del derecho de la Unión Europea), la L. 29/2009 incorpora al ordenamiento jurídico interno 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Igualmente, se incorpora en esta ley la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Su artículo tercero modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, apro-

bado por el RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre. Desde la perspectiva del derecho de daños, interesa la nueva redacción dada al art. 19, cuyo apartado 2.º *in fine* señala que no tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el art. 59. Ello no obsta, en cambio, la aplicación de las normas que regulen las prácticas comerciales que puedan afectar a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, incluidas las relativas a la seguridad de bienes y servicios.

L. 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual (BOE 79, de 1 de abril de 2010, 30157-30209).

Una de las funciones de la L. 7/2010 es la transposición de la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre del 2007, de forma que se garantice el pluralismo y los derechos de los consumidores. Por otra parte, se pretende compendiar la normativa vigente aún válida, actualizar aquellos aspectos que han sufrido importantes modificaciones y regular las nuevas situaciones carentes de marco legal. Se responde así a la creciente importancia del sector audiovisual, hasta el momento, basado en la explotación tradicional de la radio y televisión analógica. Ahora bien, la irrupción de la tecnología digital supone un cambio de las condiciones técnicas que implica, a su vez, un aumento en el acceso a los medios audiovisuales y la evolución de los modelos de negocio.

En materia de responsabilidad, el art. 7.2º (los derechos del menor) dispone que, en todo caso, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tendrán responsabilidad subsidiaria sobre los fraudes que se puedan producir a través de estos programas. Y, en general, el infractor habrá de reponer la situación alterada a su estado originario y resarcir los daños y perjuicios causados, siempre que técnicamente sea posible (art. 61.3º, responsabilidad por la comisión de infracciones).

De forma parecida a lo dispuesto por la normativa comunitaria, se entiende por responsabilidad editorial el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico o en un catálogo de los servicios de comunicación audiovisual. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados (art. 13, responsabilidad editorial).

L. 8/2010, de 31 de marzo, por la que se establece el régimen sancionador previsto en los Reglamentos (CE) relativos al registro, a la evaluación, a la autorización y a la restricción de las sustancias y mezclas químicas (REACH) y sobre la clasificación, el etiquetado y el envasado de sustancias y mezclas (CLP), que lo modifica (BOE 79, de 1 de abril de 2010, 30210-30221).

En el supuesto de vulneración de la presente normativa, el infractor quedará obligado a la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como a la indemnización de los daños y perjuicios causados. En los casos de daños medioambientales, el infractor estará obligado a la reparación en los términos de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (art. 14, reparación del daño e indemnización).

II. Jurisprudencia

A. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

STJCE (Sala cuarta), de 22 de diciembre de 2009 (asunto C-301/08). Responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

El Tribunal se ha pronunciado sobre una petición de decisión prejudicial presentada en el marco de un litigio entre la Sra. Bogiatzi, y la sociedad Luxair, société luxembourgeoise de navigation aérienne SA (en lo sucesivo, «Luxair»), y la asociación alemana Deutscher Luftpool, en relación con la reparación solidaria de un daño que sufrió como consecuencia de un accidente sufrido durante el embarque en un avión de Luxair. Al respecto, entiende que el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, en su versión modificada en último lugar por los cuatro Protocolos adicionales de Montreal de 25 de septiembre de 1975, no forma parte de las normas del ordenamiento jurídico comunitario cuya interpretación es competencia del Tribunal de Justicia. En todo caso, el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación del artículo 29 del Convenio de Varsovia a una situación en la que un viajero solicita que se haga responsable a una compañía aérea del daño sufrido durante un vuelo entre Estados miembros de la Comunidad Europea.

