

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

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

Reglamento (CE) N.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (*DOCE* L177/6, de 4 de julio de 2008).

El 4 de julio de 2008 se publicó, por fin, en el *DOCE* el Reglamento Roma I, casi tres años después de que fuera adoptada la Propuesta de Reglamento (ver sobre la Propuesta lo dicho en esta misma crónica julio-septiembre de 2006). Como se dijo en aquel momento, el Reglamento Roma I sustituye al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, único instrumento que, tras la comunitarización, revestía la forma de tratado internacional. El reglamento se aplicará a partir del 17 de diciembre de 2009, excepto el artículo 26 (referido a la lista de convenios que los Estados miembros deben notificar a la Comisión), que se aplicará a partir del 17 de junio de 2009. Esto significa que el RRI se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009 (art. 28). Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del RRI. Por el contrario, Reino Unido y Dinamarca han quedado fuera del mismo. En la presente crónica intentaré resaltar lo más característico del RRI y las modificaciones realizadas respecto de la Propuesta ya comentada.

Es importante destacar la necesaria coherencia del RRI con el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I) y el Reglamento (CE) n.º 864/2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II).

El Reglamento se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes (art. 1). Quedan fuera del RRI todas las materias enumeradas en su artículo 1.2. Lo más destacable del ámbito de aplicación material es que han quedado fuera las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato (incluidas en el RRII) y las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y «de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables». La novedad no se refiere a la exclu-

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

sión de las relaciones familiares sino la extensión de la exclusión a las relaciones familiares con efectos comparables según la legislación aplicable a las mismas. También cabe resaltar que se introduce de nuevo la excepción relativa a los *contratos celebrado por un intermediario* (desaparece, por tanto, la norma específica, introducida por la Propuesta, en dicha materia).

El carácter *erga omnes* del RRI se desprende de su artículo 2 según el cual «*la ley designada por el presente Reglamentos e aplicará aunque no sea la de un Estado miembro*».

La *autonomía de la voluntad* continúa teniendo un papel preponderante en la determinación del derecho aplicable a un contrato. El texto definitivo ha suprimido dos de las novedades que introducía la reforma. En efecto, el RRI ha eliminado del artículo 3 toda referencia a las cláusulas de elección de foro como elemento determinante de una presunción *iuris tantum* a favor de la ley del Estado de los Tribunales designados en la cláusula. Sí ha introducido un considerando (núm. 12) según el cuál una cláusula a favor de los tribunales de un Estado miembro será un factor más a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato. Del mismo modo, se ha suprimido, la criticada referencia a la posible elección por las partes de un derecho no estatal, ie «*principios y normas y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria*». En realidad la Propuesta añadía un segundo párrafo que sin duda restaba importancia a la aparente novedad dado que «*las cuestiones relativas a las materias que éstos no resuelvan expresamente se resolverán de acuerdo con los principios generales en que se inspiran, o, en su ausencia, de acuerdo con la ley aplicable a falta de elección*», es decir, lo reducía a una mera incorporación por referencia con ulterior determinación por parte del juez de la *lex contractus*. El texto definitivo se limita a introducir un considerando (núm. 13) en este sentido. Lo que sí supone una novedad importante es el párrafo 4 del artículo 3 (presente ya en la Propuesta) cuyo objeto es la salvaguarda del Derecho imperativo comunitario. En efecto, según esta disposición «*cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las Disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo*». Disposiciones similares pueden encontrarse en varias Directivas comunitarias de protección del consumidor aunque en el RRI se restringe la limitación de la autonomía de la voluntad (elección de la ley de un Estado no miembro) a los contratos intracomunitarios (ie. cuando los demás elementos del contrato se encuentran localizados en uno o varios Estados miembros). Las disposiciones imperativas a las que se refiere no son leyes de policía (ver art. 9) sino disposiciones que las partes no puedan derogar por contrato.

Respecto de la *conexión objetiva* (determinación del derecho aplicable al contrato a falta de elección realizada por las partes) vale sustancialmente lo que dije al comentar la Propuesta y que paso a resumir. El RRI abandona el recurso a una conexión abierta y flexible como la de los «*vínculos más estrechos*» para introducir conexiones rígidas y específicas para determinados tipos contractuales. A continuación, se establece una cláusula más general para los supuestos no contemplados en las normas específicas, que reproduce la presunción general que prevé el Convenio de Roma, i.e. se aplica la ley del país en que la parte que debe proporcionar la prestación característica tenga

su residencia habitual. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país se aplicará la ley de ese otro país. Finalmente se prevé una cláusula de cierre según la cuál cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a lo dicho anteriormente, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. En cuanto a las soluciones adoptadas para las diferentes categorías, la mayoría es, como dije en su momento, el resultado de la aplicación de la presunción general prevista en el CR, i.e. se mantiene la aplicación de la ley de la residencia habitual de la parte que proporciona la prestación característica. Por ejemplo, el contrato de compraventa de mercancías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual, etc. Dos de las categorías contempladas llevan a una solución diferente: en el caso de los contratos de franquicia y de distribución la ley aplicable será la ley de la residencia habitual del franquiciado y del distribuidor respectivamente. El motivo de dichas soluciones se explica porque el Derecho comunitario material protege al franquiciado y al distribuidor por considerarlos parte débil de la relación.

El texto definitivo del RRI añade dos tipos contractuales respecto de la Propuesta y regula específicamente el contrato de transporte de mercancías y de pasajeros (art. 5 RRI). El contrato de venta de bienes mediante subasta prevista en la letra g) y que se regula por la ley del país donde tenga lugar la subasta siempre que dicho lugar pueda determinarse. Por su parte la letra h) establece «*el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley*».

Por lo que se refiere al contrato de transporte de mercancías, el RRI establece que se regirá, en defecto de elección, por la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente, también estén situados en ese país. En caso de no coincidir en ese país, el contrato quedará regulado por la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes. El segundo apartado introduce una novedad importante al regular los contratos de transporte de pasajeros. Para este tipo contractual se prevé una limitación de la autonomía conflictual y conexión objetiva específica. En efecto, las partes sólo podrán elegir como ley aplicable una de las enumeradas en el artículo 5.2.2, y que son: ley del lugar donde el pasajero tenga su residencia habitual, o ley del lugar donde el transportista tenga su residencia habitual, o el transportista tenga el lugar de su administración central o ley del lugar donde se encuentre el lugar de origen o el lugar de destino. En defecto de elección por las partes, el contrato se regirá por la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual. Finalmente, se introduce una cláusula de escape a favor de la ley que presente los vínculos más estrechos. Téngase en cuenta que los contratos de transporte o viaje combinado quedan regulados por la norma de conflicto protectora prevista en el artículo 6 RRI.

En cuanto a las *normas de protección*, el RRI introduce importantes modificaciones respecto de la Propuesta. En materia de *contratos celebrados*

por consumidores, el texto definitivo cambia radicalmente la norma que en su día introdujo la Propuesta y que había sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina. Dos aspectos son relevantes. Por un lado, se ha eliminado la exigencia de que el consumidor resida en un Estado miembro. Por tanto, la norma protectora se aplica a todo consumidor (siempre que entre dentro de la definición dada por el mismo RRI) resida o no en Comunidad. Por otro lado, el RRI no elimina por completo la autonomía de voluntad en los contratos de consumo sino que simplemente limita la posibilidad que tiene las partes de elegir el derecho aplicable y lo hace en términos parecidos a los que en su día preveía el Convenio de Roma. Por lo demás, se mantienen las modificaciones de la Propuesta: definición del cocontratante del consumidor, criterio de «actividad dirigida» que ya figuraba en el RBI? para tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia y ampliación del ámbito de aplicación material (no obstante, permanecen algunas excepciones especialmente previstas en el precepto).

Debido a las características especiales de los *contratos de seguro* [tener en cuenta los contratos de seguro de vida que según la letra j) del art. 1.2 RRI quedan excluidos del RRI] el artículo 6 no se aplica a los mismos, sino la disposición específica prevista en el artículo 7 RRI, cuyo objeto es garantizar un nivel adecuado de protección a los titulares de las pólizas. El artículo 7.1 RRI regula la ley aplicable al contrato de seguro que cubra un gran riesgo, estableciendo que se regirá por la ley elegida por las partes y en su defecto la ley del país en que el asegurador tenga su residencia habitual, salvo que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país. Cuando un contrato de seguro que no cubre un gran riesgo cubra varios riesgos de los que uno como mínimo está situado en un Estado miembro y uno como mínimo está situado en un tercer país, las disposiciones especiales de los especiales del RRI relativos al contrato de seguro sólo deben aplicarse al riesgo o riesgos en el Estado miembro de que se trate.

