

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 *

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM(2009) 174 final de 21 de abril de 2009.

Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM(2009) 174 final de 21 de abril de 2009.

Como es bien sabido, el Reglamento 44/2001 (en adelante, R44/2001) constituye el fundamento de la cooperación judicial en materia civil y mercantil. Establece normas uniformes de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, transacciones y documentos públicos con fuerza ejecutiva. El presente Informe de la Comisión tiene por objeto presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social una evaluación sobre la aplicación del R44/2001. Va acompañado de un Libro verde, a través del cual se abre una amplia consulta a las partes interesadas sobre posibles formas de mejorar la aplicación del Reglamento respecto de los puntos que plantea el Informe. La fecha límite para presentar las observaciones es el 30 de junio de 2009. A continuación comento ambos documentos conjuntamente.

El Informe se ha elaborado de conformidad con el artículo 73 del R44/2001, sobre la base de un estudio general encargado por la Comisión sobre la aplicación práctica del R44/2001 (estudio elaborado por el Prof. Dr. Hess, el Prof. Dr. Pfeiffer y el Prof. Dr. Schlosser y que se puede consultar en http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm). Y un estudio específico sobre las normas de competencia judicial internacional nacionales aplicables cuando el demandado no está domicilia-

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

do en un Estado miembro («competencia subsidiaria») [estudio elaborado por el Prof. Dr. Nuyts y que se puede consultar en http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm], así como un estudio para evaluar el impacto de una posible ratificación, por la Comunidad, del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro (estudio preparado por CHK Consulting y que se puede consultar en: http://ec.europa.eu/justice_home/evaluation/dg_coordination_evaluation.htm)

El informe se estructura en dos partes. La primera versa sobre la aplicación del R44/2001 en general y la segunda lleva a cabo una evaluación específica de ciertos puntos del R44/2001. En cuanto a la aplicación en general, junto a algunos datos estadísticos, el informe valora el R44/2001 como un instrumento muy satisfactorio y que ha servido para simplificar los litigios transfronterizos mediante un sistema eficiente de cooperación judicial basado en normas de competencia exhaustivas, la coordinación de procedimientos paralelos y la circulación de resoluciones judiciales. Es un instrumento, señala el informe, muy apreciado por los profesionales del Derecho. Respecto del análisis específico de algunos puntos del R44/2001 se evalúa, en particular: *a)* la abolición del exequátur; *b)* el funcionamiento del Reglamento en el ordenamiento jurídico internacional; *c)* la elección de foro; *d)* propiedad industrial; *e)* litispendencia y acciones relacionadas; *f)* medidas provisionales, *g)* la interfaz entre el Reglamento y el arbitraje; y finalmente se plantean otras cuestiones relativas al ámbito de aplicación, a las normas de competencia y a las normas de reconocimiento. A continuación dedicaré unas líneas a algunas de ellas.

El principal objetivo de la revisión del Reglamento deberá ser la abolición del procedimiento de exequátur en todos los asuntos contemplados por el mismo. El estudio general sobre el R44/2001 muestra que la mayor parte de las solicitudes de otorgamiento de ejecución tienen éxito (entre el 90 por 100 y el 100 por 100). Solamente del 1 por 100 al 5 por 100 de las decisiones son recurridas. El motivo más alegado en caso de recurso contra el otorgamiento de ejecución es la falta de notificación en tiempo y forma (art. 34.2 R44/2001). No obstante, pocas veces han tenido éxito los recursos. En cuanto al orden público, aunque es un motivo que se invoca con frecuencia es aceptado muy pocas veces y generalmente a fin de salvaguardar los derechos procesales del demandado. Por ello, como señala el Libro Verde el objetivo de suprimir el procedimiento de exequátur en todos los asuntos en materia civil y mercantil parece plausible. En la práctica, se trataría, sobre todo, de los créditos impugnados. Con todo, la supresión del exequátur debería ir acompañada de las salvaguardas necesarias.

El funcionamiento del Reglamento en el ordenamiento jurídico internacional (con respecto a situaciones vinculadas a terceros Estados) ha sido objeto de varias cuestiones prejudiciales presentadas al TJCE (*Josi, Owusu, Dictamen 1/03*). Según el informe, la ausencia de normas uniformes sobre competencia subsidiaria (normas de competencia nacionales) produce un acceso desigual a la justicia para los ciudadanos comunitarios, especialmente en los casos en los que una de las partes no obtendría un juicio justo o una protección adecuada ante los tribunales de terceros Estados. Además, la ausencia de normas de competencia respecto de demandados de terceros Estados puede comprometer la aplicación de las normas imperativas comunitarias (por ejemplo, en materia de protección del consumidor pues éste no puede ejercer una acción contra demandados de terceros Estados).

En el Libro Verde se plantea la posibilidad de incluir a los demandados domiciliados en terceros países en el ámbito de aplicación personal de las normas de competencia judicial internacional del R44/2001 en cuyo caso

debería examinarse, por un lado, en qué medida las normas actuales (con los criterios de vinculación previstos) podrían aplicarse en tales situaciones y, por otro, en qué medida sería necesario y oportuno crear nuevos criterios de competencia para litigios en los que esté implicado un demandado de un tercer país. A nivel nacional, las normas de «competencia subsidiaria» persiguen el garantizar el acceso a la justicia. A este respecto, habría que encontrar un equilibrio entre el acceso a la justicia, por una parte, y la noción de cortesía internacional, por otra. En este contexto se proponen tres criterios: la competencia basada en el ejercicio de actividades siempre que el litigio se refiera a tales actividades, la localización de los bienes, siempre que la demandada guarde relación con dichos bienes; y un *forum necessitatis*, que permitiría iniciar una acción en aquellos casos en que sea ésta la única forma de garantizar el acceso a la justicia.

Por su parte, la ausencia de normas comunes sobre el efecto de las resoluciones judiciales de terceros Estados en la Comunidad puede llevar, en algunos Estados, a situaciones en las que estas resoluciones se reconozcan a pesar de que infrinjan el Derecho comunitario imperativo o cuando el Derecho comunitario establece la competencia exclusiva de los Estados miembros. En el Libro verde se plantea la posibilidad de establecer un régimen común de reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en terceros países.

Otra cuestión que es objeto de atención son los acuerdos de elección de foro. Respecto de estos acuerdos se observa que en ocasiones, además de las condiciones uniformes establecidas en el artículo 23 R44/2001, el consentimiento entre las partes se somete, además, al Derecho nacional aplicable al acuerdo. Ello lleva a consecuencias no deseadas, dado que un mismo acuerdo de elección de foro puede considerarse válido en un Estado miembro y no en otro. Otra de las preocupaciones es que parece que el R44/2001 no protege lo suficiente la voluntad expresada en dichos acuerdos pues es posible que una de las partes en dicho acuerdo acuda a los tribunales de un Estado miembro en violación del acuerdo, obstaculizando el procedimiento ante el foro elegido en la medida en que éste sea posterior al primer procedimiento. El TJCE ha confirmado (asunto *Gasser*) que la regla de litispendencia obliga al segundo tribunal a suspender hasta que el primero se declare incompetente y que los mecanismos procesales existentes conforme al Derecho nacional que permiten consolidar el efecto de los acuerdos de elección de foro (*anti-suit injunctions*) son incompatibles con el R44/2001 (asunto *Turner*). Por ello, el Libro Verde sugiere dar el mayor efecto posible a estos acuerdos. Entre otras, una de las soluciones podría consistir en liberar al órgano jurisdiccional designado en el acuerdo exclusivo de la obligación que le incumbe de suspender el proceso con arreglo a la norma de litispendencia. Esta opción presenta sin embargo un inconveniente pues hace posible procedimientos paralelos que pueden conducir a resoluciones inconciliables. Otra alternativa sería invertir la norma de prioridad en el caso de acuerdos exclusivos de elección de foro. Finalmente, también se podría mantener la norma actual de litispendencia pero favoreciendo una comunicación y cooperación directa entre órganos jurisdiccionales implicados, fijando además un plazo para que el primer tribunal decida sobre la competencia en caso de infracción de tales acuerdos. La eficacia de tales acuerdos podría reforzarse igualmente concediendo daños y perjuicios en caso de infracción de tales acuerdos.

Finalmente, respecto de los acuerdos de elección de foro se comenta que la Comisión ha propuesto firmar el Convenio de La Haya sobre acuerdos de

elección de foro que se celebró el 30 de junio de 2005. Se plantea la compatibilidad entre los regímenes del Convenio y el R44/2001.

Respecto al ámbito de la propiedad industrial se plantea fundamentalmente los problemas que ha ocasionado la norma de litispendencia al permitir la denominada táctica del «torpedeo», i.e. las partes intentan adelantarse al ejercicio de la competencia por parte del tribunal competente iniciando el procedimiento otro tribunal que por lo general, aunque no siempre, carece de competencia. A la espera de la creación del Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes, el Libro verde propone lo siguiente: en lo que respecta a la coordinación de los procedimientos paralelos de infracción, podría reforzarse la comunicación y la interacción entre los órganos jurisdiccionales a los que se ha sometido paralelamente el asunto y/o excluir la aplicación de esta norma en caso de resolución negativa declarativa.

La norma de litispendencia y conexidad del R44/2001 ha planteado problemas en otros casos, como en el de préstamos de empresas y asuntos de competencia. De nuevo, y con carácter general, el Libro Verde propone reforzar la comunicación y la interacción entre los órganos jurisdiccionales que conocen de procedimientos paralelos y/o excluyendo la aplicación de la norma en caso de resolución negativa declarativa.

Por lo que se refiere a las medidas provisionales, una primera dificultad surge respecto de las medidas protectoras ordenadas sin que se cite al demandado para que comparezca y cuyo objetivo es ser ejecutadas sin notificación previa al demandado. Según el TJCE dichas medidas no forman parte del sistema de reconocimiento y ejecución del R44/2001 (asunto, *Denilauer*). No está del todo claro, sin embargo, si dichas medidas pueden reconocerse y ejecutarse con arreglo al R44/2001 si el demandado tiene la posibilidad de impugnar posteriormente la medida. Según el Libro Verde, a la luz de lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Dir. 2004/48/CE tales medidas sí pueden ser reconocidas y ejecutadas.

Una segunda dificultad se plantea en relación con las medidas cautelares dirigidas a obtener información y pruebas. El TJCE sostuvo que una medida por la que se ordena la audiencia de un testigo a fin de permitir que el solicitante decida si debe recurrir a la justicia no está incluida en la noción de medidas provisionales (asunto *St. Paul Dairy*). No obstante, no está del todo claro que dichas medidas estén excluidas del artículo 31 del R44/2001.

Un tema de gran relevancia es el de la correlación entre el R44/2001 y el arbitraje. En principio, el arbitraje no entra dentro del ámbito de aplicación del R44/2001. Aunque por lo general se admite que el Convenio de Nueva York funciona bien, se producen procedimientos judiciales y de arbitraje paralelos cuando la validez de la cláusula de arbitraje es confirmada por el tribunal de arbitraje, pero no por el tribunal judicial. Los dispositivos procesales nacionales cuyo objetivo es reforzar la efectividad de los acuerdos son incompatibles con el Reglamento si interfieren indebidamente con la determinación por los tribunales de otros Estados miembros de su competencia con arreglo al Reglamento (asunto *West Tankers*); no hay una asignación uniforme de competencia en los procedimientos que complementan o apoyan los procedimientos de arbitraje; el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales que incorporan un laudo arbitral son inciertos. Dada la importancia del arbitraje en el comercio internacional, el Libro Verde hace varias sugerencias para reforzar la eficacia de los acuerdos de arbitraje y para promover el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales. Entre ellas, plantea la posibilidad de una supresión (parcial) de la exclusión del

arbitraje del ámbito de aplicación del R44/2001, cubriendo, por ejemplo, los procedimientos judiciales que apoyen soluciones arbitrales. En este sentido se propone dar competencia exclusiva en este tipo de procedimientos a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que tiene lugar el arbitraje, solución que podría estar sujeta al acuerdo entre las partes. Tal exclusión permitiría asimismo, el reconocimiento de las resoluciones sobre validez de un acuerdo de arbitraje y facilitaría el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones que incorporan una sentencia arbitral.

Finalmente, el informe y el Libro verde terminan planteando otras cuestiones como el concepto de «domicilio» o el funcionamiento de ciertas normas de competencia y de reconocimiento y ejecución.

Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 2008 sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), [notificada con el número C(2008) 8554], (2009/26/CE) [DOUE L 10/22 de 15 de enero de 2009]

De acuerdo con el artículo 1 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, el Reino Unido no participó en la aprobación del Reglamento Roma I. El 24 de julio de 2008 el Reino Unido notificó a la Comisión su deseo de ejercitar el *opt in* con respecto a dicho Reglamento, i.e. su deseo de aceptar y participar en el mismo. A través de la presente Decisión se establece que el Reglamento Roma I entrará en vigor en el Reino Unido a partir de la fecha de la notificación de la presente Decisión y será de aplicación a partir del 17 de diciembre del 2009, excepto el artículo 26, que se aplicará a partir del 17 de junio de 2009.

II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL *

Pocas novedades en el periodo considerado en esta crónica. Solamente una modificación del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, para que sea lengua de procedimiento ante este tribunal la misma utilizada en el propio proceso ante el Tribunal de la función pública (Decisión del Consejo 16-2-2009, DO L 60/3 de 4-3-2009). En estas condiciones, en este periodo sólo resta por comentar el llamado «Libro verde sobre recurso colectivo de los consumidores».

Libro verde sobre recurso colectivo de los consumidores (27-11-2008, COM (2008) 794 final).

Hace tiempo que se sabe que el consumidor está francamente desprotegido frente a los abusos de las empresas. Por muchas normas en su protección que se promulguen, todas ellas topan con exactamente el mismo freno: los tribunales. Se trata de pequeños daños, casi siempre inferiores, no ya a 1.000 euros como

* Profesor titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona.

dice el libro verde, sino a 100 euros. Se trata de manifiestos abusos que dejan en la ciudadanía una sensación de injusticia, indefensión, y sobre todo de impotencia que acrecienta, más que ningún otro factor, la mala imagen que los ciudadanos tienen de la Justicia en muchos países de la Unión Europea.

Ahora el libro verde comentado trata de dar una nueva idea. Después de haber intentado un procedimiento de escasa cuantía, que será ineficaz por varios detalles de su regulación que fueron comentados en una crónica anterior; de un recurso a la mediación, que también lo va a ser; o una red de cooperación de muy difícil coordinación y con extraordinarias reticencias reflejadas en el propio libro verde, se centra ahora el legislador comunitario en instar la creación de un «recurso» colectivo.