STJCE (Gran Sala), de 2 de diciembre de 2009 (asunto C-358/08). Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

En relación con una petición de decisión prejudicial, el Tribunal señala, en primer lugar, que el artículo 11 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional que autorice la sustitución de un demandado por otro en el curso de un procedimiento judicial se aplique de manera que permita demandar, una vez expirado el plazo que fija, a un «productor» en el sentido del artículo 3 de esta Directiva, en una acción judicial ejercitada dentro de dicho plazo contra otra persona. No obstante, por una parte, dicho artículo 11 debe ser interpretado en el sentido de que no se opone a que el tribunal nacional considere que, en la acción judicial ejercitada, dentro del plazo que fija, contra la filial al 100 % del «productor», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 85/374, dicho productor pueda sustituir si el tribunal nacional comprueba que, de hecho, fue el productor quien determinó la puesta en circulación del producto de que se trata. Por otra parte, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el perjudicado por un producto supuestamente defectuoso no pudo razonablemente identificar al productor de dicho producto antes de ejercitar sus derechos frente al suministrador del mismo, dicho suministrador debe ser considerado «productor» a efectos, en particular, de la aplicación del artículo 11 de dicha Directiva, si no comunicó al perjudicado, por iniciativa propia y de manera diligente, la identidad del productor o de su propio suminis-

trador, extremo éste que corresponde comprobar al tribunal nacional, habida cuenta de las circunstancias del caso.

STJCE (Gran Sala), de 9 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08). Responsabilidad medioambiental.

Los litigios principales se inscriben en una serie de recursos interpuestos contra las resoluciones de varias autoridades administrativas italianas por las que se impuso a las sociedades recurrentes obligaciones de reparación de la contaminación comprobada. El Tribunal entiende que los artículos 7 y 11, apartado 4, de la Directiva 2004/35 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, en relación con el anexo II de dicha Directiva, deben interpretarse en el sentido de que la autoridad competente está facultada para modificar sustancialmente las medidas reparadoras de daños medioambientales que han sido adoptadas tras un procedimiento contradictorio llevado a cabo en colaboración con los operadores interesados y cuya ejecución ha comenzado o acabado. No obstante, para adoptar tal decisión: (a) dicha autoridad deberá oír a los operadores a los que se impongan tales medidas, salvo cuando la urgencia de la situación medioambiental exija una actuación inmediata por parte de la autoridad competente; (b) la referida autoridad también habrá de invitar, en particular, a las personas en cuyas tierras hayan de aplicarse tales medidas a presentar sus observaciones y las tendrá en cuenta; y (c) dicha autoridad deberá tener en cuenta los criterios previstos en el punto 1.3.1 del anexo II de la Directiva 2004/35 e indicar, en su decisión, los motivos exactos en los que se basa su elección así como, en su caso, los que justifiquen que no era necesario hacer un examen detallado a la vista de los referidos criterios o que éste no pudo efectuarse debido, por ejemplo, a la urgencia de la situación medioambiental. Por otra parte, en circunstancias como las que concurren en los litigios principales, la Directiva 2004/35 no se opone a una normativa nacional que permite a la autoridad competente supeditar el ejercicio, por parte de los operadores a los que van dirigidas las medidas reparadoras del medio ambiente, del derecho a utilizar sus terrenos a la condición de que ejecuten los trabajos que éstas exijan y ello aunque los referidos terrenos no estén afectados por esas medidas al haber sido objeto de medidas de «saneamiento» anteriores o no haber sido jamás contaminados. No obstante, tal medida ha de justificarse por el objetivo de impedir la agravación de la situación medioambiental en el lugar en que se ejecutan las referidas medidas o, en aplicación del principio de cautela, por el objetivo de prevenir la aparición o reaparición de otros daños medioambientales en los referidos terrenos de los operadores, adyacentes a todo el litoral objeto de las citadas medidas reparadoras.

STJCE (Gran Sala), de 9 de marzo de 2010 (asunto C-378/08). Responsabilidad medioambiental

El litigio principal se refiere a la región de Priolo Gargallo (Sicilia), declarada «sitio de interés nacional a los efectos de «saneamiento»» y, más concretamente, la Rada de Augusta. Ésta se ve afectada por fenómenos recurrentes de contaminación medioambiental cuyo origen se remonta a los años 60, cuando el polo de Augusta-Priolo-Melilli fue creado como polo petrolífe-