Respecto de los *contratos de trabajo*, el texto definitivo ha eliminado la referencia a las situaciones de «desplazamiento temporal». Por lo demás, simplemente recordar que se añade la expresión «país a partir del cual» en el apartado segundo letra del artículo 8 RRI quedando redactado de la siguiente forma: «*En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país*». Como dije en su día, con ello se ha querido tener en cuenta la jurisprudencia del TJCE en el marco del artículo 18 el RBI y su amplia concepción del lugar habitual de trabajo. Esta pequeña modificación permitirá, por ejemplo, aplicar la norma al personal que trabaja a bordo de aviones, siempre que exista una base fija a partir de la cual se organiza el trabajo y donde este personal ejerce otras obligaciones.

El artículo 9 RRI define una ley de policía como «*una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguarda de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*». Esta definición supuso una novedad que se inspiró en la jurisprudencia Arblade del TJCE (STJCE de 23 de noviembre de 1999, asuntos C-369/96 y C-374/96). El RRI prevé la aplicación de las leyes de

policía de la *lex fori*. Si pertenecen a un tercer Estado sólo podrán aplicarse en la medida en que sean las leyes de policía del país en que las obligaciones del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, siempre que dichas leyes hagan la ejecución del contrato ilegal.

Se ha modificado el artículo de la Propuesta relativo a la *ley aplicable a la forma*, quedando más restringido el elenco de conexiones alternativas. El RRI unifica la norma de conflicto e materia de cesión de créditos y subrogación convencional por ejercer una función económica similar. El apartado tercero del artículo 14 añade que «*el concepto de cesión en el presente artículo incluye las transferencias de derechos a título de garantía, así como las prendas u otros derechos de garantía sobre los derechos*». Por su parte el artículo 15 prevé una norma en materia de subrogación legal, el artículo 16 una norma en caso de responsabilidad múltiple y el artículo 17 una norma relativa a la compensación legal.

Una novedad importante, que ya figuraba en la reforma, es la definición que da el RRI de residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica (será el lugar de su administración central) y de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional (será el lugar de su establecimiento principal).

También se vuelve a la solución prevista en el Convenio de Roma respecto de la aplicación del reglamento en los estados plurilegislativos. El artículo 22 RRI no obliga (a diferencia de la Propuesta) a resolver los conflictos interregionales en materia contractual de acuerdo con lo previsto en el Reglamento. Se simplifica notablemente la norma que regula las relaciones del RRI con otros instrumentos comunitarios, estableciéndose que, a excepción de lo previsto para los contratos de seguros, el RRI se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales.

II. DERECHO PROCESAL DE LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL*

Escasas novedades se han producido en el lapso temporal que cubre en esta ocasión la presente crónica. Solamente una modificación del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia (*DOCE* de 8 de julio de 2008, L 179/12), otras modificaciones del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia (*DOCE* de 29 de julio de 2008, L 200/18 y L 200/20), y por último un Libro Verde sobre «la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores» (6 de marzo de 2008, COM(2008) 128 final).

Modificación del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia (*DOCE* 8 de julio de 2008, L 179/12).

Las reformas tienen razones de ser diversas. En primer lugar, se modifica el artículo 24.7 a fin de que el Parlamento, como órgano legislativo, tenga la

* Profesor titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona

misma posibilidad que el Consejo y la Comisión de intervenir en un procedimiento de cuestión incidental de ilegalidad, cuando por la vía del artículo 241 del Tratado se alega la inaplicabilidad de uno de sus actos normativos llevados a cabo junto con el Consejo. No tenía sentido que, en estos casos, no se diera traslado de los escritos dispositivos de las partes al Parlamento igual que al resto de Instituciones citadas y, por ello, se ha realizado esta reforma.

El segundo grupo de reformas tienen por finalidad dar mayor eficacia o rapidez al procedimiento. En los casos en que la «*dificultad de las cuestiones de derecho o la importancia del asunto o las circunstancias particulares lo justifiquen*», el artículo 14 RPTPI permite atribuir el asunto al Pleno, a la Gran Sala, o a una Sala de composición distinta. Pues bien, la reforma del artículo 51.1, última frase, suprime el trámite de audiencia a las partes antes de tomar dicha decisión, resolviéndose esa cuestión directamente por el pleno, previa audiencia únicamente del abogado general.

Por otra parte, se amplían las posibilidades establecidas en el artículo 77 RPTPI de suspensión del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, puesto que ahora la podrá decretar el Tribunal de oficio «*si así lo exige la recta administración de justicia*», lo que equivale a otorgarle poderes casi discrecionales en esta materia.

Por añadidura, en los procesos de propiedad intelectual se favorece la no celebración de la vista, con la introducción de un nuevo artículo 135 *bis*. El Tribunal, con el informe del ponente y audiencia del abogado general y las partes, puede decidir resolver el asunto sin vista a menos que una de las partes se oponga fundadamente. Tal y como ha quedado redactado el artículo, parece que bastaría esa oposición fundada para forzar la vista. No obstante, no creo que sea esta la interpretación que se imponga, sino que el Tribunal de Primera Instancia considerará libremente la celebración o no de vista previo examen de las razones alegadas.

Además, reformándose el artículo 100 RPTPI, se amplían las posibilidades de escritos procesales a través de fax o del correo electrónico u otros medios telemáticos, posibilidad vedada hasta el momento a las sentencias y autos del Tribunal de Primera Instancia. A partir de ahora, en coherencia con la evolución de los tiempos, se amplía la citada posibilidad a dichos escritos, incluso en los supuestos de notificación a Estados Miembros e Instituciones que no fueron parte (art. 55 ECE).

Modificaciones del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia (DOCE 29 de julio de 2008, L 200/18 y L 200/20).

Las reformas operadas se refieren exclusivamente al procedimiento de reexamen. En anteriores crónicas destacamos algunas de las lagunas de dicho procedimiento, dado que el régimen establecido en los artículos 62, 62 *bis* y *ter* ECE era claramente insuficiente. Ahora vienen a ser integradas sólo en parte con la introducción de un nuevo «título cuarto *bis*» en el RPTJ, con el rótulo «Del reexamen de las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia» (arts. 123 *bis* a 123 *sexies*). Pero falta una normativa mucho más completa del procedimiento. No se debería regular un procedimiento tan relevante solamente a retazos, sino que habría que afrontar dicha regulación exactamente igual que en su día se llevó a cabo la del recurso de casación, por ejemplo, para eliminar todo género de dudas y lagunas que puedan surgir y que, ahora mismo, indudablemente subsisten.

Aun sin descender en los detalles más burocráticos de dicho procedimiento (que son los que ocupan en buena medida la reforma), las novedades más relevantes son que se prevé la constitución de una Sala especial formada por el presidente del Tribunal de Justicia, y cuatro presidentes de Salas de cinco jueces, para decidir si procede analizar la solicitud de reexamen, lo cual evitará que tenga que ser el Pleno en todo caso quien lo decida (art. 123 *ter*). La decisión se adoptará previo informe del ponente, siendo comunicada, igual que la resolución definitiva del Tribunal de Primera Instancia, a todos los sujetos interesados en el procedimiento ante dicho Tribunal, incluido el órgano jurisdiccional nacional en el caso de que el reexamen sobrevenga a consecuencia de una sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia en un procedimiento de cuestión prejudicial (art. 123 *quinquies* y *sexies*, y no «quinto» y «sexto» como ha indicado indebidamente la traducción, si se quiere respetar la serie *bis*, *ter*, *quater*, etc, cuestión puramente formal, que no afecta al fondo de las disposiciones en absoluto, y que señalo con el máximo respeto).

Como decía, se dan muy pocos detalles del procedimiento, pero se concreta que el plazo de las partes para presentar alegaciones será de un mes. Por otra parte, no será el primer abogado general el que asumirá la dirección procesal del procedimiento de reexamen, pese a ser el legitimado para proponerlo (art. 62 ECE), sino que el mismo encomendará dicha dirección a otro abogado general.