Pido disculpas por tener que empezar diciendo que deben cuidarse las traducciones que se hagan del francés, puesto que de lo que habla el libro verde no es de ningún «recurso colectivo», sino de un «proceso colectivo», pura y simplemente, y ese es el vocablo que, unánimemente, utiliza toda la Doctrina internacional. La terminología del libro verde está copiada de la que se utiliza en el proceso jurisdiccional administrativo ante los Tribunales de la Unión en Luxemburgo al designar las diferentes acciones existentes, y que ni siquiera en ese ámbito es acertada pese a estar, al menos, extendida dicha terminología entre las leyes y la Doctrina administrativista.

Pero volviendo al tema del proceso colectivo del libro verde, sus líneas centran claramente cuál es el problema: que hay demasiados afectados, es difícil coordinarlos, y es muy caro tanto celebrar estos procesos como que los consumidores interpongan individualmente sus demandas, porque suele resultar antieconómico dado el interés por el que se litiga. A partir de ahí se dan algunas pinceladas de las características que podría tener el nuevo procedimiento, como el complicado tema de las costas de los consumidores en estos procesos, así como las facultades de *opt in* y *opt out* de las *class-actions* estadounidenses.

En una crónica como la presente no puedo extenderme en los detalles del nuevo procedimiento, que tampoco aparecen realmente en el libro verde. Pero sí querría advertir de que los procesos colectivos no están siendo la solución en ningún Estado del mundo para los problemas de los consumidores. Son procesos que tienen mucha fama, por razones doctrinales de los años setenta del siglo XX sobre todo, que ahora no vienen al caso. Los legisladores que los han implementado suelen hablar muy bien de ellos y, sobre todo, se refieren a los mismos como si constituyeran una gran novedad, cuando procesos colectivos se están celebrando al menos desde época romana (Nieva Fenoll, Jordi, «El primer escrito judicial de Hispania: reflexiones de Derecho Procesal sobre el Bronce II de Botorrita o Tabula contrebiensis», *Justicia*, 2008, 1-2, pp. 373 y ss). Y con toda esta, en buena medida incomprensible, operación de marketing, el consumidor sigue estando insatisfecho, siendo muy pocos los casos en los que, verdaderamente, se ha obtenido, después de mucho esfuerzo, una sentencia condenatoria en términos plenamente satisfactorios.

El problema principal de los procesos colectivos consiste, no sólo en la localización de los afectados, sino también en la recopilación de toda la prueba y en la valoración de la misma, temas en los que pocas veces se piensa. Otro problema es la participación del consumidor en el proceso, que debe ser escasa para hacer el proceso practicable, pero no hasta el extremo de ningunearle. Provoca graves problemas la cosa juzgada en estos procedimientos, inconvenientes que no resuelve realmente la facultad de *opt out*. Y si, finalmente, logra obtenerse la sentencia, luego hay que ejecutarla... lo que supone otra complicación relevante en la que tampoco se piensa. Por otra parte,

cuando el proceso colectivo tiene elementos de internacionalidad hay que pensar dónde se celebra el proceso, es decir, cual será el juzgado competente para conocer de un proceso de esta envergadura. Lo que va a plantear otra problemática de muy difícil solución adecuada.

Todos esos puntos, aunque no son los únicos, son los que debería resolver una futura norma comunitaria sobre la cuestión, puesto que de lo contrario será tan ineficaz como la mayoría de las normas de protección al consumidor que se han emitido hasta el momento, no dudo que con buena voluntad, pero con escasos resultados prácticos.

Por lo demás, en cuanto a los detalles que deben tener, en mi opinión, los procesos colectivos me remito a los siguientes trabajos en que expreso mi parecer sobre los puntos brevemente referidos: Nieva Fenoll, Jordi, «El procedimiento especial para la protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro», *Revista de Derecho Mercantil*, 264-265, 2007, pp. 619 y ss, y también en *Revista de Proceso*, 156, febrero 2008; Nieva Fenoll, Jordi; Ebers, Martin, «El «auto-modelo»: un nuevo concepto para el Derecho procesal y un nuevo instrumento para la protección del consumidor», *Diario La Ley*, 6445, 21 de marzo de 2006.

III. DERECHO DE CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS *

1. *Timesharing*

Nueva Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

La directiva entró en vigor el 23 de febrero de 2009. Se hace eco de las nuevas modalidades de contratación en este ámbito, junto a la clásica regulación del contrato de tiempo compartido, que también se ve modificado, no sólo en cuanto al periodo de duración, que es un mínimo de 1 año (art. 2.1 a), sino también en relación con los deberes de información precontractuales, cuyo contenido amplía (art. 4), y la extensión del plazo para desistir, que pasa a ser de 14 días (art. 6). Los Estados miembros tienen como fecha límite para proceder a la transposición el 23 de febrero de 2011.

2. **Marco Común de Referencia**

Publicación de la versión ampliada de Marco Común de Referencia

A comienzos del año 2008 se hizo pública la versión provisional del Proyecto de Marco Común de Referencia. En febrero de 2009 se acaba de publi-

* Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto ***

car la versión última del proyecto académico de Marco Común de Referencia: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*. Se espera que a finales de 2009 aparezca la edición con los comentarios a cada uno de los artículos, con una extensión de 6 volúmenes y aproximadamente 6100 páginas. La editorial de todas esas publicaciones es la muniquesa Sellier.

Informe del Consejo de la Unión Europea sobre el Marco Común de Referencia y Consejo de la Unión Europea (Bruselas, 7 de noviembre de 2008).

El Consejo ha adoptado un informe sobre el establecimiento de un Marco Común de Referencia [MCR] para el Derecho contractual europeo, que será un instrumento no vinculante puesto a la disposición de los legisladores (doc. 15306/08; <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st15/st15306.es08.pdf>). El informe define las líneas generales que deberían orientar, en este momento, los trabajos de la Comisión sobre el futuro del Marco Común de Referencia. Se propone precisar su estructura y su ámbito de aplicación se insta al respeto de la diversidad jurídica. El Consejo afirma su voluntad de asociarse con el Parlamento Europeo en la elaboración de un Marco Común de Referencia futuro.

a) Estructura: El MCR debería incluir tres partes. Una con definiciones de conceptos clave en materia de derecho contractual; otra con principios fundamentales comunes de derecho contractual, eventualmente acompañados de líneas directrices para los casos en se requiriesen excepciones a dichos principios; y una tercera con «normas tipo» que se inspiren de dichos principios y que utilicen dichas definiciones.

La introducción de definiciones en el MCR tiene el objetivo de precisar nociones fundamentales en materia de derecho contractual, cuyo alcance y ámbito de aplicación pueden diferir dentro mismo de la normativa comunitaria. La determinación de los principios fundamentales permitiría conocer los valores fundamentales de los que se nutre el derecho contractual europeo, con el fin de que el MCR sea globalmente coherente. Las «normas tipo», que siguen la filosofía de los principios fundamentales, tienen el objetivo de proporcionar normas modelo en determinadas situaciones contractuales. Las tres partes están estrechamente vinculadas y deberían considerarse como un todo indisoluble. El MCR debería ser claro, sintético y de fácil comprensión.

b) Ámbito de aplicación: sería preferible que el MCR abordara el derecho contractual general, es decir, las normas comunes a todos los contratos, incluidos los contratos de consumo. Es preciso asegurar una coherencia entre el MCR y la Directiva horizontal. No es conveniente que los contratos especiales reciban un trato prioritario en el contexto del MCR, sin perjuicio de que se incluyan en una fase posterior. Se impone un planteamiento realista que aconseja a los redactores del MCR centrarse en el acervo comunitario existente y las materias que podrían integrar dicho acervo en un futuro próximo. El MCR debe ser un instrumento evolutivo al servicio de las autoridades legislativas comunitarias y debe estar en permanente revisión.

c) Respeto de la diversidad: en la elaboración del MCR deben respetarse plenamente las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Deben tomarse en consideración todos los trabajos de carácter universitario o prácticos, junto con un análisis del derecho comparado de los Estados miembros

y del acervo comunitario. Por eso el Proyecto de MCR podría presentar soluciones alternativas sobre ciertas cuestiones.

d) Asociación del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión en la elaboración del MCR: en el mes de abril de 2008, el Consejo decidió que el MCR sería un instrumento jurídico no vinculante constituido por un conjunto de orientaciones que las autoridades legislativas comunitarias utilizarían, con carácter voluntario, como fuente común de inspiración o de referencia en el proceso legislativo. Para poder utilizar el MCR en condiciones óptimas, parece necesario que el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión estén plenamente asociados al proceso de elaboración porque, de otro modo, el MCR vería reducido su alcance. Se precisarán más adelante las formas de participación de estas instituciones en el momento en que la Comisión presente al Consejo y al Parlamento Europeo la totalidad de los elementos que propone incluir en el MCR.

3. Propuesta de directiva sobre los derechos de los consumidores

Documento de trabajo del Parlamento europeo sobre los derechos de los consumidores (Comisión de Asuntos Jurídicos. Ponente: Diana Wallis), de 15 de abril de 2009 [PE423.804v01-00].

La Comisión de Asuntos Jurídicos trabaja conjuntamente con la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor y muestra de ello es la audiencia conjunta para el estudio de la Propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores que tuvo lugar el día 2 de abril de 2009 en la que, por cierto, la iniciativa de la Comisión europea no salió muy bien parada. La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo ha decidido presentar su propio documento de trabajo, con el fin de llamar la atención sobre las cuestiones que en el futuro deberá abordar la Comisión europea.

Tras señalar las características principales de la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores (enfoque basado en la armonización horizontal limitado a 4 directivas y armonización plena), la Comisión de Asuntos Jurídicos se extraña de la desconexión que existe entre el proyecto de revisión del acervo comunitario y el proyecto de MCR. No aluden a este último ni el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo (COM (2006)0744 final), de 8 de febrero de 2007, ni la misma Propuesta de Directiva de la Comisión sobre derechos de los consumidores. Lo que no deja de sorprenderle, puesto que ya que aquél está elaborado con el método del derecho comparado, hay que presuponer que sus soluciones se adaptarían mejor a los sistemas nacionales. De ahí que la Comisión de Asuntos Jurídicos proponga examinar con más detalle las diferencias existentes entre las soluciones previstas por la propuesta de Directiva marco y el proyecto de MCR y garantizar, así, la coherencia entre los dos proyectos.

No se descarta que el enfoque político de la Comisión europea pudiera consistir en la elaboración de un Código de consumo europeo, pero la Comisión de Asuntos Jurídicos considera que tal elección debe realizarse de manera consciente y transparente. Por eso se la requiere para que, si ese es su proyecto, exponga con claridad sus planes de futuro y el lugar que ocupa la propuesta actual en dichos planes. De igual modo, la Comisión de Asuntos Jurídicos considera que queda por determinar la cuestión de si

la introducción de un instrumento facultativo puede suponer una solución menos problemática (y con menos interferencias en el Derecho nacional) e insiste en la bondad del sistema que permitiría hacer tal elección mediante un sencillo clic en un «botón azul». Añade que eso tendría la ventaja de que podría ampliarse más allá de los contratos entre empresas y consumidores, a la vez que brindaría la oportunidad de hacer un pleno uso del MCR.

La Comisión de Asuntos Jurídicos no ve claras las pruebas que aporta la Comisión para valorar si las diferencias existentes en los sistemas jurídicos nacionales en materia de consumo crean barreras al comercio transfronterizo y distorsiones apreciables de la competencia, que es lo que justificaría el sistema de armonización plena. Asimismo, considera que no hay evidencias suficientes de que ésta fuera realmente a unificar los sistemas jurídicos nacionales y, finalmente, añade el coste de esta armonización, que distorsionaría las estructuras jurídicas nacionales establecidas, debe ser objeto de una cuidadosa consideración. Adicionalmente, considera que el cambio de una armonización mínima a una armonización máxima en el instrumento horizontal propuesto plantea una serie de preocupaciones en relación con el principio de subsidiariedad (art. 5.2 TCE). Se dice que la propuesta de Directiva, en tanto que instrumento horizontal y basada en la armonización máxima, tendría prácticamente el efecto de un reglamento: los Derechos contractuales nacionales resultarían inaplicables en el ámbito de aplicación de las normas de armonización máxima. Los Estados miembros, como resultado de la armonización plena, no tendrían ningún margen discrecional al regular este ámbito. Por lo tanto, la Comisión de Asuntos Jurídicos entiende que debe examinarse si no sería más apropiada, y en su caso hasta qué punto, una armonización plena dirigida en mayor medida a cuestiones concretas. Además, existe la preocupación de que la armonización plena, tal como se presenta en la propuesta, pueda conllevar una reducción del nivel de protección de los consumidores existente en los Estados miembros. Eso, además, sería contrario al artículo 95.3 TCE, que exige que las propuestas de medidas relativas a la protección del consumidor se basen en un nivel de protección elevado (*vid.* también art. 3.1, letra *t* TCE). Por eso la Comisión de Asuntos Jurídicos cree que la Comisión debería haber explicado detalladamente el modo en que las disposiciones propuestas difieren de las normas mínimas establecidas en las Directivas objeto de revisión y hasta qué punto los Estados miembros han mantenido o establecido normas más favorables en este ámbito. Añade que debe tenerse en cuenta que el Derecho contractual en materia de consumo forma parte del Derecho contractual y del Derecho privado, y que la armonización máxima de partes importantes del Derecho contractual en materia de consumo vinculadas a un Derecho contractual general no armonizado originaría una serie de cuestiones jurídicas conflictivas en puntos de cruce donde la referencia al fondo del Derecho contractual nacional es necesaria. Y concluye diciendo que esto daría lugar al efecto paradójico de que las disposiciones plenamente armonizadas del Derecho contractual en materia de consumo contrastarían con otras disposiciones no plenamente armonizadas de Derecho contractual en materia de contratos entre empresas y consumidores y contratos entre empresas a escala nacional, y también con la jurisprudencia nacional en este ámbito. La fragmentación de las normas a nivel nacional y las incoherencias aumentarían. A causa del ámbito de aplicación poco claro de la propuesta, en particular respecto a sus repercusiones sobre las accio-

nes que atañen al derecho civil nacional y a problemas de delimitación relacionados con esto, el impacto práctico de la propuesta sigue siendo poco claro. De lo que se desprende que cada vez más el TJCE debería decidir sobre cuestiones preliminares relativas a la interpretación del Derecho contractual en materia de consumo.