ro. Desde entonces, numerosas empresas activas en el sector de los hidrocarburos y la petroquímica se instalaron y sucedieron en dicha región. Al respecto, el Tribunal declara que cuando, en una situación de contaminación medioambiental, no se cumplen las condiciones de aplicación *ratione temporis* y/o *ratione materiae* de 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, tal situación estará sometida al Derecho nacional dentro del respeto de las reglas del Tratado y sin perjuicio de otros actos de Derecho derivado. Ahora bien, la Directiva 2004/35 no se opone a una normativa nacional que permite a la autoridad competente, que actúa en el marco de dicha Directiva, presumir la existencia de un nexo causal, incluso en el supuesto de contaminación de carácter difuso, entre los operadores y una contaminación comprobada y ello por razón de la proximidad de sus instalaciones al área contaminada. No obstante, de conformidad con el principio de quien contamina paga, a fin de presumir que existe tal nexo causal, dicha autoridad ha de disponer de indicios plausibles que puedan constituir la base de su presunción, por ejemplo, la proximidad de la instalación del operador a la contaminación comprobada y la coincidencia entre las sustancias contaminantes encontradas y las componentes utilizadas por el referido operador en el marco de sus actividades. Asimismo, los artículos 3, apartado 1, 4, apartado 5, y 11, apartado 2, de la Directiva 2004/35, deben interpretarse en el sentido de que, cuando la autoridad competente decida imponer medidas de reparación de daños medioambientales a los operadores cuyas actividades estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación del anexo III de dicha Directiva, la autoridad competente no está obligada a demostrar que ha habido culpa o negligencia, ni tampoco una intención dolosa por parte de los operadores cuyas actividades se consideren responsables de los daños causados al medio ambiente. Por el contrario, incumbe a dicha autoridad, por una parte, investigar previamente el origen de la contaminación comprobada, para lo que dispone de un margen de apreciación en lo referente a los procedimientos, los medios que han de desplegarse y a la duración de tal investigación. Por otra parte, dicha autoridad está obligada a demostrar, según las normas nacionales en materia de prueba, la existencia de un nexo causal entre las actividades de los operadores afectados por las medidas de reparación y la referida contaminación.

STJCE (Gran Sala), de 23 de marzo de 2010 (asunto C-236/08 a 238/08). Responsabilidad del prestador de servicios de la sociedad de la información

A propósito del papel del prestador de un servicio remunerado de referenciación, en el litigio de Vuitton contra Google, el Tribunal interpreta el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), en el sentido de que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados. Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

STJCE (Sala Tercera), de 6 de mayo de 2010 (asunto C-63/09). Responsabilidad de los transportistas en materia de equipaje facturado

En relación con una petición de decisión prejudicial, el Tribunal entiende que el término «daño», subyacente al artículo 22, apartado 2, del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, celebrado en Montreal el 28 de mayo de 1999, firmado por la Comunidad Europea el 9 de diciembre de 1999 y aprobado en nombre de ésta mediante la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001, que fija el límite de responsabilidad del transportista aéreo por el daño resultante, en particular, de la pérdida de equipaje, debe interpretarse en el sentido de que incluye tanto el daño material como el moral.

B. TRIBUNAL SUPREMO

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 9 de diciembre de 2009. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información; alojamiento o almacenamiento de datos.

La sentencia valora la falta de diligencia de Asociación de Internautas en el cumplimiento de la carga prevista en la letra b) del artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico respecto del dominio «www.putasgae.org», dirigido por la «Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE». El Tribunal entiende que no es conforme a la Directiva -cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios- una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. El propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva al dejar a salvo la posibilidad de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»; además, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al «conocimiento efectivo» a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

IX. EL DERECHO DE *TRUSTS* EN LA UNIÓN EUROPEA

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

La regulación europea de los *Trusts* en los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full Edition, preparado por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group).

Después de la edición provisional del Proyecto de Marco Común de Referencia, en el año 2008, a principios del año 2009, la editorial Sellier

* Prof. Contratada Doctor, Universidad de Cantabria.

publicaba la *Outline Edition* de los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, un trabajo elaborado por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC. Private Law (Acquis Group), con el propósito de «servir de posible modelo político al Marco Común de Referencia, ofrecer un sólido trabajo académico de derecho comparado y servir de fuente de inspiración a legisladores y prácticos del derecho». Entre las razones que adujeron los redactores para esta nueva edición estaba la de ampliar el texto inicial con nuevas normas en materia de contratos de préstamo y donación, modos de adquisición y pérdida de la propiedad, garantías mobiliarias y *trusts*, y así, respecto del tema que aquí nos ocupa, se introdujo un nuevo Libro X, en el volumen 6, dedicado a la regulación de los *trusts*.