Por lo demás, a través del artículo 123 *sexies* sabemos ahora que en el reexamen intervendrá un ponente que podrá proponer medidas preparatorias, así como la convocatoria de una vista, con lo que queda abierta, desde ahora, esta última posibilidad que quizás no era esperable en un procedimiento que debe ser «de urgencia», según el artículo 62 *bis* ECE. Por último, se hace una lógica referencia a la imposición de costas, que deberá ser decidida por el Tribunal de Justicia, en el caso de reexámenes que no provengan de cuestiones prejudiciales.

Libro Verde sobre «la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores» (6 de marzo de 2008, COM(2008) 128 final).

Este documento pretende avanzar en el difícil camino de, si se me permite la expresión, libre circulación de procesos en la Unión Europea. Para que los procesos transnacionales sean una auténtica y frecuente realidad en la Unión, no existe otro remedio que mejorar, en primer lugar, los mecanismos de ejecución de las sentencias, de cara a que la localización y selección de los bienes embargables sea sencilla, y no venga cubierta por el muro de la internacionalidad y las dificultades de todo tipo para localizar dichos activos. Son ya varias las iniciativas de todo tipo en la Unión Europea enfocadas a esta finalidad, de entre las que merecería la pena destacar el Reglamento (CE) núm. 805/2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, y otro libro verde, el que lleva por título «sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: embargo de activos bancarios» (COM(2006) 0618), objeto de una Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2007 (*DOCE* 16 de octubre de 2008, C 263 E/655).

Sea como fuere, estos libros verdes no son más que tomas de contacto para reunir ideas en torno a la consecución de un mismo fin: la mejora de la eficacia de los procesos de ejecución transnacionales. Pero sobre todo sirven

para identificar problemas, que es la manera de que surjan las mejores soluciones. En concreto, en este libro verde se constata la dificultad para localizar los datos personales de los ejecutados, las diferentes normativas de ejecución, los distintos sistemas nacionales de localización de bienes, la opacidad patrimonial aún vigente en muchos Estados Miembros, en buena medida como consecuencia de las posibles vulneraciones del derecho a la intimidad derivadas de la exigencia de que estos datos sean aportados por las Administraciones Fiscales y de Seguridad Social, o bien la falta en muchos países de la medida ejecutiva consistente en que el ejecutado declare sobre sus datos patrimoniales, manifestación de bienes inútil muchísimas veces en España, ante la práctica imposibilidad de corregir la resistencia del ejecutado. En el mismo documento se formulan una serie de preguntas al hilo de estos problemas, y se tratan de apuntar algunas vías de mejora para favorecer, entre otros aspectos, el mutuo conocimiento de las diferentes normativas de ejecución.

III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

1. Marco Común de Referencia

Consejo Europeo de Bruselas, 18 y 19 de junio de 2008 [Bruselas, 17 de julio de 2008 (23.07) (OR. en) 11018/1/08 REV 1 CO_CL 2]

La conclusión número 21 es escueta y se refiere a la necesidad de continuar con los trabajos relativos a la elaboración del MCR.

Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo [P6_TA-PROV(2008)0397] B6-0374/2008

El Parlamento, que de nuevo vuelve a reclamar su necesaria implicación en el proceso de aprobación del MCR, constata que el Proyecto académico de Marco Común de Referencia (MCR) ya fue presentado a la Comisión a finales de 2007 y recuerda que está sometido a un proceso de evaluación por parte, por un lado, de la red de expertos y, por el otro, de la Comisión, con el fin de determinar qué partes del proyecto de MCR se van a integrar en un próximo documento (por ejemplo, un Libro Blanco). El Parlamento entiende que se está ante un proceso eminentemente político y pide a la Comisión que presente un plan detallado y transparente sobre la forma en que se organizará y coordinará el proceso de selección que conducirá a la elaboración de este último documento y la previsible coordinación entre todas las direcciones generales implicadas. Además, pide a la Comisión que vele por que el proyecto de MCR esté disponible en el mayor número posible de lenguas y se muestra partidario de que sea la Dirección General de Justicia, Libertad y

* Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR 00759.

Seguridad, la encargada de su redacción, con plena participación de todas las demás direcciones generales competentes. La razón es que el MCR va mucho más allá del Derecho contractual en materia de consumo. Señala, además, que el documento de la Comisión constituirá la base de la decisión de las instituciones europeas y de todas las partes interesadas sobre la finalidad futura del MCR, su contenido y su efecto jurídico, que puede variar desde un instrumento legislativo no vinculante hasta ser la base de un instrumento opcional en el Derecho contractual europeo. Cree también que deben adoptarse medidas para garantizar su actualización regular a fin de reflejar en él los cambios y la evolución nacional en el Derecho contractual. El Parlamento vuelve a insistir en la necesidad de que se tenga en cuenta que el MCR debe ser un instrumento para legislar mejor y constituir un conjunto de orientaciones no vinculantes que deben utilizarse a escala comunitaria. De ahí que considere que su contenido deba ser lo más amplio posible y, por tanto, que en la fase actual, no tienen por qué excluirse materias. Insiste en que debe haber consultas públicas, lo más amplias posibles, para garantizar una aportación equilibrada de todas las partes interesadas. Pero, a la vez, considera factible ir mucho más allá de un instrumento legislativo y cree que podría convertirse en un instrumento opcional. En este caso sí que considera lógico que se limite a aquellos ámbitos en los que el legislador comunitario haya actuado o vaya a actuar probablemente en un futuro próximo, o que están estrechamente relacionados con el Derecho contractual.

Propone también que, de utilizarse como instrumento legislativo no vinculante, las partes pertinentes del MCR se adjunten a cualquier propuesta legislativa o comunicación futura elaborada por la Comisión que afecte al Derecho contractual, con objeto de garantizar que el legislador comunitario lo tiene en cuenta.

Propuesta de Directiva del Consejo y el Parlamento europeo, sobre los derechos de los consumidores, presentada por la Comisión [Bruselas, 8 de octubre de 2008, COM (2008) 614 final, 2008/0196 (COD)].

Es la primera propuesta sobre la Directiva horizontal, cuya redacción ha ido precedida de las consultas formuladas en el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea. Persigue dotar al derecho contractual comunitario de un marco de protección común elevado en beneficio de los consumidores. La directiva es de máximos (art. 4) y con ella se trata de evitar la fragmentación legislativa actual, porque ello incrementa los costes de transacción, reduce la confianza de los consumidores en la contratación más allá de las fronteras geográficas de su lugar de residencia, y, por ende, retrasa el objetivo de conseguir una libre circulación de mercancías y servicios en el mercado interior. Con todo, la propuesta sólo incluye la revisión de cuatro directivas (contratos fuera de establecimientos comerciales, cláusulas abusivas y garantías en las ventas de consumo). Se regulan los aspectos comunes de manera sistemática, se simplifican y actualizan las normas (destaca la nueva regulación del derecho de desistimiento y el contenido de los deberes de información) y se eliminan lagunas e inconsistencias en la regulación actual. La propuesta consta de 50 artículos y 4 anexos: uno, sobre el formulario estandarizado que se debe entregar al consumidor para ejercer el derecho de desistimiento; otro, con la lista de cláusulas que en todo caso son abusivas; el tercero, con la lista de las cláusulas que podrían considerarse abusivas; el cuarto contiene las concordancias entre la antigua numeración de

las directivas implicadas y la que resulta de los nuevos preceptos de la directiva horizontal.

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR*

En plena vorágine de la crisis hipotecaria, financiera e inmobiliaria (comenzada en septiembre de 2007), cobra especial relevancia cómo se está estructurando y cómo puede afectar todo ello al proceso de armonización de los derechos reales en Europa. Por una parte, los trabajos del *Common frame of reference* (enero 2008) excluyen expresamente de la propuesta de regulación que realizan todo lo relacionado con los derechos reales sobre bienes inmuebles (Libro I, art. I:101). Por otra, la última resolución del Parlamento Europeo va en este mismo sentido (Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo; B6-0374/2008). En consecuencia, analizaremos otras iniciativas europeas más relacionadas con la cuestión que nos ocupa, así como los trabajos doctrinales.

Comenzando por los trabajos que desarrollan las subcomisiones que desarrollan el Libro Blanco sobre la armonización del crédito hipotecario en Europa (http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home_loans/integration_en.htm#study), debemos remarcar simplemente que se encuentra en fase de estudio de costes y beneficios de las diferentes opciones políticas en relación al crédito hipotecario.