La Comisión de Asuntos Jurídicos también critica que la propuesta sólo cubra cuatro Directivas del acervo en materia de consumo. Sugiere que la relación con otra legislación comunitaria en vigor, en particular la Directiva sobre el comercio electrónico, la Directiva sobre prácticas comerciales leales, la Directiva de servicios y el Reglamento «Roma I» deban examinarse con mayor detenimiento.

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR *

El período que ahora revisamos, en cuanto a derechos reales, viene marcado por la publicación del *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference-Outline Edition* (DCFR; 2009) elaborado, esencialmente, por el Study Group on a European Civil Code (Study Group) y el Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group). Aunque se trata de un texto doctrinal especialmente dedicado a la obligaciones contractuales (Libros I a V), también hay sitio para la responsabilidad civil (Libro VI), el enriquecimiento injusto (Libro VII), trusts (Libro X) y, en cuanto nos atañe para esta Crónica, adquisición y pérdida del dominio (Libro VIII) y garantías reales sobre bienes muebles (Libro IX).

Además, los cuatro Principios sobre los que se sustenta todo el proyecto (libertad, seguridad, justicia y eficiencia) tienen su reflejo en los aspectos del dominio y derechos reales regulados.

Sobre la adquisición y pérdida del dominio, lo cierto es que no se trata de una regulación global de los modos de adquirir la propiedad, porque muchos quedan descartados en el artículo 1:101 (2) del capítulo VIII. Además sólo se refiere a la adquisición de muebles. En el artículo 1:204 se reconoce la existencia de los *limited proprietary rights*, que son tanto las garantías reales sobre cosa mueble del Capítulo IV DCFR, como el derecho de uso, los derechos de adquisición y los derechos fiduciarios, estos tres cuando sean creados como derecho real. En el artículo 1:205 también se da una definición de posesión, que puede ser tanto directa como indirecta. Los requisitos de la transmisión del dominio sobre bienes muebles vienen detallados en el artículo 2:101 así como el momento en que pasa el derecho, que sigue la teoría del título y el modo, ya que requiere título del transmitente (2:101 (1) c) DCFR) y entrega y obtención de la posesión por parte del transmitido (2:101 (1) e) y 2:104 CDFR), aunque el momento de la traslación del dominio puede pactarse, siempre que la ley nacional no requiera inscripción en el Registro (2:103 DCFR). En caso de doble transmisión del dominio, lo adquirirá aquel que cumpla los requisitos del artículo 2:101 y es de buena fe (2:301). También se prevé la protección del adquirente oneroso de buena fe a *non domino*

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

(art. 3:101). El artículo 4:101 prevé la usucapión de bienes muebles en 10 años si es de buena fe y, si no, en 30 años (art. 4:101). El Capítulo 5 del Libro VIII se dedica a regular la creación de un bien con materiales ajenos, la mezcla y la combinación inseparables. El Capítulo 6, a su vez, prevé las acciones de protección del dominio a través de la acción reivindicatoria, la declarativa de dominio junto a una *protection order* (que implica prohibir futura influencia en la propiedad, cesación de la existente amenaza y remoción de las consecuencias de una intervención negativa) y el derecho a recobrar si el acto por el que se ha transmitido el dominio es nulo o ha sido anulado (arts. 6:101 y 6:102 DCFR). En el mismo Capítulo se tratan las acciones posesorias de retener y recobrar (1 año), además de reconocer la posibilidad de recurrir a la denominada *self-help* que es la actuación unilateral del desposeído de carácter inmediato y proporcional para conseguir recuperar o evitar la interferencia. (arts. 6:201 a 6:204 DCFR). Por último, en el Capítulo 7 se liquida la situación posesoria.

Por su parte el Libro IX se dedica a los derechos reales sobre muebles (especialmente al prenda, pero entendido como tal todo aquel derecho que dé a su titular un derecho de satisfacción preferente sobre la cosa mueble gravada), al derecho de retención del dominio, garantías bajo *trust* y garantías jurídicas unilaterales; entrarían también las ventas en garantía, el *sale and lease-back* y el *sale and resale*. Mientras el Capítulo 2 del Libro IX se dedica a la constitución de dichos derechos reales de garantía, el Capítulo 3 se dedica a su eficacia frente a terceros, especialmente a través de la inscripción (art. 3:102 DCFR). A este efecto, se prevé la creación del Registro Europeo de Garantías reales, de folio personal y electrónico y accesible *on line* a sus usuarios (art. 3:302 DCFR). En caso de conflicto entre diversos derechos sobre una misma cosa, si éstos son de garantía, el primero en el tiempo del registro (Capítulo 4 Libro IX). Todas las cuestiones generales sobre el funcionamiento de las garantías vienen en el Capítulo 5, como el deber de cuidado de la cosa dada en garantía, derechos y obligaciones de quien presta la garantía y del tenedor de la misma, transmisión de la garantía o de la cosa, etc. El Capítulo 6 se dedica a la terminación de la garantía mientras que el 7 se refiere al incumplimiento y la ejecución; en este último aspecto destaca la interdicción general del pacto comisorio, con excepciones (art. 7:105 Libro IX).

Los *trusts* vienen recogidos en el Libro X y se definen como la relación legal en la cual el fiduciario queda obligado a administrar o disponer de uno o más activos de acuerdo con los términos que gobiernan la relación en beneficio de un tercero o de la colectividad (art. 1:201). El *trust*, tal y como viene concebido en el Libro X tiene efectos reales al provocar la creación un patrimonio diferente del patrimonio personal del fiduciario y de cualquier otro patrimonio gestionado u otorgado al fiduciario (art. 1:202).

Otro texto científico aparecido recientemente ha sido la publicación de las conclusiones de los trabajos elaborados por un grupo de 32 expertos sobre *Flexibilität der Grundpfandrecht in Mitteleuropa* desde 2005, en el que se comparan 22 tipos de derechos reales de garantía inmobiliaria (las más flexibles; para España se ha tomado la hipoteca de máximo) de 22 países, mayoritariamente europeos, más Japón (*vid.* Stöcker, Otmar; Stürner, Rolf, *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Vol. III, Berlin, 2009). La técnica para confeccionar tal comparativa ha sido la siguiente:

1. Elaboración de unos amplios cuestionarios clave que versen, en profundidad, sobre la naturaleza jurídica del derecho real estudiado, los requisitos de publicidad, cuestiones sobre la accesoriedad, protección del propietario, costes y cuestiones prácticas. Los informes completos de las jurisdicciones se han venido publicando en volúmenes *ad hoc* en 2006 y 2007 (STÖCKER, Otmar M. (ed.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, Berlin, 2006; Band II, 2007). Así, pueden hallarse estudios profundos de las hipotecas en Bosnia/Herzegovina, Alemania, Estonia, Croacia, Austria, Polonia, Eslovenia, Hungría, Noruega, Rumanía, Rusia, Serbia y Ucrania.

2. Tras ello, se elaboró un cuestionario más reducido, de 89 preguntas claves sobre 7 apartados, para así analizar el grado de seguridad, flexibilidad, eficiencia y utilidad que tienen dichos derechos reales de garantía inmobiliaria en las diversas jurisdicciones; fueron preguntas a contestar por parte de cada uno de los 22 representantes de países, todos ellos académicos especialistas en derecho hipotecario o *stakeholders* del mercado hipotecario. Estas áreas fueron: tipos de hipotecas, requisitos de publicidad y protección del tercero, accesoriedad, protección del propietario, ejecución, insolvencia y cuestiones de utilidad práctica.

3. Discusiones plenarias mediante *Workshops* desde julio 2005 hasta el último hasta el momento en marzo 2009, tanto de los cuestionarios nacionales como la redacción y corrección de las definitivas 89 preguntas internacionales más relevantes.

4. A través de la colaboración por internet cada representante de cada país ha ido contestando las 89 preguntas, que daban un rango de respuestas cerradas adaptadas al máximo a la realidad de las respuestas de las jurisdicciones, que luego se han plasmado en mapas que siguen un código de colores. Esta simplificación, que no ha perdido rigor científico, es muy práctica para visualizar claramente cuál es el estado de cada hipoteca nacional estudiada en relación a los *items* preguntados. Además, dichas respuestas han sido comparadas con el modelo de Eurohipoteca 2005 (www.eurohypothec.com), como modelo ideal más flexible y útil concebido.

5. Realización del estudio comparativo entre las diferentes jurisdicción que, apriorísticamente ya puede afirmarse, evidenciará la necesidad de revisión de algunos modelos de hipotecas nacionales las cuales, debido a su configuración jurídica, no pueden alcanzar el grado de seguridad, o de seguridad o de utilidad necesario en el actual tráfico jurídico-económico y que puede estar contribuyendo a lastrar el desarrollo de sus economías (sobre el particular, *vid.* DAHAN, Frederique; SIMPSON, Jon, *Secured Transactions Reform and Acces to Credit*, European Bank for Reconstruction and Development, 2008; *vid.* sección reseñas). También se ha dado, por parte de todos los participantes, una jerarquía de la importancia de las preguntas, para las entidades de crédito, para los hipotecantes y para el legislador, así como la conveniencia para todos ellos de las respuestas que se hayan dado. Los primeros resultados ya están siendo utilizados por entidades de crédito europeas para adaptar su sistema de evaluación interna a los requisitos de los acuerdos de Basilea II. La utilidad de estos trabajos puede ir más allá, aplicándose por ejemplo al riesgo de las inversiones inmobiliarias en cada país (y, en consecuencia, para valorar el tipo de interés al que se debe prestar), la solidez de la garantía de los valores hipotecarios que se emiten en cada jurisdicción (y su capacidad, por lo tanto, de atraer capitales extranjeros), los negocios que pueden y no pueden realizarse con cada una de las hipotecas nacionales, orientar

reformas legales en las jurisdicciones para hacer sus hipotecas más seguras, más útiles y/o más flexibles, entre otras.

Ya pueden encontrarse algunas conclusiones de estos trabajos puestas en relación a la Ley española 41/2007 sobre la utilización de créditos hipotecarios garantizados con finca situada en el extranjero para cubrir valores hipotecarios de la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario (*Vid.* Muñiz, Esther; Narsarre, Sergio; Sánchez Jordán, Elena, *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de crisis económica*, Madrid, 2009). Entre las preguntas más relevantes para los acreedores hipotecarios (seguridad y usabilidad de la hipoteca) destaca, por ejemplo, la de «¿Qué y cuántas cargas ocultas van por delante de una hipoteca registrada tanto en caso de ejecución singular como en caso de concurso?» La mejor solución para acreedor y legislador (los más afectados por ello) se ha considerado que sea que solamente vayan por delante de la hipoteca los gastos del proceso, lo que es cumplido por 9 países, entre los que están Rusia, Ucrania, Holanda y Austria. En cambio, la peor solución de entre las respuestas existentes, que sólo la da Bélgica, es aquella que no sólo engloba dichos gastos, sino también los impuestos sobre inmuebles y otras cargas de derecho público, salarios de los trabajadores muy limitados, todos los salarios laborales debidos y también todos los demás impuestos (no sólo sobre inmuebles) y demás salarios debidos.

Con la finalidad de completar esta Crónica, hacemos referencia a continuación a la nueva normativa europea que versa sobre derechos reales, así como a trabajos de investigación llevados a cabo sobre la materia:

a) Directiva 2008/122/CE. *Vid.* Sección III. Derecho de Contratos.

b) Reglamento 2009/207/CE, de 26 febrero. Marca comunitaria (DOUE 78, de 24 marzo 2009). Su titular tiene un derecho exclusivo frente a terceros, puede ser objeto de propiedad y darse como venta en garantía o como objeto derechos reales (arts. 9, 17.1 y 19), de forma semejante al dibujo o modelo comunitario (Reglamento 6/2002, art. 29).

c) Informe del Parlamento Europeo sobre la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea. *Vid.* Sección Miscelánea.

d) El grupo que lleva el Proyecto EULIS en su Encuentro General de 8-1-2009 tuvo la oportunidad de acoger a 4 nuevos países (no miembros todavía de este Proyecto que se concreta en el portal web www.eulis.org), entre los cuales Italia ya ha dicho que se conectará durante 2009, Letonia que inicia la preparación de los requisitos técnicos para poderlo hacer y Bélgica y Chipre mostraron su interés por el Proyecto. De momento nada se sabe sobre España.

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS *

De entre los acontecimientos que se han producido en el primer semestre del año 2009 destacaremos, de un lado, la sentencia dictada por el Tribunal

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

de Justicia en el asunto «A» (I) y de otro la promulgación del Reglamento comunitario en materia de alimentos (II).

I. STJCE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, Asunto C-523/07, «A»

La sentencia dictada por el TJCE en el asunto «A» interpreta algunas de las reglas que en materia de responsabilidad parental introduce el *Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental* (también denominado Reglamento Bruselas II bis). De entre las diversas cuestiones sobre las que se pronuncia esta importante sentencia, destaca la elaboración de un concepto autónomo y uniforme de residencia habitual.

Los hechos que dan lugar al planteamiento del recurso prejudicial son los siguientes. En Diciembre de 2001 la señora A se instala en Suecia junto a sus tres hijos (C, D y E) y el padrastro de los niños, F. Anteriormente la familia había residido en Finlandia donde las autoridades públicas ya habían intervenido en la vida familiar como consecuencia de episodios de violencia protagonizados por F. En verano de 2005 la familia abandona Suecia para pasar unas vacaciones en Finlandia, alojándose en caravanas en diversos campings. El 30 de octubre solicitan una vivienda social en el municipio de Y. El 16 de noviembre de 2005 las autoridades públicas finlandesas declaran el abandono de los niños, asumen su guarda y los alojan en un establecimiento de acogida. Dicha medida es recurrida en diversas instancias por la señora A y el Sr. F. Uno de los argumentos que se hacen valer es que las autoridades finlandesas no son competentes pues los niños tienen la nacionalidad sueca y residen en dicho país.