A lo largo del mismo año se publicó la *full edition*, una tercera edición de la misma obra que, junto al articulado de la edición anterior, introduce comentarios al mismo, ilustraciones y notas, aunque la primera nota a pie de página del Libro X ya anticipa que «lamentablemente, no ha habido tiempo para redactar comentarios a todos los artículos del Libro X. Se ofrecerán los Comentarios Completos en el próximo Libro de los PEL sobre Trusts». Quizás la cuarta edición que ha visto la luz mientras escribimos estas páginas, contenga los anunciados comentarios completos y notas de derecho comparado que se echan de menos en el texto que ahora manejamos.

A diferencia de los *Principles of European Trust Law*, redactados por D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann y H.L.E. Verhagen (Kluwer, 1999), con el declarado objetivo de ofrecer un conjunto de reglas que puedan servir como referente a aquellos estados que decidan desarrollar legislativamente la figura, como guía a los prácticos que deban interpretar instituciones afines y como reglas subsidiarias a las que puedan remitirse los contratantes, y cuya regulación se limita a ocho artículos que sintetizan los aspectos más problemáticos de la figura, el Libro X del DCFR ofrece una regulación muy detallada.

Se trata de ciento seis artículos organizados en diez capítulos que se subdividen a su vez en secciones y subsecciones. Los comentarios (a los tres primeros capítulos) incluyen en ocasiones ilustraciones, a modo de ejemplos, con una técnica semejante a la de los *Principles of European Contract Law*. El Libro X comienza con disposiciones de carácter general (Cap. I) entre las cuáles cabe destacar, junto a una presentación general de la institución y algunas precisiones terminológicas, indicaciones acerca de la relación entre éste y los demás libros del DCFR. Esta última es una preocupación constante del legislador que, a lo largo del articulado del Libro X y, en ocasiones, en los comentarios, retoma varias veces la cuestión del carácter preferente o no de las reglas en materia de *trusts*, frente a otras partes del DCFR. Esto no es extraño si tenemos en cuenta la versatilidad de la figura, susceptible de muy diversas aplicaciones y por lo tanto propicia a generar relaciones objeto de regulación por otros libros del DCFR (ej. Libros II y III).

Los Capítulos II y III tienen por objeto, respectivamente, la constitución de los *trusts* y su administración; y los Capítulos V, VI y VIII contienen una pormenorizada regulación de los derechos y obligaciones de las partes, especialmente del *trustee*, elemento indispensable del *trust*. La relación del *trust* con terceros, acreedores, deudores y adquirentes de bienes del *trust* es objeto de un capítulo aparte, el X, al igual que la responsabilidad del *trustee* y los remedios ante el incumplimiento, regulados en el Capítulo VII. Completan el Libro X otros dos capítulos, el IV y el IX, dedicados respectivamente a la

interpretación de los términos del *trust* y causas de ineficacia, por una parte, y a la modificación y extinción de la figura, por otra.

El artículo 1:201 define el *trust* como «una relación jurídica en virtud de la cual un trustee está obligado a administrar o disponer de uno o más bienes (el fondo del *trust*) de acuerdo con los términos que rigen la relación (los términos del *trust*) en beneficio de una persona o en cumplimiento de fines de utilidad pública». Los comentarios confirman que, de los distintos enfoques que se podía dar a la figura, el legislador ha optado por recalcar el aspecto de «relación jurídica» en virtud de la cual el *trustee* asume obligaciones. El *trust* es calificado por los comentarios como obligación *sui generis*, en el sentido de que, aunque existan puntos de semejanza, no tiene naturaleza contractual ni es reconducible a las categorías del *civil law* pero, habida cuenta los efectos *erga omnes* de que es susceptible un *trust*, la figura es considerada «punto de apoyo (si no parte) del derecho de propiedad».