En relación con España, desde el 11 de marzo de 2008 se conoce la existencia del Proyecto de Decreto que desarrollará la Ley 41/2007 (que habíamos comentado en alguna crónica y que pretendía la flexibilización de la hipoteca española, siguiendo las directrices de la Eurohipoteca y de la tendencia en otros países europeos) y aunque la audiencia pública finalizó en abril y en agosto se hizo una nota de prensa anunciándolo, aún no se sabe nada.

Donde sí que hay una novedad es en un Borrador español de Anteproyecto de Ley sobre las SOCIMI (Versión 9 de octubre de 2008 de la Dirección General de Tributos) que introducirán en España, después de mucha insistencia de los operadores y de la doctrina, algo que ya lleva existiendo varias decenas de años en otros países tanto europeos como del resto del mundo: los *real-estate investment trusts* (REITs). Los REITs en derecho comparado pretenden, mediante estructuras societarias o de trust, la promoción de los inmuebles, incluyendo el dominio, la hipoteca, los alquileres, las promociones especializadas, etc., con fuertes incentivos fiscales. Las SOCIMI españolas parecen aparecer sólo como promoción del alquiler (primer error) y con estructura sólo societaria (segundo error). Parece que vamos a estar ante una segunda versión de los infructuosos Fondos de Inversión Inmobiliaria de la Ley 35/2003, si las siguientes fases del Proyecto no lo remedian.

Por lo que se refiere a los trabajos doctrinales, sigue avanzando el estudio liderado por el profesor Van Erp, del *Casebook* sobre *Property Law* en el seno de la colección «*Ius commune casebooks for the common law of Europe*», de la cual es General Editor Walter van Gerven (<http://www.casebooks.eu/property/>).

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

Por su parte, diversos son los grupos que continúan trabajando sobre derechos reales en el Proyecto *Common Core* de la Universidad de Trento (http://www.common-core.org/property_quest.html): el Grupo sobre propiedad de la información, Grupo sobre derechos reales de garantía sobre inmuebles, Derecho patrimonial de familia, Derechos reales limitados sobre inmuebles y Transmisión de la propiedad inmueble.

Respecto a los trabajos llevados a cabo por la *Runder Tisch* auspiciada por la *Verband Deutscher Pfandbriefbanken* sobre *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, ha finalizado, tras su reunión en septiembre, sus trabajos principales sobre los sistemas hipotecarios y registrales en la Europa Central y del Este. Tras la publicación de los diversos dictámenes hasta este momento en dos volúmenes, la última publicación, que se realizará en inglés y que se espera para finales de 2008-principios de 2009, constará esencialmente de más de 100 mapas con un estudio comparativo de los elementos esenciales de la eficiencia de la hipoteca en 22 países: naturaleza jurídica, requisitos de publicidad, accesibilidad, protección del hipotecante, ejecución, insolvencia y cuestiones prácticas. Será una herramienta realmente útil, especialmente interpretada junto a los informes, para poder comprender en profundidad los sistemas hipotecarios de esos países, encaminándolo esencialmente hacia maximizar la utilidad de la hipoteca y con la intención de crear un mercado hipotecario común.

El *Working Team on Credit Securities* en el *Max-Planck-Institut für Ausländisches u. Internationales Privatrecht* (<http://www.mpipriv.de/ww/en/pub/research.cfm>), bajo la dirección del profesor Ulrich Drobnig, que desde el año 2000 es integrante del SGECC, trata principalmente las garantías personales, aunque también específicamente los derechos reales de garantías sobre bienes muebles. Publicados en 2007 los *Principles of European Law on Personal Security* (PEL Pers. Sec.), Sellier Publishers, Munich, 2007, 567 pp., trabajan en la actualidad en las garantías reales sobre bienes muebles, excluyendo de su estudio las garantías sobre bienes inmuebles.

Por último, destacar en algunos breves:

a) La celebración del Congreso Internacional 2008 de la *European Network for Housing Research* (6 a 9 de julio de 2008) (www.enhr2008.com), donde se trataron, como habitualmente, muchísimos aspectos en relación a la vivienda, pero este año especialmente centrados en la crisis inmobiliaria y las malas praxis del pasado, con una importante presencia de componentes jurídicos, especialmente en sus *workshops* sobre *Housing Finance and Regulation* y el de *Legal Aspects of Housing, Land and Planning*. Los trabajos de este último serán publicados en Estados Unidos.

b) Durante mayo y junio de 2008 se celebró, en Barcelona en la sede del Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, el «Curso de Crédito Hipotecario», organizado por la Universidad Rovira i Virgili y su Fundación (www.fundacio.urv.es), donde se analizó, en clave española, europea e internacional, la actual situación del mercado hipotecario y donde intervinieron sus más relevantes protagonistas del mundo de la banca, las finanzas, el derecho, las intermediarias, los analistas y las aseguradoras. Está prevista su segunda edición para el año 2009.

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

Las dos cuestiones más relevantes ocurridas en el periodo al que se refiere esta crónica son las dificultades surgidas en las negociaciones del Reglamento Roma III sobre la ley aplicable al divorcio y la sentencia dictada por el TJCE en relación al asunto Grunkin-Paul, cuya importancia trasciende el concreto ámbito del Derecho de familia, el Derecho del nombre, al que se refiere.

1. Legislación: ¿Cooperación reforzada en materia de Divorcio internacional?

El intento de unificar las normas de conflicto en materia de divorcio está resultando más complejo de lo que la Comisión había previsto. La Propuesta presentada en 2006 [COM (2006), 399 final, 2006/0135 (CNS)] ha dado lugar a un enfrentamiento que gira entorno a la ley aplicable en defecto de elección de ley por las partes. La Propuesta contenía una norma de conflicto clásica con puntos de conexión subsidiarios, designando, en primer lugar, la ley, el Estado de la residencia habitual común; en su defecto, la ley del Estado de la última residencia habitual común si uno de los cónyuges sigue residiendo allí; en su defecto, la ley de la nacionalidad común, y, finalmente, como cláusula de cierre la ley del tribunal competente o *lex fori*. El contenido del Derecho designado e incluso el hecho de que el Derecho designado fuera el de un Estado tercero no tenía papel alguno en la elección de ley aplicable.

El texto propuesto no fue del agrado de algunos Estados miembros, que como los Países Bajos, Irlanda y el Reino Unido, Suecia y Finlandia, aplican, en materia de divorcio, la ley del foro. Las principales objeciones las formuló Suecia. Para este Estado miembro el derecho al divorcio es un derecho fundamental de la persona. Entienden que dicho derecho se ve afectado por una propuesta *a)* que permite que resulte aplicable un Derecho material extranjero que restrinja la libertad de los esposos de poner fin a su matrimonio, *b)* que al designar como derecho aplicable un Derecho extranjero incrementa los costes del ejercicio del derecho fundamental.

No se ha logrado, por consiguiente, la unanimidad necesaria para adoptar el Reglamento. Frente a esta situación de bloqueo un grupo de nueve Estados miembros, Austria, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Rumanía, ha solicitado la utilización del mecanismo de la cooperación reforzada introducido en el Derecho comunitario por el Tratado de Amsterdam. Este mecanismo permitiría que el futuro Reglamento fuera adoptado y, por consiguiente, resultara aplicable entre un grupo de Estados miembros, quedando el resto al margen. No ha sido hasta la fecha utilizado en ninguna ocasión, razón por la cual suscita reticencias, especialmente en el Consejo, que teme, que, de prosperar la iniciativa, se extienda a otros ámbitos, contribuyendo al proceso de fragmentación del Derecho comunitario.

La situación creada resulta, por tanto, de interés para la evolución del Derecho comunitario en general. Desde el punto de vista del Derecho de familia europeo se ponen de manifiesto las limitaciones de la aproximación

* Catedrática de Derecho Internacional Privado (Universidad de Barcelona).

actual del Derecho comunitario a los temas de Derecho de familia. La unificación del DIPr no puede prosperar si no existe un consenso mínimo en torno a los valores de tipo material que se quieren promover. Las normas de conflicto no son ni pueden ser neutras. Por tanto el DIPr tiene importantes limitaciones si no va acompañado de la armonización del Derecho material.