Al considerar el Tribunal Administrativo Supremo que para resolver es necesaria una interpretación del Reglamento, se suspende el procedimiento, planteándose un recurso prejudicial referido a varias cuestiones. Desde el punto de vista de esta Crónica la segunda pregunta planteada por el tribunal estatal es la que reviste mayor interés. Se trata, en definitiva, de dilucidar si puede o no afirmarse que los menores, pese a llevar una vida errante, residen habitualmente en Finlandia puesto que el concepto de «residencia habitual» es fundamental para la determinación de la autoridad competente en materia de responsabilidad parental. En efecto, el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis establece que las autoridades competentes en esta materia son las del Estado de la residencia habitual del niño en el momento en que se inicia el procedimiento. Según se desprende del artículo 13 las autoridades del Estado en el que el niño se halle sólo son competentes a título subsidiario, cuando no pueda determinarse la residencia habitual del niño. El Reglamento no proporciona, sin embargo, ninguna definición del concepto.

Respecto a la residencia habitual el Tribunal de Justicia realiza varias consideraciones importantes. Subraya, en primer lugar, que «se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión al Derecho de los Estados miembros... normalmente debe ser objeto... de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trata pretende alcanzar» (FJ 34). Se considera especialmente relevante al respecto el duodécimo considerando del Reglamento que especifica que las normas de competencia de autoridades están concebidas en función del interés superior del niño y en particular en

función del criterio de proximidad (FJ 35). Ello implica que la jurisprudencia del Tribunal relativa al concepto de «residencia habitual» dictada en otros ámbitos del Derecho de la Unión europea no sea trasladable a la interpretación del Reglamento Bruselas II bis (FJ 36).

El Tribunal señala a continuación que la residencia habitual de un niño debe ser determinada por las autoridades internas sobre la base del conjunto de circunstancias concretas del caso. Además de la presencia física del menor han de valorarse los factores que indiquen que la presencia no es temporal u ocasional, habiéndose producido cierta integración del menor en su entorno social y familiar. Serían relevantes, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y las razones por las que se está en el territorio de un Estado miembro, así como la nacionalidad del niño, su escolarización, los conocimientos lingüísticos y sus relaciones familiares y sociales. En concreto, respecto a las circunstancias que concurren en el asunto de autos, se señala que pueden ser significativas las intenciones de los padres de los niños expresadas a través de circunstancias externas como la compra o alquiler de una vivienda o la solicitud de una vivienda social y el lapso de tiempo que se ha permanecido en un determinado Estado.

Como se advierte fácilmente la dificultad radica en que en un caso como el de autos los indicios pueden ser contradictorios. Esa dificultad no es resuelta por el Tribunal de Justicia que, en definitiva, acaba declarando que corresponde a las autoridades internas realizar una evaluación de todos los factores enumerados y determinar el lugar de residencia de los niños. Si ello no fuera posible serían competentes las autoridades del Estado miembro en los que el niño está presente, en virtud de lo establecido en el artículo 13 del Reglamento. Ello implica reconocer que un niño puede no tener ninguna residencia habitual.

La sentencia reseñada es de interés para una crónica sobre el Derecho de familia europeo porque permite constatar que para el avance del Derecho internacional privado europeo de la familia resulta necesario unificar los conceptos básicos del Derecho material. Por otro lado, se ponen de relieve algunas tensiones que produce la especial naturaleza de la actividad del Tribunal europeo. Mientras que por un lado la determinación del lugar de residencia habitual de un niño corresponde a los tribunales internos, por otro el concepto ha de ser interpretado de manera autónoma y uniforme. Dado que en Derecho los conceptos acaban elaborándose por un procedimiento de decantación al hilo de las circunstancias de sucesivos casos concretos existe cierta contradicción entre una y otra afirmación. No se evitan asimismo por esta vía posibles conflictos positivos, esto, es que las autoridades judiciales de Estados miembros distintos acaben llegando a conclusiones diferentes sin que quepa la posibilidad de fijar criterios comunes a través de un órgano superior común.

II. Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos

El 10 de enero de 2009 se publica en el DOUE el Reglamento en materia de alimentos, de manera que el Derecho de familia de la Unión Europea

consta ya de dos instrumentos específicos, el Reglamento 2201/2003 en materia de nulidad, separación y divorcio y responsabilidad parental y el nuevo Reglamento en materia de obligaciones de alimentos. Este nuevo instrumento sustituye a las disposiciones que en materia de alimentos contenía el 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 (Bruselas I). Mientras que este último texto se limitaba a los sectores de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones, el nuevo Reglamento es, al menos nominalmente, un instrumento completo que se refiere no solo a las tradicionales cuestiones de ley aplicable y cooperación de autoridades sino también a un aspecto, el acceso gratuito a la justicia, que resulta especialmente relevante en materia de alimentos así como al sector de la cooperación de autoridades.

En el sector de la competencia de autoridades las novedades destacables son dos. De un lado, se limitan las posibilidades de prorrogación de foro. Mientras que bajo el imperio del Reglamento Bruselas I resultaba posible elegir a cualquier tribunal de un Estado miembro aunque careciera de relación alguna con la controversia, la autonomía de la voluntad se limita en la regulación contenida en el artículo 4 del nuevo instrumento, excluyéndose incluso de manera radical en el caso de los litigios relativos a obligaciones alimenticias respecto de menores de dieciocho años. Es asimismo digno de mención que se haya introducido un *forum necessitatis* europeo de forma que cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los criterios del Reglamento, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro puedan, en casos excepcionales, conocer del litigio si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero.

Aunque nominalmente el Reglamento pretenda unificar las normas en materia de ley aplicable, por lo que respecta a este sector el Reglamento remite al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, recientemente elaborado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Por consiguiente, en este punto la unificación normativa se produce no a través de una normativa común, sino de manera indirecta a partir de la pertenencia a un instrumento internacional y depende de que los Estados miembros estén vinculados por este instrumento. La fragmentación que puede producirse se traslada además al sector del reconocimiento y ejecución de decisiones, puesto que la supresión del exequátur, esto es la certificación de una decisión en la materia como título ejecutivo europeo, solo es posible si se ha aplicado el Protocolo. Se introduce, por tanto, un doble régimen en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones cuya operatividad en la práctica resulta un tanto dudosa.

La fragmentación que se advierte en el Derecho europeo halla su reflejo en el texto de un Reglamento. Se justifica por el deseo de que la Codificación europea no interfiera en la codificación internacional. Sin embargo, el precio que se paga es posiblemente excesivo pues la regulación es muy compleja y exige la aplicación conjunta de fuentes normativas de diferente naturaleza y origen.

VI. DERECHO ANTIDISCRIMINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO *

I. Jurisprudencia TJCE

STJCE 5 marzo 2009 (edad), Asunto C-388/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court, Reino Unido), mediante resolución de 24 de julio de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de agosto de 2007, en el procedimiento entre The Queen, a instancia de The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) y Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform.

1) Una normativa nacional como la recogida en los artículos 3, 7, apartados 4 y 5, y 30 del Reglamento de 2006 relativo a la igualdad en materia de empleo (edad) [Employment Equality (Age) Regulations 2006] está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una medida nacional que, al igual que el artículo 3 del Reglamento controvertido en el litigio principal, no contiene una enumeración precisa de los objetivos que justifican el establecimiento de excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad. Sin embargo, el mencionado artículo 6, apartado 1, restringe la posibilidad de establecer tales excepciones a las medidas justificadas por objetivos legítimos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. Corresponde al juez nacional comprobar si la normativa controvertida en el litigio principal responde a un objetivo legítimo de este tipo y si la autoridad legislativa o reglamentaria nacional podía estimar legítimamente, habida cuenta del margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social, que los medios escogidos eran adecuados y necesarios para lograr tal objetivo.

3) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 reconoce a los Estados miembros la posibilidad de prever, en el marco del Derecho nacional, ciertas formas de diferencias de trato por razón de edad cuando estén «objetiva y razonablemente» justificadas por una finalidad legítima, como las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. Impone a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado como justificación a un nivel elevado de exigencia probatoria. No debe reconocerse especial significación a la circunstancia de que el término «razonablemente», empleado en el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva, no figure en el artículo 2, apartado 2, letra b), de ésta.

* Catedrática de Derecho Civil. Universitat Autònoma de Barcelona.

STJCE 23 septiembre 2008 (edad), Asunto C-427/06, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesarbeitsgericht (Alemania), mediante resolución de 27 de junio de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de octubre de 2006, en el procedimiento entre Birgit Bartsch y Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GMBH.

El Derecho comunitario no contiene una prohibición de toda discriminación por motivo de la edad, cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el Derecho comunitario. Tal vínculo no nace del artículo 13 CE ni, en circunstancias como las del litigio principal, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, antes de expirar el plazo concedido al Estado miembro del que se trate para la adaptación de su Derecho nacional a esa Directiva.

STJCE 17 julio 2008 (discapacidad por asociación), Asunto C-303/06, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Employment Tribunal, London South (Reino Unido), mediante resolución de 6 de julio de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de julio de 2006, en el procedimiento entre S. Coleman y Attridge Law, Steve Law.

1) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a).

2) La Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de acoso que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3.

STJCE 1 abril 2008 (orientación sexual), Asunto C-267/06, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bayerisches Verwaltungsgericht München (Alemania), mediante resolución de 1 de junio de 2006, recibida en el Tribu-

nal de Justicia el 20 de junio de 2006, en el procedimiento entre Tadao Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.

1) Una prestación de supervivencia otorgada en el marco de un régimen de previsión profesional como el gestionado por el Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

2) El artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge supérstite, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario de la prestación de supervivencia establecida en el régimen de previsión profesional gestionado por el Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.

II. Propuestas de Directivas

Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (COM(2008) 426 final).

El principal objetivo de la Directiva es luchar contra la discriminación por razón de los criterios discriminatorios que se detallan en el propio título de la misma: religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Además, se pretende que la aplicación del principio de igualdad en estos casos se haga más allá del ámbito laboral.

El concepto de discriminación (directa e indirecta) que recoge la Propuesta es el mismo que aparece en las Directivas anteriores y, concretamente, en la *Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro* (DOCE L 373 de 21.12.2005). Como en esta Directiva 2004/113/CE es posible justificar la discriminación indirecta siempre que la disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzar dicha finalidad son adecuados y necesarios.

El acoso se considera una forma de discriminación. También la denegación de un ajuste razonable de acuerdo con lo establecido en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

Las diferencias de trato basadas en la edad pueden llegar a ser lícitas si se justifican con un fin legítimo y los medios para conseguir tal fin son apropiados y necesarios. En materia de seguros y de servicios de banca se reconoce que el hecho de que la edad y la discapacidad puedan constituir elementos esenciales para la valoración del riesgo en ciertos productos y en la prima a satisfacer por ellos.

El ámbito de aplicación de la Propuesta, tanto en el sector público como en el privado, se centra en la protección social (incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria), los beneficios sociales, la educación y el acceso y suministro de bienes y servicios a disposición de la población incluida la vivienda. En relación con el acceso y suministro de bienes y servicios sólo se comprenden actividades profesionales o comerciales excluyéndose, por tanto, las transacciones privadas. Los temas relacionados con el estado civil y la situación familiar quedan fuera del ámbito de la Propuesta de Directiva. Por lo tanto, se excluyen los derechos reproductivos. El artículo 3 de la Propuesta deja al margen las disposiciones nacionales relativas al carácter laico del estado y sus instituciones o el de las organizaciones religiosas. Así, los estados miembros podrán prohibir o permitir que se muestren símbolos religiosos en las escuelas. Tampoco regula las diferencias de trato por nacionalidad.

El artículo 4 de la Propuesta aparece dedicado al principio de igualdad de trato para las personas con discapacidad para lo cual podrán requerirse ajustes razonables determinados para garantizar el acceso efectivo a una persona con discapacidad concreta.

Como no siempre la igualdad formal se traduce en igualdad material, el artículo 5 de la Propuesta establece la necesidad de aplicar medidas específicas para prevenir las situaciones de desigualdad (acciones positivas).

La Propuesta de Directiva es una propuesta de «mínimos», de manera que se deja a los estados miembros que establezcan una protección mayor. Incluso, pudiendo recurrir a procesos judiciales o a procedimientos administrativos aun cuando haya finalizado la relación en la que aleguen haber sido objeto de discriminación. La defensa de los derechos se refuerza al permitir que las organizaciones con un interés legítimo ayuden a las víctimas de discriminación en dichos procesos (art. 7). A ello contribuye la inversión de la carga de la prueba que se recoge en el artículo 8 y, que desde la Directiva 97/80/CE, viene siendo reconocida en todas las normas comunitarias que versan sobre el principio de igualdad de trato y no discriminación.

Cuestión importante que debe destacarse es el establecimiento de una norma que se corresponde con la jurisprudencia del TJCE (vid. al respecto mi trabajo, «El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», *ADC*, T. LXI, 2008, fasc. III, pp. 1488-1489), según la cual se prohíbe la fijación de un tope máximo en las indemnizaciones abonables en casos de incumplimiento del principio de igualdad de trato (art. 14).

En relación con esta Propuesta de Directiva se ha elaborado un Informe de 20 de marzo de 2009 por la Comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior (A6-0149/2009).

III. Resoluciones del Parlamento

Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre la igualdad entre mujeres y hombres [2008/2047(INI)].

Acoge positivamente el informe de la Comisión sobre la igualdad [COM(2008) 10 final] e insiste en el carácter dual de la política de igualdad de oportunidades a escala de la UE, por una parte garantizando la igualdad entre mujeres y hombres en todas las políticas (integración de la dimensión de género) y, por otra, elaborando medidas específicas para frenar la discriminación de las mujeres, incluidas campañas de sensibilización.

zación, intercambio de buenas prácticas, diálogo con los ciudadanos e iniciativas de cooperación de los sectores público y privado.

Insiste en que es importante combatir la violencia contra las mujeres para lograr la igualdad entre mujeres y hombres; pide a los Estados miembros y a la Comisión que emprendan una acción concertada en dicho ámbito; insta a la Comisión a examinar la posibilidad de adoptar nuevas medidas para combatir la violencia contra las mujeres.

Insta a la Comisión y a los Estados miembros a que combinen sus esfuerzos en la lucha contra las redes de tráfico y delincuencia organizada y a que adopten y refuercen medidas legislativas, administrativas, educativas, sociales y culturales que desincentiven la demanda de prostitución. Insta a los Estados miembros a que ratifiquen urgentemente el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos.