A pesar de no quedar expresado en la definición, el art. 1:203 aclara que el trustee es la persona que ostenta la titularidad del fondo del *trust* (art. 1:203). Aclaran los comentarios que «con el fin de cumplir el *trust*, el *trustee* está envuelto con el manto de un auténtico propietario», lo que distingue el *trust* de otras relaciones jurídicas en que los bienes se encuentran bajo el control de un no-propietario. De esta forma, al igual que los *Principles of European Trust Law* y las demás leyes europeas que regulan la figura o los efectos de su reconocimiento en el derecho interno, el DCFR se inclina por el modelo de *trust* anglosajón frente al del patrimonio de destino o de afectación, sin titular. La definición tampoco alude a dos de los caracteres esenciales de la figura, la separación o segregación del fondo del *trust* respecto del patrimonio personal del *trustee* y la aplicación del principio de subrogación real al fondo del *trust*. No obstante, ambas notas están presentes en el Libro X. Así, en el artículo 1:202 se indica que el fondo del *trust* ha de considerarse un patrimonio separado del patrimonio personal del trustee y de cualquier otro patrimonio bajo la titularidad o administrado por el *trustee*; y en el artículo 6:103 se incluye, entre las obligaciones del *trustee*, la de mantener separado el fondo del *trust* de otros patrimonios y la de preservar los bienes del *trust*. Las consecuencias de la separación, a efectos de responsabilidad patrimonial se encuentran recogidas en el mismo art. 1:202, que excluye los bienes del fondo del *trust* de los procedimientos concursales en que pueda verse envuelto el *trustee*, de su régimen económico-matrimonial y obligaciones económicas de carácter familiar, así como de su patrimonio hereditario. Por lo que respecta al principio de subrogación real, el artículo 3:201.1 *b* establece que una vez constituido un *trust*, un bien susceptible de convertirse en bien del *trust* pasa a formar parte del fondo del *trust* si es adquirido por el *trustee* como nuevo bien o haciendo uso del fondo del *trust*.

El *trust* queda constituido mediante la transmisión de bienes, debidamente segregados, al *trustee* (arts. 2:102 y 3:103) o la declaración en virtud de la cual el disponente (denominado por el DCFR, «*truster*») afirma pasar a actuar en calidad de único *trustee* de determinados bienes (art.2:103). En este segundo caso se admite transitoriamente la falta de segregación, siempre que puedan identificarse los bienes del *trust* como parte de un todo (3:103.2). El acto constitutivo, que puede tener carácter *inter vivos* o *mortis causa*, no está sujeto, como tal, a ningún requisito de forma, pero la transmisión o declaración de bienes en *trust* debe cumplir con los requisitos de validez requeridos por el tipo de acto transmisivo (donación, disposición *mortis causa*, etc.).

El ámbito de aplicación del Libro X es, a primera vista, omnicompreensivo, ya que el mismo se aplica a los *trusts* constituidos voluntariamente (*express trusts*), a los que tienen su origen en una disposición legal (*statutory trusts*) y a los que son consecuencia de una decisión judicial o administrativa, dictada a su vez en cumplimiento de una disposición legal (art. 1:101). No obstante, los comentarios señalan que no todos los *trusts* quedan incluidos en el ámbito de aplicación del Libro X y que algunos sólo podrán regirse por esta normativa tras realizar los correspondientes ajustes. Por ejemplo, los *purposes trusts* o *trusts* constituidos con un propósito específico, que no revista carácter de interés público. Éstos, de acuerdo con el art. 4:203, producirán efectos como *trusts* constituidos en beneficio del propio disponente. Recordemos que este tipo de *trust* está prohibido en derecho inglés, pero no en jurisdicciones como las Bermudas, Jersey, Guernsey, Isla de Man o Islas Cayman.

Más allá de esta restricción (*purposes trusts*), el legislador da carta blanca a la utilización de la figura con los más variados propósitos (*trusts* familiares, comerciales, sucesorios, de garantía, de interés público, etc.), si bien con sujeción, en su caso, a las normas en materia de derecho contractual (art. 1:103 comentarios), sucesorio (art. 2:402) o garantías mobiliarias (art. 1:1012). La relación con otras partes del ordenamiento jurídico se refleja incluso en la posibilidad del *truster* de terminar el *trust*, en principio irrevocable, siempre que el mismo se haya constituido a título gratuito y por las mismas causas de revocación de las donaciones (art. 9:103).