2. **Jurisprudencia: STJCE de 14 de octubre de 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul***

La esperada sentencia en el asunto Grunkin-Paul ha visto finalmente la luz. Esta es la segunda decisión que dicta el Tribunal de Justicia sobre un asunto en apariencia intrascendente que puede, sin embargo, tener consecuencias revolucionarias para el DIPr y el Derecho de familia europeos. Si con anterioridad, en la decisión de 27 de abril de 2006 (C-96/04, Rec., p. I-3561), el TJCE pudo escabullirse y declararse incompetente, arguyendo que el órgano requirente no ejercía una función jurisdiccional, en esta ocasión el Tribunal tuvo que finalmente entrar en el fondo.

Recordemos los hechos. Un niño de nacionalidad alemana, hijo de padres también alemanes, nace en Dinamarca, donde es inscrito con el nombre de Leonard Mathias Grunkin-Paul, que se le otorga de acuerdo con lo dispuesto en el Derecho danés, que es el ordenamiento jurídico que rige, de acuerdo con el DIPr danés, que sujeta nombre y apellidos a la ley del domicilio. Los servicios del Registro civil alemán denegaron, sin embargo, el reconocimiento del apellido del niño habida cuenta que el artículo 10 EGBGB dispone que el nombre de las personas físicas ha de determinarse conforme a la ley de su nacionalidad y el Derecho alemán no permite que un niño lleve un apellido compuesto por los apellidos de su padre y su madre, si éstos no han optado, a su vez, por un apellido compuesto como nombre de familia. Los padres del Leonard Mathias no habían, en efecto, utilizado nunca un apellido común.

Se solicitó a los padres que determinaran de común acuerdo el apellido del niño conforme al artículo 1617.1 BGB, a lo que se negaron. El Registro civil de Niebüll solicitó, por consiguiente, al Tribunal de primera instancia de la ciudad de Niebüll, que confiriera el derecho a determinar el apellido a uno de los progenitores en aplicación de los artículos 1617.2 y 3 BGB. Es en este momento cuando el Tribunal de Primera Instancia planteó el primer recurso prejudicial, resuelto el 27 de abril de 2006. El TJCE se declaró incompetente por entender que el Tribunal de primera instancia no estaba resolviendo ninguna controversia. En esa fase del procedimiento el Tribunal debía en efecto actuar como una autoridad administrativa designando al progenitor que debía elegir el apellido del niño.

El señor Grunkin y la señora Paul no cejaron, sin embargo, en su empeño de obtener un pronunciamiento del TJCE que obligara a las autoridades alemanas a reconocer el apellido que le había sido dado a su hijo en Dinamarca. Tres días después de haber recaído la primera sentencia del TJCE volvieron a solicitar al Registro civil de Niebüll que inscribiera a Leonard Mathias con el apellido de Grunkin-Paul. La solicitud fue denegada porque el Derecho alemán en materia de apellido no lo permitía. El 6 de mayo se presenta demanda frente al Tribunal de Primera Instancia de Flensburg solicitando que se ordene al Registro civil reconocer el apellido tal y como fue determinado en Dinamarca. Es en este punto cuando el Tribunal alemán decide volver a plantear un recurso prejudicial. La concreta cuestión prejudicial que se presenta es la siguiente: «Dada la prohibición de discriminación contenida en el

artículo 12 CE y habida cuenta del derecho a libre circulación que confiere el artículo 18 CE a todos los ciudadanos de la Unión, ¿es compatible con dichas disposiciones la regla alemana en materia de conflicto de leyes prevista por el artículo 10 de la EGBGB, en la medida en que vincula las normas que regulan el apellido de una persona exclusivamente a la nacionalidad?

El Tribunal de Justicia empieza reformulando la pregunta para plantearla en términos de reconocimiento. En esencia, entiende el Tribunal, lo que se pregunta es si los artículos 12 y 18 CE se oponen a que las autoridades competentes del Estado miembro de la nacionalidad de un niño denieguen el reconocimiento del apellido de ese niño, tal y como ha sido determinado e inscrito en el Estado miembro en el que el niño nació y reside.

El Tribunal de Justicia concluye resolviendo que el artículo 18 CE se opone «en circunstancias como las del litigio principal», a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido tal y como ha sido determinado en otro Estado miembro. Inicia su razonamiento afirmando que la cuestión entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, ya que, si bien las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia, salvo si se trata de situaciones internas. El vínculo con el Derecho comunitario existe en el caso de niños que son nacionales de un Estado miembro y residen en otro Estado miembro.

Constatada la inclusión de la cuestión planteada en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal analiza si existe discriminación por razón de nacionalidad u obstáculo al ejercicio de la libertad de circulación. A este respecto el Tribunal señala que toda vez que el niño y sus padres son alemanes y la norma de conflicto alemana remite al Derecho alemán, no existe discriminación por razón de nacionalidad. Se aprecia, en cambio, vulneración del derecho de libre circulación a partir de un razonamiento de estricto Derecho comunitario. Una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro es una restricción a la libertad reconocida en el artículo 18 CE. La disparidad de apellidos puede, en efecto, causar graves inconvenientes a los interesados tal y como el Tribunal ya había establecido con carácter previo en el asunto *García Avelló* (sentencia de 2 de octubre de 2003, C-148/02, Rec., p. I.11613).

El obstáculo a la libre circulación resultante sólo puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas y es proporcional al objetivo perseguido. Ninguno de los motivos invocados por el Gobierno alemán, que había alegado que la conexión nacionalidad constituye un criterio objetivo y estable, que garantiza la unidad de apellidos entre los hermanos y que el apellido de todos los nacionales se determine de la misma manera, y presenta ventajas de facilidad administrativa, justifica según el TJCE la negativa a reconocer el apellido del niño *Leonard Mathias*. Si el objetivo de la conexión nacionalidad es que un apellido se determine de forma continuada y estable, lo cierto es que lleva, en circunstancias como las que se dan en el caso *Grunkin*, precisamente al resultado contrario. El objetivo de garantizar la unidad del apellido entre los hermanos no es relevante, pues ese problema no se plantea en el litigio principal. El Derecho alemán reconoce, por otra parte, excepciones dentro de su sistema de determinación de nombre y apellidos que demostrarían que no resulta imprescindible que el nombre de todos los nacionales alemanes se construya de la misma manera. Las consideraciones de facilidad administra-

tiva no bastarían tampoco para justificar un obstáculo a la libre circulación. Además el Tribunal constata que no se ha invocado ninguna causa específica de denegación del reconocimiento tal y como que el apellido otorgado en Dinamarca fuera contrario al orden público. Por consiguiente acaba resolviendo que la denegación del reconocimiento del apellido otorgado al niño en Dinamarca es un obstáculo a la libre circulación que no está justificado y, por tanto, resulta incompatible con el Derecho comunitario.

Es pronto todavía para un análisis de todas las implicaciones de esta sentencia. Se pueden, sin embargo, apuntar dos reflexiones. El Derecho comunitario puede obligar a un cambio metodológico del DIPr, sustituyendo en algunos casos la técnica conflictual por la técnica del reconocimiento. Las posibilidades de denegar la validez de situaciones jurídicas creadas en otro Estado miembro se verían enormemente restringida. Siendo esto así la necesidad de armonizar el Derecho material sería cada vez más evidente.

VI. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO*

1. Jurisprudencia

STJCE de 5 de junio de 2008 – Comisión de las Comunidades Europeas versus República Federal de Alemania. Asunto C-395/07.

Directiva 2004/48/CE – Respeto a los derechos de propiedad intelectual, no adaptación del ordenamiento jurídico interno dentro del plazo establecido: «Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, al no haber adoptado, dentro del plazo establecido, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva. Condenar en costas a la República Federal de Alemania».

STJCE de 9 de octubre de 2008 en el asunto C-304/07 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por el BGH (Alemania) mediante resolución de 24 de mayo de 2007. Partes implicadas: Directmedia Publishing GMBH v. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. *Vid. infra*, sección Jurisprudencia del TJCE.