Considera que la participación general de las mujeres en la toma de decisiones a escala local, nacional y de la UE es insuficiente y pide, por ello, a la Comisión, a los Estados miembros y a los partidos políticos que estudien medidas destinadas a mejorar esta situación; señala, a este respecto, que la utilización de cuotas electorales tiene efectos positivos en la representación de las mujeres. Destaca la correlación existente entre la participación de las mujeres en la política y en la toma de decisiones y su implicación en ONG y en actividades de la sociedad civil; insta, por ello, a la Comisión y a los Estados miembros a apoyar acciones que fomenten dicha implicación. Subraya la importancia de la participación activa de las mujeres en los sindicatos con tareas centradas en proteger a las mujeres en el lugar de trabajo y garantizarles los derechos que les corresponden. Señala que, para la emancipación de las mujeres, es importante poder controlar sus derechos en materia sexual y reproductiva; apoya, por lo tanto, las medidas y acciones destinadas a mejorar el acceso de las mujeres a los servicios de salud sexual y reproductiva y a sensibilizarlas respecto de sus derechos y de los servicios disponibles.

Manifiesta su preocupación por la falta de progresos en relación con la diferencia de retribución en función del género a lo largo de los últimos años e insta, por ello, a la Comisión y a los Estados miembros a evaluar estrategias y acciones en dicho ámbito para determinar, en caso necesario y en colaboración con los interlocutores sociales, nuevas medidas o nuevos enfoques en la puesta en práctica de las medidas existentes para mejorar la situación; apoya, en este contexto, la propuesta de la Comisión consultiva sobre la igualdad de oportunidades destinada a reforzar la legislación europea aplicable en la materia imponiendo a los empresarios la obligación de realizar auditorías sobre los salarios y desarrollar planes de acción capaces de acabar con las diferencias salariales; subraya la necesidad de emprender acciones concertadas, especialmente en el contexto del nuevo ciclo de la Estrategia europea de crecimiento y empleo, y de establecer principios comunes en materia de seguridad.

Manifiesta su preocupación por la desfavorable situación de las mujeres en el mercado laboral, que las lleva a acumular menos derechos individuales a pensión y otros beneficios sociales, especialmente en los regímenes en que dichos derechos están estrechamente relacionados con las contribuciones o los ingresos profesionales de cada persona; por ello, pide a los Estados miembros que adopten medidas eficaces destinadas a garantizar el cumplimiento de las normas sociales y un trabajo que respete los derechos de los asalariados en los diferentes sectores de actividad, de forma que se garantice una retribución digna a los trabajadores y, en particular a las mujeres, el derecho

a la seguridad y a la salud en el trabajo, a la protección social y a la libertad sindical, lo que contribuiría a eliminar la discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

Manifiesta su preocupación por el persistente desfase entre, por una parte, el nivel educativo de las mujeres y los hombres, a pesar de que los resultados de las mujeres son mejores que los de los hombres, y, por otra, la situación en el mercado laboral, en cuyo marco las mujeres cobran salarios más bajos, tienen empleos más precarios y desarrollan una carrera profesional más lenta que los hombres; insta a la Comisión y a los Estados miembros a que examinen las razones y encuentren soluciones para esta situación.

Pide a la Comisión y a los Estados miembros que adopten más medidas para mejorar el acceso de las mujeres al mercado laboral y su participación en el mismo, en particular en los sectores en que siguen estando infrarrepresentadas, como las altas tecnologías, la investigación, las ciencias y la ingeniería, así como que mejoren la calidad de sus empleos, en particular mediante programas de formación y educación a lo largo de toda la vida en todos los niveles; insta a la Comisión y a los Estados miembros a utilizar los Fondos estructurales europeos para realizar este objetivo.

Pide a la Comisión y a los Estados miembros que tengan presente la situación de las cónyuges que ayudan en la artesanía, el comercio, la agricultura, la pesca y las pequeñas empresas familiares desde la perspectiva de la igualdad de género y teniendo en cuenta el hecho de que las mujeres se encuentran en una situación más vulnerable que los hombres; pide a la Comisión que presente sin demora una propuesta destinada a modificar la Directiva 86/613/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, con objeto de eliminar la discriminación indirecta, desarrollar una obligación positiva de igualdad de trato y mejorar la situación jurídica de las cónyuges colaboradoras. Pide a los Estados miembros que desarrollen el concepto jurídico de propiedad compartida con el fin de garantizar el pleno reconocimiento de los derechos de la mujer en el sector agrícola, la adecuada protección en el ámbito de la seguridad social y el reconocimiento de su labor. Anima a los Estados miembros a fomentar el espíritu empresarial de las mujeres en el sector industrial y a facilitar apoyo financiero y estructuras de asesoramiento profesional a las mujeres que creen empresas, así como una formación adecuada.

Insta a los Estados miembros a que presten especial atención a la disponibilidad de servicios de maternidad para las mujeres autónomas. Insta a la Comisión y a los Estados miembros a que tengan especialmente en cuenta el creciente número de mujeres que son formalmente autónomas pero que en realidad se pueden clasificar como «trabajadoras económicamente dependientes». Insta a los Estados miembros a que reconozcan a las empresas que adoptan medidas para promover la igualdad entre las mujeres y los hombres y faciliten el equilibrio trabajo-vida privada, con objeto de fomentar la difusión de buenas prácticas en este ámbito.

Pide a la Comisión y a los Estados miembros que den prioridad y tengan especialmente presente a los grupos más vulnerables de mujeres, en concreto las mujeres discapacitadas, las mujeres con personas dependientes a cargo, las mujeres de edad avanzada, las mujeres pertenecientes a minorías y las inmigrantes, así como las mujeres encarceladas, y que desarrollen medidas específicas para satisfacer sus necesidades. Insta a la Comisión y a los Esta-

dos miembros a que adopten y apliquen las medidas necesarias para ayudar a las mujeres con discapacidad de modo que puedan progresar en los ámbitos de la vida social y del mundo laboral, cultural y político en los que siguen estando infrarrepresentadas.

Insta a la Comisión y a los Estados miembros a que promuevan el acceso de las mujeres inmigrantes a la educación y el empleo, mediante la adopción de medidas para luchar contra la doble discriminación que sufren las mujeres inmigrantes en el mercado laboral y la creación de condiciones favorables para su acceso al mercado laboral, con el fin de que consigan un equilibrio entre su vida profesional y su vida privada, y que les garanticen una formación profesional adecuada. Acoge positivamente la consulta celebrada entre la Comisión y los interlocutores sociales para mejorar los marcos legislativos y no legislativos que permitan compaginar la vida profesional, familiar y privada; está a la espera de que se analicen los resultados de dicha consulta y se presenten propuestas basadas en la misma, en particular en relación con el permiso por maternidad, el permiso de paternidad, el permiso por paternidad, el permiso por adopción y el permiso por asistencia a persona dependiente; considera, por otra parte, que el acuerdo marco relativo al permiso de paternidad puede mejorarse en relación con los puntos siguientes: aplicación de medidas incentivadoras destinadas a alentar a los padres a solicitar el permiso de paternidad, refuerzo de los derechos de los trabajadores que toman un permiso de paternidad y flexibilización del régimen de permisos, aumento de la duración y de la indemnización del permiso de paternidad. Recuerda que toda política en materia de conciliación de la vida profesional y la vida familiar debe basarse en el principio de libre elección de las personas y adaptarse a los diferentes ciclos de la vida. Pide a los Estados miembros que presenten medidas específicas para luchar contra las desigualdades entre mujeres y hombres provocadas por la interrupción de la actividad laboral a resultas, en particular, del permiso por maternidad o del permiso para ocuparse de personas dependientes, y que reduzcan sus efectos negativos para las carreras profesionales, los salarios y los derechos a pensión. Señala que compaginar la vida laboral, privada y familiar es una de las claves para aumentar el empleo, y pide a la Comisión que recopile y divulgue las mejores prácticas relativas al equilibrio entre el empleo y la vida y una mayor implicación de los hombres en la vida familiar. Insta a la Comisión y a los Estados miembros a que fomenten la participación de los hombres en la ejecución de las políticas de igualdad de género, especialmente en el ámbito de la conciliación de la vida privada, laboral y familiar. Pide a los Estados miembros y a las autoridades regionales y locales que incrementen la disponibilidad, la calidad y la accesibilidad de los servicios de atención a la infancia y a las personas dependientes, en consonancia con los objetivos de Barcelona, y que garanticen que la disponibilidad de dichos servicios es compatible con horarios de trabajo a tiempo completo para mujeres y hombres y con las responsabilidades respecto de niños y personas dependientes.

Pide a los responsables de las empresas que incluyan medidas flexibles de política familiar en su plan de gestión de personal, con el fin de facilitar la reincorporación al trabajo de los empleados después de un periodo de interrupción de la carrera laboral. Llama la atención de la Comisión y de los Estados miembros en relación con la feminización de la pobreza, a la vista de que las mujeres, especialmente las mujeres de edad avanzada y las mujeres con hijos a cargo, corren el riesgo de hallarse en una situación de exclusión y

pobreza, y les insta a desarrollar medidas para impedir que se desarrolle esta tendencia.

IV. Informes

Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al comité económico y social y al comité de las regiones. La igualdad entre hombres y mujeres – 2008 [COM(2008) 10 final].

Las conclusiones a las que llega el informe son las siguientes:

- a) Aumento tanto cuantitativo como cualitativo del empleo de las mujeres en el nuevo ciclo de la Estrategia europea para el crecimiento y el empleo;
- b) integración de una perspectiva de género en todas las dimensiones de la calidad del trabajo;
- c) desarrollo tanto de la oferta como de la calidad de los servicios que permiten conciliar la vida profesional y la vida privada tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres;
- d) lucha contra los estereotipos en la educación, empleo, medios de comunicación y el impulso del papel de los hombres en el fomento de la igualdad;
- e) desarrollo de los instrumentos de evaluación del impacto de las políticas en una perspectiva de género.

VII. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO *

I. Jurisprudencia del TJCE

STJCE 23 abril 2009, Asunto C-533/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo a los artículos 68 CE y 234 CE, por el Oberster Gerichtshof (Austria), mediante resolución de 13 de noviembre de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de noviembre de 2007, en el procedimiento entre Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch y Gisela Weller-Lindhorst:

1) El artículo 5, número 1, letra b), segundo guión, 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, debe interpretarse en el sentido de que un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho como contrapartida por el pago de una remuneración no es un contrato de prestación de servicios en el sentido de dicha disposición.

* Catedrática de Derecho Civil. Universitat Autònoma de Barcelona.

2) Para determinar, con arreglo al artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento núm. 44/2001, cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda de pago de la remuneración adeudada en virtud de un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho, procede seguir teniendo en cuenta los principios derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 5, número 1, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa.

STJCE 20 enero 2009, Asunto C-240/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesgerichtshof (Alemania), mediante resolución de 29 de marzo de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de mayo de 2007, en el procedimiento entre Sony Music Entertainment (Germany) GMBH y Falcon Neue Medien Vertrieb GMBH.

1) El plazo de protección establecido en la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, se aplica igualmente, en virtud del artículo 10, apartado 2, de dicha Directiva, cuando la obra litigiosa no haya estado nunca amparada en el Estado miembro en el que se reclama su protección.

2) El artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/116 debe interpretarse en el sentido de que los plazos de protección previstos por dicha Directiva se aplican en un supuesto en que la obra o el objeto controvertidos estaban, el 1 de julio de 1995, protegidos como tales en al menos un Estado miembro en aplicación de las disposiciones nacionales de dicho Estado miembro relativas al derecho de autor o a los derechos afines y en que el titular de tales derechos sobre esa obra u objeto, nacional de un país tercero, gozaba, en dicha fecha, de la protección prevista en esas disposiciones nacionales.

STJCE 11 diciembre 2008, Asunto C-52/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Marknadsdomstolen (Suecia), mediante resolución de 2 de febrero de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 6 de febrero de 2007, en el procedimiento entre Kanal 5 Ltd, TV 4 AB y Föreningen Svenska Ton-sättares Internationella Musikbyrå (STIM) u.p.a.

1) El artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que tiene una posición dominante en una parte sustancial del mercado común no explota de forma abusiva dicha posición cuando, en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual, aplica a las cadenas de televisión privadas un sistema de tarifas según el cual los importes de dichas tarifas corresponden a una parte de los ingresos de esas cadenas, siempre que dicha parte sea globalmente proporcional a la cantidad de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual realmente emitida o que pueda emitirse y salvo que

exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras así como la audiencia, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de dichas obras.

2) El artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que, al calcular las tarifas percibidas en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual de modo diferente según se trate de sociedades de televisión privadas o de sociedades de servicio público, una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual puede explotar de forma abusiva su posición dominante a efectos de dicho artículo cuando aplica a estas sociedades condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y les ocasiona por este motivo una desventaja competitiva, salvo que tal práctica pueda estar objetivamente justificada.

II. Propuestas de Directivas

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. COM(2008) 464 final (16 de julio de 2008).

Según establece la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, el plazo de protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas es de cincuenta años. En el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, este período comienza a contar desde la fecha de la interpretación o ejecución, o si, dentro de ese período de cincuenta años, se publica o se comunica al público una grabación de la interpretación o ejecución, desde la fecha de primera publicación o la fecha de primera comunicación al público, si esta última es anterior. En el caso de los productores de fonogramas, el período comienza a contar desde la fecha de grabación del fonograma, o desde la fecha de publicación de la grabación, si ésta se produce dentro del período de cincuenta años, o, si no se efectúa publicación, desde la fecha de su comunicación al público, cuando ésta se produzca dentro del período de cincuenta años.

Es preciso, sin embargo, que la importancia que socialmente se atribuye a la contribución creativa de los artistas intérpretes o ejecutantes se refleje en un nivel de protección que reconozca esa contribución creativa y artística. Los artistas intérpretes o ejecutantes comienzan, en general, su carrera profesional jóvenes, y el actual plazo de cincuenta años de protección de las interpretaciones o ejecuciones grabadas en fonogramas, y de los propios fonogramas, a menudo no protege tales interpretaciones o ejecuciones durante todo el período de vida del artista. Esto hace que, al final de sus vidas, los artistas intérpretes o ejecutantes se enfrenten a una pérdida de ingresos. Además, con frecuencia, no pueden valerse del derecho impedir o restringir el uso impropio de sus interpretaciones o ejecuciones que se produzca a lo largo de su vida. Los artistas intérpretes o ejecutantes deben poder percibir, al menos, durante toda su vida los ingresos procedentes de los derechos exclusivos de reproducción y puesta a disposición del público, previstos en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001,

relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, así como una compensación equitativa por la reproducción para uso privado, conforme a la citada Directiva, y los ingresos derivados de los derechos exclusivos de distribución y alquiler, previstos en la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

En consecuencia, el plazo de protección de la grabación de las interpretaciones o ejecuciones, y de los fonogramas, debe ampliarse a un período de noventa y cinco años, a contar desde la fecha de publicación del fonograma y la correspondiente interpretación o ejecución. Si el fonograma o la interpretación o ejecución grabada en un fonograma no se publican en los primeros cincuenta años, el plazo de protección debe ser de noventa y cinco años a contar desde la primera comunicación al público. Cuando celebran un contrato con un productor de fonogramas, los artistas intérpretes o ejecutantes deben habitualmente ceder a dicho productor sus derechos exclusivos de reproducción, distribución, alquiler y puesta a disposición de las grabaciones de sus interpretaciones o ejecuciones. A cambio, los artistas intérpretes o ejecutantes reciben un anticipo sobre los cánones y no perciben otro importe hasta que el productor del fonograma haya recuperado el anticipo inicial y efectuado las posibles deducciones que prevea el contrato. Los artistas intérpretes o ejecutantes que actúan en un segundo plano y no figuran en los títulos de crédito (artistas de estudio) suelen ceder sus derechos exclusivos a cambio de un pago único (remuneración que no se repite).