El Libro X admite la posibilidad de que una misma persona revista el carácter de *truster*, *trustee* y beneficiario simultáneamente, siempre que el solapamiento entre las tres posiciones no sea total (art. 9:109), contempla la figura opcional del «*auxiliary*», con autoridad para designar y cambiar al *trustee* (art.1:203) y atribuye la función de «*enforcer*» o legitimidad para exigir el cumplimiento del *trust* al beneficiario o, tratándose de un *trust* de interés público, al organismo designado al efecto o a cualquier sujeto con interés legítimo (art. 1:205).

De acuerdo con el artículo 6:102, el *trustee* debe actuar con el cuidado y pericia que cabe esperar de una persona razonablemente competente y cuidadosa, encargada de gestionar negocios ajenos, tomando en consideración el que el *trustee* perciba o no una remuneración. Si el *trustee* actúa como profesional deberá emplear el cuidado y pericia que cabe esperar de un miembro de su profesión. En caso de incumplimiento, el *trustee* deberá reintegrar al fondo del *trust* la pérdida patrimonial sufrida, quedando entre tanto suspendidos sus posibles derechos como beneficiario (art. 7:201). Deberá asimismo resarcir a los beneficiarios por los ulteriores daños que les haya causado el incumplimiento (art. 7:202) y entregar al fondo del *trust* cualquier cantidad con la que se hubiera enriquecido indebidamente (art. 7:203). La mezcla de bienes del *trust* con otros bienes bajo la titularidad del *trustee* (bienes personales o de otros *trusts*) determina la aparición de un nuevo *trust* sobre la mezcla o conmixtión, en perjuicio, en su caso, del patrimonio del *trustee* (art. 3:203). La responsabilidad del *trustee* es especialmente gravosa frente a los acreedores del *trust* ya que responde de forma ilimitada con su propio patrimonio, siempre que no se hubiera acordado lo contrario (art. 10:201). Y por lo que respecta a los terceros que hubieran adquirido bienes del *trust*, indebidamente transmitidos por el *trustee*, únicamente quedarán protegidos si la adquisición se realizó a título gratuito y de buena fe. De no ser así, se les reconoce un derecho de crédito por el importe que hubieran podido satisfacer

pero, mientras no se reintegre al fondo del *trust* lo que salió de él indebidamente, el adquirente se convertirá en nuevo *trustee* (art. 10:401).

El art. 1:101 especifica que, por lo que respecta al Libro X, no cabe incluir dentro del término «tribunal», tribunal arbitral y, a estos efectos, los Comentaristas explican la diferencia entre el papel desarrollado por los tribunales en materia de *trusts* y el que desempeñan en el ámbito contractual. Mientras que normalmente la preocupación de un tribunal consiste en encontrar el remedio apropiado para hacer justicia entre las partes en el momento del daño, en el contexto de un *trust* el tribunal se centra a menudo en introducir mejoras para el futuro, alterando la infraestructura a efectos del futuro desempeño del *trust* (...). Aquella dimensión hace que la definición general de tribunal que incluye tribunales arbitrales resulte inapropiada. En parte, es poder (de supervisión) estatal el que se está ejerciendo. Esta función judicial se encuentra regulada en el artículo 7:102 del Libro X.

Sin duda estamos ante un trabajo de corte eminentemente académico que merece una valoración positiva. No podemos olvidar que el *trust* es una figura desconocida en la mayoría de los países europeos y que exige, por lo tanto, una regulación de mayor detalle que la de cualquier otra institución tratada por el DCFR. Echamos de menos, no obstante alguna cuestión que nos parece importante, como un límite temporal de vigencia del *trust* (*rule against perpetuities*) que evite una vinculación indefinida de los bienes que integran el fondo y alguna indicación, aunque mediante remisión a otro libro del DCFR, a cómo ha de practicarse la inscripción de los bienes que integran el fondo del *trust*, en aquellos supuestos en que el acto transmisivo así lo exija.