2. Legislación

Proyecto de Ley relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (*BOCG*, CD, IX Legislatura, Serie A: proyectos de ley, núm. 6-1, de 9 de julio de 2008). El objeto de este Proyecto de Ley es adaptar la regulación del derecho de participación a lo dispuesto en la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de

* Profesora Titular de Derecho Civil (Universitat Autònoma de Barcelona).

septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

El derecho de participación se define como la participación a que tiene derecho el autor (sus derechohabientes tras su muerte o declaración de fallecimiento, *ex art. 2.1*) en un porcentaje del precio de reventa de la obra y se aplica, con la modificación legislativa, a aquellas reventas en las que inter venga un profesional del mercado del arte como comprador, vendedor o intermediario (salas de venta, salas de subastas, galerías de arte, marchantes de obras de arte y cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado, *ex art. 3.1*). Se incorpora así la figura del profesional del mercado del arte que actúa a través de internet (art. 3.2). En este sentido, las reventas que quedan excluidas son aquellas que se realizan directamente entre particulares que actúen a título privado sin la participación de un profesional del mercado del arte. También se eximen de este derecho las reventas con carácter promocional, que son aquellas que tienen lugar en los supuestos en que la obra ha sido directamente adquirida del autor. Los profesionales del mercado del arte responderán solidariamente con el vendedor del pago del derecho de participación (art. 10).

El derecho de participación nace cuando el precio de la reventa sea igual o superior a 3.000 euros (art. 4). En contraste con el sistema todavía vigente de porcentaje único, el proyecto establece un sistema de porcentajes decreciente por tramos de precios completándose con la previsión de que el obligado no pagará en ningún caso más de 12.500 euros como consecuencia de la aplicación del derecho de participación (art. 5). Tal derecho de participación se hará efectivo obligatoriamente a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (art. 7). Es un derecho inalienable, irrenunciable y transmisible *mortis causa*. Se extinguirá a los 70 años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor (art. 6). El plazo de prescripción para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte será de tres años a contar desde la notificación de la reventa (art. 12).

VII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA*

I. Legislación

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 339/93 (*DO L 218*, 13 de agosto de 2008, pp. 30 ss.).

* Profesora contratada doctor de Derecho Civil (Universidad de Santiago de Compostela).

Este Reglamento, que entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, será aplicable a partir del 1 de enero de 2010 (art. 44). Debe considerarse complementario de la Decisión núm. 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre un marco común para la comercialización de los productos. Respecto de la Directiva 2001/95/CE, refuerza los mecanismos de vigilancia del mercado establecidos para los productos que planteen riesgos graves (cdo. 7). La norma establece normas sobre la organización y el funcionamiento de la acreditación de organismos de evaluación de la conformidad que llevan a cabo actividades de evaluación de la conformidad, ofrece un marco para la vigilancia del mercado de los productos y para los controles de los productos procedentes de terceros países; finalmente, establece los principios generales relativo al mercado CE (art. 1. *Objeto y ámbito de aplicación*).

B. LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (versión codificada) COM(2008) 98 final — 2008/0049 (COD) (*DO C* 224 de 30 de agosto de 2008, p. 39).

Comunicación de la Comisión sobre el alcance de la responsabilidad de las compañías aéreas y los aeropuertos en caso de destrucción, daños o pérdida de equipos de movilidad de pasajeros aéreos con movilidad reducida en el transporte aéreo [COM(2008)510 - Bruselas, 7 de agosto de 2008].

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

Real Decreto 1245/2008, de 18 julio, por el que se modifica la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, aprobada por el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio (BOE núm. 184, de 31 de julio de 2008, pp. 32976-32978). El RD 1245/2008 transpone en el derecho interno la Directiva 2007/68/CE de la Comisión, de 27 de noviembre de 2007, que modifica el anexo III bis de la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por lo que se refiere a determinados ingredientes alimentarios.

Real Decreto 1507/2008, de 12 septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor (*BOE* núm. 222 de 13 de septiembre de 2008, pp. 37487-37494). La norma aprueba un nuevo Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor para adaptarlo a las modificaciones introducidas en la configuración de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y en

la del seguro que obligatoriamente la cubre por la Ley 21/2007, de 11 de julio. Ha de tenerse en cuenta que buena parte de las modificaciones introducidas son consecuencia de la transposición de la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (Quinta Directiva del seguro de automóviles). Por tanto, el RD 1507/2008, que entrará en vigor al mes de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (disposición final segunda), deroga el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, y el Real Decreto 299/2004, de 20 de febrero, por el que se modifica el Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero (disposición derogatoria única).

Real Decreto 1644/2008, de 10 de octubre, por el que se establecen las normas para la comercialización y puesta en servicio de las máquinas (*BOE* núm. 246, de 11 de octubre de 2008, pp. 40995-41030). La norma transpone en el derecho español la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE (art. 1. *Objeto y ámbito de aplicación; y disposición adicional tercera. Incorporación del derecho comunitario europeo y referencias a directivas derogadas*). La fecha límite de incorporación era el 29 de junio de 2008; en todo caso, la propia directiva señalaba el 29 de diciembre de 2009 como la fecha a partir de la cual deben aplicarse efectivamente sus disposiciones. Así, este RD entrará en vigor el día 29 de diciembre de 2009, excepto el artículo 14, donde se regula el procedimiento de autorización y notificación de los organismos de control españoles para la aplicación de los procedimientos de certificación, que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (disposición final cuarta). Consecuencia de la entrada en vigor de este RD se derogan (disposición derogatoria única) el Real Decreto 1435/1992, de 27 de noviembre, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Consejo 89/392/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre máquinas; el Real Decreto 56/1995, de 20 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1435/1992, de 27 de noviembre, relativo a las disposiciones de aplicación de la Directiva del Consejo 89/392/CEE, sobre máquinas; y el Reglamento de aparatos elevadores para obras, aprobado por Orden de 23 de mayo de 1977. Por otra parte, se aprovecha para modificar el Real Decreto 1314/1997, de 1 de agosto, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/16/CE, sobre ascensores (disposición final primera).

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, el marcado CE se presenta como signo externo de conformidad de las máquinas [*vid.* art. 2.1.a) *Definiciones*] con los requisitos esenciales y es el único marcado que garantiza dicha conformidad. A propósito del certificado de examen CE de tipo, el organismo notificado tendrá la responsabilidad constante de garantizar que el certificado de examen CE de tipo siga siendo válido; por su parte, el fabrican-

te de la máquina de que se trate tendrá la responsabilidad constante de garantizar que dicha máquina se ajusta al estado de la técnica correspondiente (Anexo IX, apartado 9). A su vez, el organismo deberá suscribir un seguro de responsabilidad civil, a menos que dicha responsabilidad esté cubierta por el Estado en la forma que se determine, o que sea la propia Administración la que lleve a cabo los ensayos directamente (Anexo XI *Criterios mínimos que se deberán tener en cuenta para la notificación de organismos*, apartado 6).

II. Jurisprudencia

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad por la contaminación por hidrocarburos – Principio «quien contamina paga»– La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 24 de junio de 2008, en el asunto C-188/07, resolvió una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la *Cour de cassation* (Francia), mediante resolución de 28 de marzo de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de abril de 2007, en el procedimiento entre *Commune de Mesquer* y Total France SA, Total International Ltd. El tribunal concluye que, si el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos no asume los costes relativos a la eliminación de los residuos generados por un vertido accidental de hidrocarburos en el mar o no puede asumirlos por haberse alcanzado el límite máximo de indemnización previsto para ese siniestro y si, con arreglo a las limitaciones y/o exenciones de responsabilidad establecidas, el Derecho nacional de un Estado miembro, incluido el derivado de convenios internacionales, impide que tales costes recaigan sobre el propietario del buque y/o el fletador de éste, aun cuando éstos deban calificarse de «poseedores» en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva 75/442, en su versión modificada por la Decisión 96/350, tal Derecho nacional deberá permitir, para garantizar la correcta adaptación del ordenamiento jurídico interno al artículo 15 de dicha Directiva, que los costes recaigan sobre el productor del producto generador de los residuos así esparcidos. No obstante, de conformidad con el principio «quien contamina paga», sólo puede obligarse a tal productor a hacer frente a los referidos costes si, mediante su actividad, contribuyó al riesgo de que se produjera la contaminación ocasionada por el naufragio del buque.