En aras de la seguridad jurídica, debe establecerse que, salvo indicación manifiesta en contrario, las cesiones o concesiones contractuales de derechos conexos a la grabación de interpretaciones o ejecuciones, acordadas antes de la fecha límite en la cual los Estados miembros deban haber adoptado disposiciones de aplicación de la Directiva, sigan surtiendo efecto durante el plazo ampliado. A fin de garantizar que los artistas intérpretes o ejecutantes que hayan cedido sus derechos exclusivos a productores de fonogramas antes de la ampliación del plazo de protección se beneficien realmente de esa ampliación deben adoptarse diversas disposiciones transitorias adicionales. Tales disposiciones se aplicarán a aquellos contratos celebrados entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas que sigan efectivamente vigentes durante el plazo ampliado.

En este sentido, ha de establecerse que los productores de fonogramas tengan la obligación de reservar, al menos una vez al año, como mínimo el 20 por 100 de los ingresos procedentes de los derechos exclusivos de distribución, reproducción y puesta a disposición de aquellos fonogramas que, de no ampliarse el plazo de protección por publicación o comunicación lícitas, pasarían a ser de dominio público. Los Estados miembros deben poder eximir a ciertos productores de fonogramas que, a la luz de los ingresos anuales que obtengan con la explotación comercial de fonogramas, se consideren de pequeño o mediano tamaño. Esos fondos deben destinarse exclusivamente a los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas interpretaciones o ejecuciones estén grabadas en un fonograma y que hayan cedido sus derechos al productor del fonograma a cambio de un pago único. Los fondos así reservados deben distribuirse individualmente entre los diferentes artistas de estudio al menos una vez al año. Los Estados miembros pueden establecer que esos

fondos sean distribuidos por sociedades recaudadoras en representación de los artistas intérpretes o ejecutantes. Si la distribución de tales fondos se confía a sociedades recaudadoras, pueden aplicarse las disposiciones nacionales sobre ingresos no distribuibles.

No obstante, el artículo 5 de la Directiva 2006/115/CE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual ya otorga a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho irrenunciable a una remuneración equitativa por el alquiler, entre otras cosas, de fonogramas. Del mismo modo, en la práctica, los artistas intérpretes o ejecutantes no ceden habitualmente en sus contratos con los productores de fonogramas su derecho a una remuneración equitativa por radiodifusión y comunicación al público, conforme a lo establecido en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115/CE, y a una compensación equitativa por reproducción para uso privado, de conformidad con el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE. En el cálculo del importe total que el productor de fonogramas deba destinar al pago de la remuneración suplementaria, no deben entrar, por tanto, ni los ingresos que dicho productor haya obtenido del alquiler de fonogramas, ni las remuneraciones equitativas únicas por radiodifusión y comunicación al público, ni la compensación equitativa por copia privada.

Los derechos por grabación de la interpretación o ejecución reviertan al artista intérprete cuando el productor del fonograma no ponga a la venta un número suficiente de copias de un fonograma que, sin ampliación del plazo, sería de dominio público, o no ponga tal fonograma a disposición del público. En consecuencia, los derechos del productor del fonograma con respecto al fonograma deben expirar, a fin de que tales derechos no coexistan con los del artista intérprete o ejecutante con respecto a la grabación de la interpretación o ejecución, no siendo ya estos últimos objeto de cesión o concesión al productor del fonograma. Esta medida adicional debe garantizar también que un fonograma deje de estar protegido cuando, transcurrido un cierto período de tiempo tras la ampliación del plazo, no se ponga a disposición del público, debido a que los titulares de los derechos no lo explotan o a que no es posible identificar o localizar al productor del fonograma o a los artistas intérpretes o ejecutantes. Si, tras recuperar los derechos, el artista intérprete o ejecutante ha dispuesto de un plazo razonable para poner a disposición del público un fonograma que, de no haberse ampliado el plazo, no estaría ya protegido, y dicho fonograma no se pone a disposición del público, los derechos inherentes al fonograma y a la grabación de la interpretación o ejecución deben expirar.

En algunos Estados miembros, las composiciones musicales con letra gozan de un plazo único de protección, calculado a partir del fallecimiento del último autor con vida, al tiempo que, en otros Estados miembros, se aplican plazos de protección independientes para la música y la letra. Las composiciones musicales con letra son habitualmente de autoría compartida. Por ejemplo, en el caso de la ópera, a menudo la música y la letra se deben a autores diferentes. Y en géneros tales como el jazz, el rock y la música pop el proceso creativo se desarrolla con frecuencia en colaboración. En consecuencia, la armonización del plazo de protección de las composiciones musicales con letra es incompleta, lo que obstaculiza la libre circulación de bienes y servicios, tales como los servicios transfronterizos de gestión colectiva.

Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. COM(2008) 23 final (28 de enero de 2008).

El objeto de la presente propuesta es proceder a la codificación de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de programas de ordenador. La nueva Directiva sustituirá a las que son objeto de la operación de codificación. La propuesta respeta en su totalidad el contenido de los textos codificados y se limita, por tanto, a reagruparlos realizando en ellos únicamente las modificaciones formales que la propia operación de codificación requiere.

El desarrollo de los programas de ordenador exige una considerable inversión de recursos humanos, técnicos y financieros y dichos programas pueden copiarse con un coste mínimo en relación con el preciso para crearlos de forma independiente. Los programas de ordenador están desempeñando un papel de creciente importancia en una amplia gama de sectores y, en consecuencia, cabe considerar la tecnología informática como de capital importancia para el desarrollo industrial de la Comunidad.

El marco jurídico comunitario sobre protección de programas de ordenador puede, en primer término, limitarse a establecer que los Estados miembros deban conceder a dichos programas una protección con arreglo a la legislación sobre derechos de autor como obras literarias. Debe establecerse el sujeto y el objeto de la protección, los derechos exclusivos a los que pueden acogerse los sujetos de la protección para autorizar o prohibir determinados actos y la duración de dicha protección.

El término «programa de ordenador» incluye programas en cualquier forma, incluso los que están incorporados en el «hardware». Este término designa también el trabajo preparatorio de concepción que conduce al desarrollo de un programa de ordenador, siempre que la naturaleza del trabajo preparatorio sea tal que más tarde pueda originar un programa de ordenador. Entre los criterios que deben utilizarse para determinar si un programa de ordenador constituye o no una obra original, no deben aplicarse los de carácter cualitativo o los relativos al valor estético del programa. La función de un programa de ordenador es comunicarse y trabajar con otros componentes del sistema de ordenador y con sus usuarios y, a tal fin, se exige contar con un sistema lógico y, cuando sea conveniente, físico de interconexión e interacción para permitir a los elementos de los soportes físicos y lógicos trabajar con otros soportes físicos y lógicos y con usuarios, en la forma prevista. Las partes del programa que establecen dicha interconexión e interacción entre los elementos de «software» y «hardware» suelen denominarse «interfaces». La interconexión e interacción funcional suele conocerse como «interoperabilidad»; dicha interoperabilidad puede ser definida como la capacidad de los programas de ordenador para intercambiar información y utilizar mutuamente la información así intercambiada.

A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por «alquiler» la operación de ofrecer la utilización, por un período limitado y con fines de lucro, de un programa de ordenador o una copia del mismo. Este término no incluye el préstamo público que, en consecuencia, no entra dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva.

III. Resoluciones del Consejo

Resolución del Consejo de 25 de septiembre de 2008 sobre un plan europeo global de lucha contra la falsificación y la piratería (2008/C 253/01)

El Consejo solicita a la Comisión que cree un observatorio europeo de la falsificación y la piratería, precisando su método de funcionamiento y los elementos necesarios, incluidos los financieros, para su creación; el observatorio, que deberá apoyarse en las estructuras existentes de la Comisión, deberá permitir que se obtenga, a partir de datos que los sectores público y privado deseen facilitar, una evaluación regular de la magnitud de la falsificación y de la piratería, así como un análisis más preciso de estos fenómenos. Además, solicita la difusión, en particular, por Internet de información sobre el fenómeno de la falsificación y la piratería dirigida a los protagonistas de la lucha contra estos fenómenos, el desarrollo de acciones de sensibilización y comunicación dirigidas a los protagonistas de la lucha contra la falsificación y la piratería y a los consumidores, incluidos los más jóvenes, incluso mediante actuaciones llevadas a cabo en una jornada europea de sensibilización a los peligros de la falsificación y mediante la elaboración de guías prácticas.

También solicita a la Comisión y a los Estados miembros, en el marco de sus competencias respectivas, que apliquen todos los medios adecuados para luchar de manera eficaz contra la falsificación y la piratería, y, en particular, que presenten un plan aduanero de lucha contra la falsificación para los años 2009 a 2012 que favorezca el intercambio de información mediante una plena utilización de los sistemas electrónicos, el desarrollo de la cooperación entre las autoridades interesadas, en particular en la frontera y especialmente con las autoridades aduaneras así como con los titulares de derechos; realicen un inventario de la legislación aplicable en materia aduanera y que evalúen las mejoras que hay que introducir en el marco jurídico con el fin de luchar mejor contra las falsificaciones peligrosas para los consumidores y de permitir que se tome conciencia de los riesgos de este fenómeno, establezcan una red de intercambio rápida de información sobre los productos y servicios falsificados, en particular, mediante el refuerzo de la cooperación administrativa transfronteriza basándose en puntos de contactos nacionales y en instrumentos modernos de intercambio de información, fomenten la coordinación entre las instituciones implicadas en la lucha contra la falsificación y la piratería, en particular, mediante intercambios de buenas prácticas entre las administraciones nacionales, estudien la eficacia del marco jurídico para hacer que se respeten los derechos de propiedad intelectual, presenten propuestas adecuadas para favorecer asociaciones entre sector público y sector privado para luchar contra la falsificación y la piratería, para recomendar buenas prácticas relativas, en particular, a la venta en Internet y para promover la colaboración entre profesionales, refuercen la protección de los derechos de propiedad intelectual a nivel internacional: fomenten, en los acuerdos bilaterales y multilaterales celebrados por la Unión Europea, la incorporación de medidas relativas a estos derechos en cumplimiento del acervo comunitario y contribuyan al respeto de dichas medidas; participen activamente en las negociaciones para la celebración de un acuerdo comercial multilateral de lucha contra la falsificación, especialmente intentando obtener la creación, en su momento, de un grupo operativo encargado de estudiar la aplicación del acuerdo; promuevan este tema en el diálogo entre la Unión Europea y los terceros países y en el marco de las medidas de cooperación con los terceros.

Conclusiones del Consejo, de 20 de noviembre de 2008, relativas al desarrollo de las ofertas legales de contenidos culturales y creativos en línea y a la prevención y la lucha contra la piratería en el entorno digital (2008/C 319/06).

El Consejo solicita a los Estados miembros que pongan en marcha o fomenten, con la mayor brevedad, soluciones concertadas entre las partes implicadas, a fin de que surjan soluciones concretas, eficaces, equitativas y proporcionadas que favorezcan el desarrollo de la oferta legal en línea y la prevención y la lucha contra la piratería, animen, en su caso y de conformidad con sus tradiciones jurídicas, a las partes implicadas a que revisen los plazos en los que las obras cinematográficas pueden estar disponibles con objeto de favorecer la diversidad y el atractivo de la oferta legal en línea de obras cinematográficas, contribuyan activamente a la promoción de la oferta de obras audiovisuales y cinematográficas europeas por los servicios lineales y no lineales en el marco de la transposición de la Directiva de servicios de medios audiovisuales, en particular mediante el intercambio de buenas prácticas.

Además, solicita a la Comisión que contribuya a un mayor conocimiento, en estrecha cooperación con los Estados miembros y los profesionales implicados, en particular a través del desarrollo y la mutualización de los datos estadísticos, la economía cultural digital en su diversidad, en particular la oferta legal en línea, y la piratería, su amplitud, sus causas y sus consecuencias en la economía de la creación y la diversidad cultural, difunda la información, en particular procedente de la plataforma, sobre las buenas prácticas y las respuestas innovadoras aportadas a los retos definidos en el marco de la consulta del 3 de enero de 2008, presente, en un plazo de 18 meses, apoyándose en las contribuciones de los Estados miembros, un informe sobre las diversas iniciativas puestas en marcha para contribuir al desarrollo de la oferta legal en línea y prevenir y luchar contra la piratería, examine las modalidades de un refuerzo de la digitalización y de la difusión en línea de las obras cinematográficas y audiovisuales en el marco de la aplicación de los programas comunitarios, en particular del programa MEDIA, de forma más general, contribuya a través del conjunto de políticas pertinentes, al desarrollo de la oferta legal en línea y a la lucha contra la piratería.

Y, finalmente, solicita a los Estados miembros y a la Comisión que en sus respectivos ámbitos de competencia mejoren la información de los consumidores, en particular mediante campañas de comunicación objetivas, sobre los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor y las consecuencias de no respetarlos y, de modo más general, sensibilicen a todos los actores, incluidos los profesionales, a las consecuencias de la piratería en la creación y la diversidad culturales, contribuyan a la información de los consumidores relativa a las condiciones de utilización de los contenidos en diferentes equipos y plataformas y a las restricciones vinculadas a la utilización de medidas técnicas de protección y gestión de los derechos, inicien o fomenten trabajos concertados entre la industria, los titulares de derechos y los consumidores a fin de favorecer la interoperabilidad y garantizar la transparencia de las medidas técnicas de protección y gestión de derechos, a través por ejemplo de un sistema de señalización del etiquetado, prosigan el objetivo de la diversidad cultural, en particular en el marco de sus políticas en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor aplicados a los contenidos cultura-

les y creativos en línea, contribuyan activamente a fortalecer el respeto y la protección de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor a escala internacional, en el marco de los acuerdos bilaterales y multilaterales pertinentes y del diálogo político y la cooperación con los terceros países.