Responsabilidad derivada de discriminación.–La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 17 de julio de 2008, en el asunto C-94/07, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el *Arbeitsgericht Bonn* (Alemania), en el procedimiento entre Andrea Raccanelli y el *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*. A la pregunta de qué consecuencias se derivan de una discriminación por razón de la nacionalidad, el tribunal responde que, en el supuesto de que el demandante en el procedimiento principal pueda alegar fundadamente un perjuicio ocasionado por la discriminación de que haya sido objeto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente dilucidar, a la vista de la legislación nacional aplicable en materia

de responsabilidad extracontractual, la índole de la reparación a la que pueda tener derecho.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 9 de septiembre de 2008, en los asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, señala que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de derecho al reconocer en las sentencias recurridas la existencia de un régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad derivada del ejercicio lícito de las actividades de ésta comprendidas en la esfera normativa. En este sentido declara que, en el estado actual de evolución del Derecho comunitario, no existe un régimen de responsabilidad que permita exigir la responsabilidad de la Comunidad por un comportamiento comprendido en la esfera de su competencia normativa, en una situación en la que la eventual disconformidad de tal comportamiento con los acuerdos OMC no puede ser invocada ante el juez comunitario.

C. Tribunal Supremo

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – STS núm. 332/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), 30 de abril de 2008.—En el supuesto, la compañía asegurada reclamaba a la empresa fabricante la cantidad abonada a la víctima por los daños causados en un comercio a consecuencia del incendio de un vehículo. El incendio del automóvil estuvo motivado por un defecto localizado en el motor. Respecto de la carga probatoria, la sentencia manifiesta que el artículo 5 de la Ley 22/1994 no debe ser interpretado aisladamente sino junto con el artículo 3. Así, la determinación de si el producto es o no defectuoso en atención a los parámetros establecidos en el propio artículo 3 no es estrictamente una cuestión de hecho sino una *quaestio iuris*; esta valoración jurídica del órgano judicial ha de partir del *factum* cuya prueba sí incumbe a la parte actora, dependiente el éxito de su pretensión únicamente de que demuestre que con motivo del uso de un producto fabricado por la entidad demandada se produjo un accidente inesperado, soportando tan sólo la carga de probar la realidad del accidente, la existencia del daño, y la del nexo causal entre éste y aquél y entre el accidente y el funcionamiento del producto.

VIII. DERECHO DE TRUSTS EN LA UNIÓN EUROPEA

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

El TS ante un *trust* norteamericano dirigido a ordenar la sucesión: la STS de 30 de abril de 2008 [RJ 2008/2685].

Las resoluciones españolas que se pronuncian sobre la figura angloamericana del *trust* son escasas por no decir prácticamente inexistentes. La falta

* Profesora Contratada Doctor (Universidad de Cantabria).

de litigiosidad en esta materia se debe a que, por lo general, el *trustee* no actúa nunca directamente, como tal, cuando debe operar con bienes que se encuentran en España. Para evitar los problemas ligados al desconocimiento de la figura en nuestro país, la solución más frecuente cuando el *trustee* de un *trust* constituido en el extranjero quiere realizar inversiones inmobiliarias en España es crear una sociedad de responsabilidad limitada, a la que se transmiten los bienes del *trust*. De esta forma, la gestión de los bienes se encuentra controlada por el *trustee*, que actúa en calidad de representante legal de la sociedad y los bienes se inscriben a nombre de la sociedad, obteniendo el efecto de la separación de patrimonios y la consiguiente limitación de responsabilidad (pueden verse a título de ejemplo los supuestos resueltos por las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, de 5 de julio de 2006 [RJ 2006/7205] y 11 de abril de 2007 [RJ 2007/4101]).

No obstante, también se dan algunos casos en que el constituyente del *trust* o el *trustee* no han sido tan previsores. Por ejemplo, el abordado por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 30 de abril de 2008, en que un ciudadano de nacionalidad norteamericana fallece con bienes inmuebles situados en España y que forman parte de un *trust* constituido para organizar su sucesión.

Dos esposos de nacionalidad norteamericana (Arizona) habían constituido un *revocable living trust* (*trust inter vivos* revocable) al que habían transmitido sus pólizas de seguro de vida. Los constituyentes del *trust* se habían autodeclarado *trustees*, junto con sus dos hijos, y beneficiarios vitalicios de los réditos generados por la gestión de los bienes. Al morir el primero de ellos, los bienes del *trust* debían dividirse entre distintos tipos de *trusts* (como veremos luego, probablemente por motivos fiscales): *trust* del esposo sobreviviente, *trust* del difunto, *trusts* separados para cada hijo y *trusts* separados para la descendencia de los hijos fallecidos. De acuerdo con el *trust* del difunto, en el caso de que el causante tuviera cualquier interés en bienes raíces o inmuebles en España al tiempo de su fallecimiento, dicho interés había de atribuirse en su totalidad al *trust* del que era beneficiaria su hija.

La organización de la sucesión se complementaba con un testamento en virtud del cual el marido disponía de su propiedad separada y de la mitad que le correspondiera en los bienes comunes con su esposa, del siguiente modo: legaba a su esposa sus propiedades mobiliarias de mayor valor, junto a los bienes inmuebles utilizados por él como lugar de residencia. El resto y residuo de sus propiedades debía pasar al *trust* y ser administrado en beneficio de sus dos hijos.

Fallece el esposo y el hijo designado representante personal de la herencia declara ante el tribunal de Arizona que ha recaudado todos los activos, pagado las deudas e impuestos y que ha distribuido los bienes a la persona que tiene derecho a ello. La controversia surge cuando la viuda vende el único bien inmueble en España, un chalet perteneciente por mitad y pro indiviso a los esposos y que la familia utilizaba como lugar de veraneo, a un tercero de buena fe protegido por el artículo 34 LH.

La hija del causante presenta demanda contra su madre y la adquirente del inmueble, por entender que, de acuerdo con el contenido del *trust*, le corresponden derechos sucesorios sobre el chalet. Solicita, entre otros extremos, que se anule la adjudicación de herencia sobre el inmueble, efectuada en su día por el representante legal de la herencia a favor de su madre, que se

anule la consecuente compraventa realizada sin su consentimiento, así como la inscripción registral a favor de la adquirente.

En Primera Instancia, el Tribunal núm. 1 de San Lorenzo del Escorial (30 de julio de 1997) reconoce haberse acreditado por la parte actora, de acuerdo con el artículo 12 CC, el derecho americano invocado en materia sucesoria y afirma que aparecen en autos, con la pertinente traducción, la declaración de *trust* y el testamento. No obstante, a la hora de aplicar el derecho americano al amparo del artículo 9.8 CC, sólo toma en consideración el testamento y entiende que de acuerdo con el mismo, la adjudicación del chalet efectuada por el representante legal a favor de su madre fue ajustada a derecho. Recuérdese que, según el *trust* del difunto, los inmuebles situados en España debían ir a parar al *trust* de la hija. Luego estamos ante un problema de interpretación entre diversos negocios en los que se destinan bienes para después de la muerte, el testamento y las escrituras de constitución del *trust*.

Las sentencias dictadas en apelación, por la Sección 21.^a de la Audiencia Provincial de Madrid (23 de noviembre de 2000) y en casación, por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (30 de abril de 2008), llegan al mismo resultado aunque siguen distinto razonamiento. En una primera fase, se vuelve a confirmar la aplicación del derecho americano a la sucesión, por ser éste el de la nacionalidad del causante (art. 9.8 CC) y hallarnos ante un *trust* dirigido a ordenar la sucesión. Compartimos el criterio del tribunal aunque, a nuestro entender, el TS se equivoca al calificar el *trust* como constituido «*mortis causa*» ya que el instituto comenzó a desplegar efectos desde el momento en que se transmitieron bienes al mismo con su constitución, es decir en vida de los constituyentes. Otra cosa es que las cláusulas relativas a la distribución del capital sólo produjeran efectos *mortis causa*. De ahí, precisamente, que los *revocable living trust* sean instrumentos, *inter vivos*, dirigidos a ordenar la sucesión.

En una segunda fase, y a diferencia de la postura mantenida en primera instancia, el tribunal considera que la parte recurrente no ha probado suficientemente el Derecho extranjero y aplica por ello, subsidiariamente y conforme a la doctrina seguida por el propio Tribunal en estos casos (SS 27 de diciembre de 2006 y 4 de julio de 2007), el derecho español. En aplicación del derecho de este ordenamiento y por ser el *trust* institución desconocida en España, se rechaza la validez de este instituto y se vuelve a tomar en consideración, exclusivamente, el testamento. El TS afirma que «no siendo reconocida la figura jurídica del *trust* ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio (el juez) se ha de limitar a aplicar las disposiciones del causante contenidas en su testamento en cuanto resultan válidas y conformes con nuestro derecho, a partir de las cuales resulta correcta la adjudicación de la mitad indivisa del chalet a que se ha hecho referencia».

Luego, ante la ausencia en DIP español de norma de conflicto específica en materia de *trust*, el TS recurre a la teoría de la calificación por la función para determinar la norma de conflicto aplicable. Es decir, que busca cuál es la función desempeñada por el *trust*, conforme al ordenamiento en virtud del cual se ha instituido (el norteamericano), para en un segundo momento, buscar una institución del Derecho español que desarrolle una función similar. No obstante, a la hora de aplicar el derecho español (por no haber sido suficientemente probado el derecho de Arizona), el tribunal prefiere negar validez alguna al *trust* antes que trasponer el instituto a alguna de las figuras conocidas por el derecho español. Solución que resulta, a nuestro entender, a todas luces desproporcionada.

Por una parte, la no transposición del *trust* se puede justificar por la desnaturalización que se produciría de trasponer el *trust* a nuestro derecho, con carácter general, en busca de una institución que desarrolle una función equivalente (una donación, un mandato, un negocio fiduciario, una sustitución fideicomisaria o cualquier otra de las figuras de *civil law* que cumple alguna, pero no todas las funciones del *trust*), pero no por ser la institución angloamericana una figura incompatible con nuestras normas de derecho sucesorio. Tal y como han demostrado otros países del derecho europeo continental que conocen el *trust* (Italia), con las necesarias reducciones dirigidas a salvaguardar los derechos forzosos de los legitimarios, la figura es perfectamente compatible con las normas sucesorias de un país que no conoce la libertad de testar.

Por otra parte, y siempre que el bien siga en el patrimonio del causante en el momento del fallecimiento, estamos ante un simple problema de interpretación de las cláusulas del testamento, en el que se dispone de bienes de forma distinta a como ya se había dispuesto antes, al constituir el *trust*. La superposición de *trusts*, tal y como aparece descrita en los antecedentes de hecho, obedece por lo general a consideraciones de naturaleza tributaria. Una de las razones por las que los ciudadanos norteamericanos constituyen un *trust* es evitar el complejo y costoso procedimiento del *probate*; otra de ellas, disminuir (y no por ello eludir) la carga tributaria que conlleva la transmisión de bienes *mortis causa*. Generalmente, este último propósito se logra mediante la constitución de un *AB trust*, conocido también como *bypass*, *credit shelter* o *life estate trust*. Al fallecimiento del primer cónyuge, el *revocable living trust* se estructura en dos *trusts* diferentes, que reciben distinto tratamiento fiscal. La parte que corresponde al cónyuge superviviente en los bienes comunes sigue en el originario *family trust* o *revocable living trust* (que a partir de ese momento es comúnmente conocido como *A trust* o *trust* del cónyuge superviviente), en las mismas condiciones que establecieron los cónyuges, de común acuerdo, en el documento constitutivo inicial. El cónyuge superviviente sigue conservando, por lo tanto, la facultad de modificar o revocar dicho *trust*, además de ser por lo general el único destinatario de los réditos generados por los bienes del *trust*. En cambio, la parte que corresponde al cónyuge difunto en los bienes comunes se transmite al *trust B* o *trust* del cónyuge difunto, un *trust* irrevocable (de ahí el diferente tratamiento fiscal) donde el cónyuge superviviente es también *trustee* y beneficiario de los frutos hasta su muerte. Los hijos son normalmente los destinatarios finales de los bienes tras el fallecimiento del segundo progenitor, o en el momento acordado en el documento constitutivo, siendo lo habitual acordar que en ese momento los bienes se transmitan a otros *trusts* separados, constituidos a favor de los hijos.

Estamos por lo tanto, en este caso, ante un *trust* constituido *inter vivos* (por medio de la transmisión de las pólizas de seguros de vida), cuyos bienes se distribuyen, en el momento del fallecimiento del primer cónyuge, en dos tipos diferentes de *trusts*, el del cónyuge difunto y el del cónyuge superviviente. Los bienes de uno de estos *trusts* (el del cónyuge difunto) deben distribuirse, a su vez, a *trusts* separados constituidos en beneficio de los hijos del difunto y/o de la descendencia de los hijos fallecidos. El problema estriba aquí en determinar si el bien situado en España y objeto del litigio se transmitió al *trust* en vida del causante o no.

De verificarse la primera hipótesis, en el momento del fallecimiento del esposo el bien ya no le pertenecía a éste en calidad de pleno copropietario sino en calidad de *co-trustee*. Esto significa que su esposa—*trustee* superviviente—

deberá transmitir el inmueble situado en España al *trust* del que es beneficiaria su hija. En el caso de que la esposa también sea *trustee* de este último *trust*, habrá que ver si la enajenación del bien se hizo en cumplimiento de sus deberes como *trustee* o infringiendo los mismos.

En cambio, en el supuesto de que en el momento de fallecer el esposo el inmueble situado en España no se hubiera transmitido aún al *trust* sino que perteneciera al causante en calidad de pleno copropietario, la cláusula del *trust* del difunto habrá de interpretarse conjuntamente con la del testamento, conforme a lo previsto por el artículo 675CC. Estaríamos en este caso ante una disposición *mortis causa* que, de acuerdo con una interpretación integradora del testamento —que se remite al *trust* coadministrado por ambos esposos en «todo el resto y residuo de sus propiedades» y con ello también al *trust* del difunto—, deberá ser contemplada por el juez español como una disposición testamentaria más.

De acuerdo con el tenor literal de los términos del testamento, «todos los bienes inmuebles usados por el causante como lugar de residencia y que le pertenezcan al tiempo de su muerte» (lo que incluye sin duda los inmuebles situados en España) deben ser entregados a su esposa. Luego «el residuo de sus propiedades» que conforme al testamento debe ser añadido al principal del *revocable living trust* y, conforme a las previsiones del mismo, distribuido al *trust* del difunto y sucesivamente al *trust* de su hija, sólo puede referirse a los intereses en bienes inmuebles en España, no usados como lugar de residencia por el causante.

La función que cumple habitualmente este tipo de testamento, en derecho norteamericano, corrobora esta interpretación. Efectivamente, en Estados Unidos es habitual acompañar la constitución del *revocable living trust* de un «*pour over will*». El *pour over will* es un testamento que vierte (*pours*) los bienes existentes en el patrimonio personal del causante, al momento de su fallecimiento, al *trust*. De esta forma se evita el riesgo de que queden fuera del *trust* bienes no mencionados en el documento constitutivo, o bienes adquiridos con posterioridad a la creación del *trust* pero no adquiridos en condición de *trustee*. El *pour over will* tiene que ser objeto de *probate* pero sólo afecta a los bienes que no estén ya incluidos en el *trust* al momento de la muerte del causante.

Si en este caso la voluntad del causante fuera únicamente la de verter al *trust* los bienes omitidos, no habría añadido una disposición testamentaria especificando su voluntad de legar los bienes inmuebles, usados por él como residencia habitual, a su esposa. La previsión de dicha cláusula testamentaria excluye, a nuestro entender, del *trust* constituido en beneficio de la hija, todo bien inmueble utilizado como residencia habitual.

Si bien es cierto que el TS ha optado por la solución más radical de todas las posibles (la invalidez del *trust*), también lo es que estamos ante un instituto ajeno a nuestra tradición jurídica, cuyo entendimiento dista de ser sencillo, inclusive cuando el contenido, existencia, vigencia e interpretación del derecho extranjero es probado por la parte que lo invoca. La oportunidad de ratificar o no el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, no debería supeditarse a la mayor o menor litigiosidad en materia de *trusts* sino a las distorsiones a que conlleva el desconocimiento de la figura (la ratificación del Convenio paliaría esta situación) y a la frecuencia con que figuras incluidas en su ámbito de aplicación (art. 2) entran en contacto, directa o indirectamente, con la realidad jurídica

española. O lo que es aún más grave, a la frecuencia con que evitan hacerlo por no correr el riesgo de su no reconocimiento en España.

Desde esta perspectiva, tal y como seguiremos viendo en esta sección, hace tiempo que nuestra incorporación al Convenio de La Haya ha pasado a ser una necesidad. El mayor coste y complejidad que conlleva constituir una sociedad, frente a un *trust*, y la inseguridad del tratamiento que pueda recibir la figura por parte de las autoridades españolas restan todo atractivo a nuestro país como lugar en que tener bienes pertenecientes a un *trust*.