IV. Libros verdes de la Comisión

Los derechos de autor en la economía del conocimiento (COM(2008) 466 final).

El objetivo del presente Libro verde es promover un debate sobre la mejor manera de garantizar la difusión en línea de los conocimientos en los ámbitos de la investigación, la ciencia y la educación. El Libro verde pretende plantear una serie de cuestiones relacionadas con el papel de los derechos de autor en la «economía del conocimiento» y poner en marcha una consulta a este respecto.

El Libro verde consta básicamente de dos partes. La primera aborda la problemática general de las excepciones a los derechos exclusivos previstas en el principal acto legislativo europeo sobre derechos de autor: la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en lo sucesivo «la Directiva»). El otro acto legislativo sobre los derechos de autor, pertinente para la economía del conocimiento, la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos, se ha analizado en otro informe (*vid.* crónica anterior). Sin embargo, algunos de sus aspectos, como las excepciones y las limitaciones, también se abordan en el presente informe.

La segunda parte se refiere a problemas específicos, relacionados con las excepciones y limitaciones, que afectan especialmente a la difusión de conocimientos, y plantea la conveniencia de que estas excepciones evolucionen en la era de la difusión digital. El Libro verde aborda todas estas cuestiones de manera equilibrada, teniendo en cuenta los puntos de vista de los editores, las bibliotecas, los centros educativos, los museos, los archivos, los investigadores, las personas con minusvalías y el público en general.

El Libro verde examina cómo se difunde al público el material científico, de investigación y educativo y si los conocimientos circulan libremente en el mercado interior. Sin embargo, no se limitará al material científico y educativo. También se incluye en el ámbito de este Libro verde el material que no se ajusta a estos parámetros pero que reviste interés para mejorar el conocimiento.

El «público» al que se dirige el presente documento comprende los científicos, los investigadores y los estudiantes, así como las personas con minusvalías o los ciudadanos en general que desean elevar su nivel de conocimientos y de formación mediante Internet. Una difusión más amplia del conocimiento mejora la integración y la cohesión de la sociedad, fomentando la igualdad de oportunidades, de acuerdo con las prioridades de la futura Agenda Social renovada.

Un nivel elevado de protección de los derechos de autor es esencial para la creación intelectual. Los derechos de autor garantizan el mantenimiento y el desarrollo de la creatividad en interés de los autores, los productores, los consumidores y el público en general. Se necesita un sistema

riguroso y eficaz de protección de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor, con el fin de que autores y productores reciban una compensación por su labor creativa y para animar a productores y editores a invertir en actividades de creación. La contribución del sector de la edición a la economía europea es notable. Las medidas relativas a los derechos de autor responden también al imperativo de estimular el progreso y la innovación.

La Comisión desea recabar los puntos de vista de los investigadores sobre las nuevas formas de entrega de los contenidos digitales. Estas nuevas formas de entrega deberían permitir a los consumidores e investigadores acceder a contenidos protegidos respetando plenamente los derechos de autor.

La legislación vigente en materia de derechos de autor ha procurado tradicionalmente encontrar el equilibrio entre la compensación por las inversiones y creaciones del pasado y la difusión futura de los productos del conocimiento, introduciendo una lista de excepciones y limitaciones que afectan a determinadas actividades concretas relacionadas con la investigación científica, las actividades de las bibliotecas y las personas con minusvalías. A este respecto, la Directiva incluye una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones. No obstante, estas excepciones no son obligatorias para los Estados miembros y cuando las han adoptado a nivel nacional, a menudo las han formulado de manera más restringida que en la Directiva.

VIII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉNTRIGO GARCÍA *

I. Legislación

A) LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas (Diario Oficial núm. L 312, de 22/11/2008, pp. 3-30).

La Directiva 2008/98/CE establece medidas destinadas a proteger el medio ambiente y la salud humana mediante la prevención o la reducción de los impactos adversos de la generación y gestión de los residuos, la reducción de los impactos globales del uso de los recursos y la mejora de la eficacia de dicho uso (art. 1. *Objeto y ámbito de aplicación*). Para ello se parte del principio de quien contamina paga, sin perjuicio de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad ambiental (cdos. 26 y 45).

Con la intención de asegurar un alto nivel de protección del medio ambiente y de la salud humana, se contempla la posibilidad de que los Esta-

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

dos miembros adopten medidas legislativas o no legislativas para garantizar que cualquier persona física o jurídica que desarrolle, fabrique, procese, trate, venda o importe productos de forma profesional (el productor del producto) vea ampliada su responsabilidad de productor, teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica y el conjunto de impactos medioambientales, sobre la salud humana y sociales, respetando la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (art. 8; cfr. art. 15. *Responsabilidad de la gestión de residuos*).

La Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 42), debiendo los Estados miembros poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella antes del 12 de diciembre de 2010 (art. 40).

Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal (Diario Oficial núm. L 328, de 6/12/2008, pp. 28-37).

La Directiva 2008/99/CE establece medidas relacionadas con el Derecho penal para proteger con mayor eficacia el medio ambiente (art. 1). Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con su artículo 6, los Estados miembros se asegurarán de que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables por los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 cuando tales delitos hayan sido cometidos en su beneficio por cualquier persona. Recuérdese que la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal se encuentra regulada en el ordenamiento español en los artículos 109 y siguientes del Código Penal.

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 9), debiendo los Estados miembros poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella antes del 26 de diciembre de 2010 (art. 8).

B) LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones. COM (2008) 134 final-2004/0055 (COD) (Diario Oficial núm. C 77, de 31/3/2009, pp. 69-70).

Posición Común (CE) núm. 29/2008, de 9 de diciembre de 2008, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho marítimo (Texto pertinente a efectos del EEE) (Diario Oficial núm. C 330E, de 30/12/2008, pp. 7-12).

C) LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (BOE número 310, de 25/12/2008, pp. 51995-51997).

El objeto de esta Ley es adaptar la normativa española a lo dispuesto en la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. De acuerdo con su artículo 10, los profesionales del mercado del arte que intervengan en las reventas sujetas al derecho de participación (*vid.* art. 3), responderán solidariamente con el vendedor del pago del derecho.

Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (BOE número 308, de 23/12/2008, pp. 51626-51646).

El presente Real Decreto desarrolla parcialmente la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (*vid.* disposición final tercera), por medio de la cual se incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva comunitaria 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. El Reglamento, dividido en tres capítulos, aborda la cooperación entre administraciones públicas, la recopilación y difusión de información relevante para la reparación del medio ambiente, y las reglas aplicables a los supuestos de concurrencia de normas aplicables; a continuación, proporciona un marco metodológico para determinar el daño medioambiental que se ha producido y, en función de su alcance, establecer las medidas de reparación necesarias en cada caso; finalmente, el capítulo III se ocupa de la garantía financiera obligatoria.

Real Decreto 714/2009, de 24 de abril, relativo a la seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan aeropuertos situados en territorio español (BOE número 112, de 8/5/2009, pp. 39525-39533).

El Real Decreto 714/2009 incorpora la Directiva 2008/49/CE de la Comisión, de 16 de abril de 2008, por la que se modifica el anexo II de la Directiva 2004/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan los aeropuertos de la Comunidad, sustituyendo el Real Decreto 547/2006, de 5 de mayo, relativo a la seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan los aeropuertos y otros aeródromos situados en territorio español.

II. Jurisprudencia

A) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad en materia de transporte aéreo.—La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta) de 22 de diciem-

bre de 2008 (asunto C-549/07), resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el *Handelsgericht Wien* (Austria), en el procedimiento entre Friederike Wallentin-Hermann y Alitalia.—Linee Aeree Italiane SpA. Al respecto, el tribunal señala que el artículo 5, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) núm. 295/91, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «circunstancias extraordinarias» utilizado en dicha disposición no se aplica a un problema técnico surgido en una aeronave que provoque la cancelación de un vuelo, a menos que este problema se derive de acontecimientos que, por su naturaleza o por su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo de que se trate y escapen al control efectivo de dicho transportista. El Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, concluido en Montreal el 28 de mayo de 1999, no resulta determinante para la interpretación de las causas de exoneración contempladas en el artículo 5, apartado 3, del Reglamento núm. 261/2004. A su vez, la frecuencia con que un transportista aéreo sufra problemas técnicos no constituye en sí un dato que permita pronunciarse sobre la presencia o la ausencia de «circunstancias extraordinarias» en el sentido del artículo 5, apartado 3, del Reglamento núm. 261/2004. Finalmente, el hecho de que un transportista aéreo haya respetado las normas mínimas de mantenimiento de una aeronave no basta por sí solo para acreditar que dicho transportista adoptó «todas las medidas razonables» con arreglo al artículo 5, apartado 3, del Reglamento núm. 261/2004 y para exonerar, por tanto, a dicho transportista de la obligación de indemnizar que le imponen los artículos 5, apartado 1, letra c), y 7, apartado 1, de dicho Reglamento. Ha de tenerse en cuenta, que no se distingue según la relación jurídica que una al transportista aéreo y al pasajero, esto es, el régimen aplicable será el mismo se trate de una relación contractual o extracontractual. Por tanto, el Reglamento será de aplicación a cualquier transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo que proporcione transporte a los pasajeros, conforme a un contrato con un pasajero o, cuando no tenga contrato con el pasajero, se considerará que lo hace en nombre de otra persona, jurídica o física, que tenga un contrato con dicho pasajero [cfr. artículos 2 b y 3. 5.º Reglamento (CE) núm. 261/2004].

B) TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias que mencionan los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil.—Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 21 de noviembre de 2008 y de 24 de noviembre de 2008. *Vid.* la Sección «Jurisprudencia nacional».

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 15 octubre de 2008.—En el supuesto, se reclamaba responsabilidad civil por el contagio de hepatitis vírica consecuencia de la administración de un fármaco; el tribunal no contempla la aplicación de la Ley 22/1994, de 6 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985,

sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos, pues los hechos que dieron lugar a la demanda tuvieron lugar antes de su entrada en vigor.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 7 de noviembre de 2008.—En relación con los daños sufridos por la falta de funcionamiento del airbag en un supuesto de accidente de circulación, el tribunal considera que sólo puede reducirse la responsabilidad del fabricante por concurrir culpa del perjudicado si la anomalía de funcionamiento del producto se debe a la intervención del sujeto dañado al manipularlo o dañarlo, o si de algún otro modo resta su eficacia.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 21 de noviembre de 2008.—El tribunal atribuye el daño al uso indebido del producto realizado por su adquirente, pues se trataba de un producto nocivo etiquetado debidamente en sus características de manejo.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.— STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 19 de febrero de 2009.—En el supuesto, se examina la eventual responsabilidad de Repsol Butano, S.A., por deflagración de una bombona de butano de reserva almacenada en un trastero de la vivienda de la víctima. Considera el tribunal que la sentencia recurrida acude a unos criterios de responsabilidad más allá de lo estrictamente subjetivo para llegar a criterios de responsabilidad por riesgo, fundamentando la condena en una acción distinta de la extracontractual, como es la que resulta de la normativa de los consumidores y usuarios en cuyo artículo 26 establece la responsabilidad de quienes suministran o facilitan servicios a los consumidores o usuarios cuando no se acredite que han cumplido las exigencias reglamentarias y los cuidados exigidos por la naturaleza del servicio, concretando el artículo 28 la responsabilidad por los daños originados por el uso de servicios que por su propia naturaleza o por disposición reglamentaria incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad. Ambos preceptos refuerzan la responsabilidad por el uso y consumo de aquellos bienes y servicios, entre los que se mencionan expresamente los del gas, a cuyo régimen, y no al de la Ley 22/1994, de 6 de junio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, la sentencia recurrida considera sometido el producto. El tribunal desestima la reclamación de responsabilidad al considerar inadecuado el juicio de imputación objetiva realizado por la Audiencia Provincial. Al respecto señala: «es evidente que aun pudiendo derivar del mismo hecho acciones distintas —extracontractual, contractual y consumidores— (en un exceso normativo, que más que dotar de seguridad al sistema, lo confunde), el efecto dañoso y la causa que lo produce tienen un origen común para el que no es posible ofrecer soluciones no solo distintas sino contradictorias».

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 4 de marzo de 2009.—A propósito de la responsabilidad civil imputada a Tabacalera (hoy Altadis) por la

viuda e hijos de fallecido por adenocarcinoma de pulmón asociado al consumo de tabaco, considera el tribunal que se trataría de un supuesto de responsabilidad extracontractual; al haberse planteado la demanda transcurridos más de cuatro años desde el fallecimiento del perjudicado, se desestima por prescripción. Al respecto, el tribunal reconoce el carácter discutible de la justificación de la diferencia entre los plazos de prescripción de la responsabilidad contractual y extracontractual en el derecho español. Ello explica soluciones unificadoras del plazo de prescripción como el artículo 12.1 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en línea con el artículo 10.1 de la Directiva 85/374/CEE. Ahora bien, esta Ley no es aplicable al caso de autos, pues según su disposición transitoria única no será aplicable a la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos puestos en circulación antes de su entrada en vigor, que se regirá por las disposiciones vigentes en dicho momento.

Responsabilidad profesional.—SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 9 de octubre y de 14 octubre 2008.—El tribunal, para apreciar la posible responsabilidad por negligencia de los auditores frente a los terceros que se relacionen con la sociedad auditada, toma en consideración la Directiva 2006/43/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas.

Ámbito de la responsabilidad extracontractual.—STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 22 de diciembre de 2008.—A propósito de la responsabilidad por vertidos contaminantes, el tribunal se ocupa de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, con mención de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que, en el ámbito del Derecho comunitario, al abordar la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual a los efectos de la aplicación de los reglamentos Roma I y Roma II (subrayando que el concepto de responsabilidad extracontractual es un concepto autónomo a los efectos de la aplicación de los reglamentos comunitarios independiente de los Derechos de los Estados miembros), considera como extracontractual «toda responsabilidad que no se derive o no se haya producido en el marco de una relación libremente establecida entre las partes o por una parte frente a la otra».

Responsabilidad derivada de la confianza legítima.—STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), de 16 de diciembre de 2008.—El tribunal sostiene, a propósito de la responsabilidad por acto legislativo, que la responsabilidad patrimonial no puede sustentarse en la invocación del principio de confianza legítima, el cual no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, y cuya virtualidad se viene restringiendo, incluso en el ámbito del Derecho comunitario, al que se acude para determinar su alcance. Al respecto, el propio Tribunal de Justicia señala que la invocación de dicho principio no puede impedir las nuevas regulaciones hacia el futuro o servir de medio para mantener una determinada situación beneficiosa.

TRUSTS

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN *

La postura de la DGRN ante una fundación panameña de derecho privado: la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 24 de enero de 2008 [RJ 2008/627].

La DGRN ha tenido la ocasión de pronunciarse, mediante resolución de 24 de enero de 2008, sobre la posibilidad de inscribir una figura cercana al *trust* anglosajón aunque menos extraña a nuestra tradición jurídica: la fundación de interés privado. Aunque el derecho civil español no admite con carácter general las fundaciones que persiguen fines de interés particular, éstas sí que existen en otros países europeos, como Liechtenstein, Suiza, Alemania o Italia. Y en nuestro país, algunos de sus objetivos se pueden alcanzar a través de la fiducia continuada, figura de derecho foral regulada por la Compilación Navarra (leyes 293-295) bajo el título «De los herederos de confianza», y con la que se puede crear, *mortis causa*, un patrimonio autónomo afectado de modo duradero al cumplimiento de fines de interés privado (CAMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, Navarra, 1996, pp.1311 ss.).

En el supuesto aquí comentado, «Best Brothers Foundation» es una fundación de interés privado, constituida según el derecho de Panamá y que tiene como objetivo la conservación y administración del patrimonio fundacional, primero en beneficio de los padres de los fundadores y, al fallecimiento de éstos, en beneficio de los propios fundadores.

En Panamá, este tipo de fundaciones se encuentran reguladas por la ley núm. 25, de 12 de junio de 1995, *por la cual se regulan las Fundaciones de Interés Privado*, inspirada en las fundaciones familiares o mixtas de Liechtenstein (*Stiftung*) y en la figura anglosajona del *Trust*, tal y como se encuentra regulada en las legislaciones del Caribe, Jersey y Guernsey. La Fundación panameña de interés privado se utiliza habitualmente como instrumento de planificación familiar o transferencia privada de bienes del fundador a sus beneficiarios o herederos. Otro de sus usos es el de la protección de bienes o activos. La formación de la fundación permite separar ciertos bienes del patrimonio personal del fundador (art. 11 de la ley núm. 25), sin dejar de proteger por ello a sus acreedores. Si el aporte de bienes es fraudulento, los perjudicados tienen tres años para impugnarlo (art.15 de la ley núm. 25).

En este caso, la propia representante de la fundación había donado a la misma varias fincas rústicas radicadas en la Comunidad de Galicia. Presentada la escritura en el Registro, el Registrador deniega la inscripción por considerar que la escritura de constitución de la fundación tiene dos defectos. Uno, insubsanable, pues se trata de una fundación de interés privado; y, un segundo, subsanable, que consiste en no haber acreditado la inscripción de la Fundación en el Registro de Fundaciones competente.

De acuerdo con el artículo 7.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, *de Fundaciones de competencia estatal* (en adelante, LF), las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España

* Prof. contratada Doctor, Universidad de Cantabria.

han de mantener una delegación en territorio español e inscribirse en el Registro de Fundaciones competente, según el ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades. Y para ello, deben acreditar ante el Registro de Fundaciones correspondiente su válida constitución con arreglo a su ley personal, pudiendo denegarse la inscripción cuando los fines no sean de interés general con arreglo al ordenamiento español.

De las dos obligaciones que –ex art.7.1 LF.– han de cumplir las fundaciones extranjeras para ejercer sus actividades en España, el establecimiento de una delegación en nuestro país y la inscripción en el Registro correspondiente, el Registrador sólo discute el cumplimiento de la segunda. De ahí que, en el recurso contra la calificación registral, el Notario autorizante de la escritura centre sus objeciones en que no es necesario que las fundaciones extranjeras se inscriban en el Registro de fundaciones español para poder adquirir bienes en nuestro país: *«(...) en la escritura y en la inscripción debe suprimirse de la denominación de la entidad la palabra “Fundación”, no siendo admisible la nulidad de pleno derecho de la donación, ni que la entidad carezca en España de personalidad jurídica, ni que sea contraria al orden público español, ya que podrá denegarse su inscripción en el Registro de Fundaciones, pero subsiste su personalidad jurídica si ha sido válidamente constituida con arreglo a su Ley personal, y si subsiste su personalidad jurídica es claro que puede adquirir y poseer bienes de todas clases conforme a las Leyes y reglas de su constitución (38 CC) y, en su consecuencia, inscribirlos en el Registro de la Propiedad español».*

La DGRN desestima el recurso. Considera que *«(...) de la propia esencia del derecho –de propiedad– adquirido (de que es sobradamente conocida su característica de perpetuidad) se deriva una clara vocación de estabilidad –por no hablar de permanencia– en lo relativo, por ejemplo, a todas aquellas obligaciones –crecientes dicho sea de paso– que legalmente vengán establecidas por las normas españolas de aplicación territorial y se deriven precisamente (...) de esa finalidad que aparece reseñada en la escritura como propia de la entidad donataria (“...el fin de la fundación es la conservación de los activos y llevar a cabo la administración y gestión del patrimonio asignado...”)*. Siendo por tanto ineludible ese control previo de legalidad que desembocará, en su caso, en la inscripción en el Registro de Fundaciones correspondiente, sin cumplir tal requisito no cabrá que la escritura otorgada (sobre cuya validez sustantiva este Centro Directivo carece de competencias para pronunciarse) pueda acceder al Registro de la Propiedad». Añade el Centro Directivo que *«(...) en modo alguno cabe sostener, tal y como hace el notario en su recurso, que aun eliminando la palabra “fundación” de la denominación de la entidad donataria puede inscribirse su adquisición dominical –entre otras razones porque habría que preguntarse en favor de quién–, toda vez que es evidente que ello implicaría la aparición en escena de un sujeto de derecho (y obviamente un titular registral tras la inscripción) diferente del que se consignó en el título presentado, que es al fin y a la postre lo que el registrador califica y, en su caso, accede al Registro (cfr. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento)».*

Sin duda, no es cometido del Registrador el de recalificar la naturaleza de los sujetos de derecho que otorgan los actos, aunque la función desempeñada por los mismos en el tráfico jurídico se asemeje más a la de otras instituciones españolas que a la acuñada en nuestro derecho con el mismo nombre. Ahora bien, también es indudable que, a diferencia de la inscripción de las fundaciones españolas, la inscripción de las fundaciones extranjeras –aunque

desarrollen habitualmente sus actividades en España— no es a efectos constitutivos. Si la fundación ha sido válidamente constituida con arreglo a su ley personal, su reconocimiento en España no atenta contra nuestro orden público y la entidad no actúa principalmente en España (lo que contravendría el art. 6.1 LF), deberá reconocerse la misma como sujeto de derechos y obligaciones.

En este caso, por una parte el Centro Directivo presupone la válida constitución de la fundación ya que afirma, refiriéndose a Notario y Registrador, que «(...) dichos funcionarios tampoco parecen albergar duda alguna sobre la legal constitución de la entidad donataria a la vista de la legislación panameña que resultaría prima facie aplicable (básicamente la Ley núm. 25 de 12 de junio de 1995, reguladora de las Fundaciones de Interés Privado)». Por otra parte, una entidad constituida con el objetivo de conservar y administrar el patrimonio fundacional, primero en beneficio de los padres de los fundadores y, al fallecimiento de éstos, en beneficio de los propios fundadores, no contraviene, *per se*, ningún principio del orden público español.

No se comparte la afirmación de la DGRN cuando afirma que «los rasgos esenciales de la persona jurídica fundación en el ordenamiento jurídico español», «pueden ser considerados de orden público, básicamente en orden a la aplicación del artículo 12.3 del Código Civil». Aunque el artículo 34 CE reconoce el derecho a coadyuvar a la satisfacción del interés general por medio del establecimiento de fundaciones, ello no implica, a falta de prohibición expresa, que no puedan operar en nuestro país fundaciones familiares extranjeras que desempeñen actividades lícitas. Se les llame o no fundaciones, ya existen figuras en España, como la fiducia continuada aragonesa, que permiten alcanzar los mismos resultados que las fundaciones familiares y nadie pone en entredicho su conformidad con el orden público. Administrar y preservar el patrimonio familiar en beneficio de varias generaciones no es incompatible con los principios vigentes en derecho español. Del mismo modo que tampoco lo es con los principios vigentes en derecho alemán o italiano, donde se admiten tales fundaciones. Salvaguardados, por una parte, los derechos de los legitimarios y los intereses de los acreedores frente a las aportaciones fraudulentas que se hagan al patrimonio fundacional y prohibida, por otra parte, la posibilidad de instaurar vinculaciones más allá del límite de las sustituciones fideicomisarias, sólo cabe erigir la barrera del orden público frente a fundaciones que persigan objetivos ilícitos o que encubran actividades delictivas.

Finalmente, no parece discutirse que la actividad de gestión de interés particular, desarrollada por «*Best Brothers Foundation*», en España, no constituye su actividad principal. Luego tampoco podemos considerar que estamos ante una fundación española defectuosamente constituida. «*Best Brothers Foundation*» es una fundación extranjera, válidamente constituida con arreglo al derecho de Panamá y que desarrolla de forma habitual actividades lícitas en España.

La no inscripción en el Registro de Fundaciones español impedirá, tal y como mantiene la resolución comentada, que la fundación «pueda utilizar tal nombre con propiedad». El artículo 7.3 LF dice expresamente que «Las fundaciones extranjeras que incumplan los requisitos establecidos en este artículo no podrán utilizar la denominación de Fundación.» Ello conlleva la imposibilidad de beneficiarse de las especiales ventajas con las que actúan estas entidades, fundamentalmente en el ámbito fiscal y en materia de subvenciones, y la imposibilidad de oponer a terceros los actos sujetos a inscrip-

ción en el Registro de Fundaciones (art. 24 del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal*. Cosa bien distinta es el no reconocimiento de la fundación y la imposibilidad de que ésta actúe en nuestro territorio (María de Prada, Pau Pedrón, Campuzano Díaz, Gardeñes Santiago. *Vid.* Palao Moreno, «Fundaciones extranjeras», en Olavaria Iglesia (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, 2008, pp. 217-218).

En este sentido –aunque no sea en nuestro caso norma vinculante–, el *Convenio de la Haya sobre el Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras*, de 1 de junio de 1956, ratificado por Bélgica, Francia y Países Bajos y firmado por España y Luxemburgo prevé, expresamente, en su artículo 5 que «*El reconocimiento de la personalidad jurídica (de las sociedades, asociaciones y fundaciones) implicará la capacidad que le confiera la ley en virtud de la cual se adquirió dicha personalidad. Sin embargo, podrán denegarse los derechos que la ley del Estado que reconozca no conceda a las sociedades, asociaciones y fundaciones del tipo correspondiente.*»

No vemos razón alguna para que «Best Brothers Foundation», persona jurídica válidamente constituida con arreglo a su ley personal (art. 9.11 CC), no pueda transmitir o recibir bienes inmuebles radicados en España, ya sea a título oneroso o gratuito. Por lo que respecta a los aspectos jurídico-reales, es cierto que la ley del lugar (art. 10.1 CC), es decir la española, no reconoce las fundaciones españolas de interés privado pero esto no significa que no reconozca las extranjeras cuando éstas hayan sido válidamente constituidas con arreglo a su ley personal, máxime cuando la LF ni siquiera distingue entre fundaciones de países comunitarios y no comunitarios. ¿Debemos entender que las fundaciones de interés privado alemanas, válidamente constituidas con arreglo al Derecho alemán pero no inscritas en el Registro de Fundaciones español, no pueden adquirir bienes en España e inscribir el título adquisitivo en el Registro de la Propiedad?

Es evidente que el reconocimiento debe ir acompañado de la posibilidad de inscribir los bienes en el Registro de la Propiedad (así se entiende, por ejemplo, por lo que respecta a la figura anglosajona del *trust*, en el artículo 12 del *Convenio de la Haya sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento*, de 1.º de julio de 1985). La inscripción no podrá hacerse utilizando la denominación de *Fundación* pero sí la de «Fundación panameña de interés privado» o simplemente la de «Fundación de interés privado».

En Derecho inglés, los fines propios de las fundaciones se desarrollan frecuentemente a través de la figura del *trust*, lo que acarrea problemas cuando los bienes del *trust* se encuentran en España debido al desconocimiento de la figura anglosajona en derecho español. La institución del *trust* plantea, en nuestro ordenamiento jurídico, con carácter previo al problema de su reconocimiento, el de la calificación de la figura y consiguiente determinación de la norma de conflicto aplicable. Vimos en la anterior crónica, publicada en esta Sección, cuáles son las dificultades ocasionadas por la ausencia en DIP español de una norma de conflicto específica en materia de *trust*. Sin embargo, en el supuesto de las fundaciones, la calificación –a la que se supedita como es lógico el reconocimiento– no plantea problema alguno ya que, al tratarse de una persona jurídica, es indudable la aplicación de la ley de la nacionalidad para determinar –*ex art.* 9.11 CC– todo lo relativo a «*capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción*». Aplicada dicha ley (en nuestro caso la panameña) y determinada por el

Notario la válida constitución con arreglo al derecho extranjero (en este caso, así ha sido), el reconocimiento debería encontrar como único límite el del orden público español, en el sentido anteriormente propuesto.

La RDGRN de 24 de enero de 2008 constituye un caso más de recelo ante una institución extranjera, utilizada en ocasiones, es cierto, para alcanzar fines fraudulentos (principalmente en el ámbito fiscal) pero en ningún caso incompatible, por sí misma, con nuestros principios jurídicos o nuestro concepto de orden público. La desconfianza ante las fundaciones familiares es difícilmente conciliable con la necesidad de una mayor iniciativa privada en el cuidado de familiares especialmente vulnerables (discapacitados, menores de edad, ancianos) y con un contexto de sociedad globalizada donde erigir barreras legales, sin que sea realmente necesario, puede ahuyentar a mecenas e inversores hacia países más receptivos.