

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) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo (*DOCE* 10 de diciembre de 2007, L 324/79).

No se trata propiamente de un nuevo Reglamento sino de una reforma del Reglamento 1348/2000 al cual sustituirá a partir del 13 de noviembre de 2008. Con carácter general, la reforma obedece al objetivo de dar mayor celeridad a las notificaciones y traslados de documentos judiciales y extrajudiciales entre Estados miembros. Con carácter particular, las principales modificaciones se refieren a:

– El organismo receptor realizará todas las diligencias necesarias para efectuar la notificación o el traslado en el más breve plazo posible y, en cualquier caso dentro de un plazo de un mes contado a partir de la recepción (art. 7).

– Se prevé un nuevo formulario normalizado a través del cual el organismo receptor informará al destinatario de que puede negarse a aceptar el documento que deba notificarse o trasladarse, bien en el momento de la notificación o el traslado, o bien devolviendo el documento al organismo receptor en el plazo de una semana, si no está redactado en una de las lenguas previstas o no va acompañado de una traducción a dichas lenguas (art. 8).

– Se añade un apartado al artículo 11 relativo a los gastos de notificación o traslado según el cual «*los gastos ocasionados por la intervención de un funcionario judicial o de una persona competente conforme al Derecho interno del Estado miembro requerido corresponderán a una tasa fija única establecida por adelantado por ese Estado miembro que respete los principios de proporcionalidad y no discriminación*».

– Se prevé una norma que unifica las condiciones de notificación o traslado de documentos judiciales directamente por correo a las personas que residen en otro Estado miembro. Se exige que sea mediante carta certificada con acuse de recibo o equivalente (art. 14)

---

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

Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* L 339/1, de 21 de diciembre de 2007) que sustituirá al Convenio de Lugano de 1988.

Finalmente y tras largos años de espera, la Comunidad Europea aprueba, a través de la Decisión que se comenta, la firma del nuevo Convenio de Lugano. La revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones, convenio «paralelo» al conocido Convenio de Bruselas de 1968 (hoy sustituido por el Reglamento 44/2001) se inició en 1997 conjuntamente con la del mencionado Convenio de Bruselas de 1968. La revisión técnica de ambos convenios finalizó el 30 de abril de 1999 (un día antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, lo cuál no es de extrañar, pues a partir de ese momento ya no era posible el tratamiento conjunto de ambos convenios). El 22 de diciembre de 2000 el Consejo adoptó el Reglamento 44/2001. No obstante, la revisión del Convenio de Lugano quedó paralizada hasta que en marzo de 2002 la Comisión propuso al Consejo continuarla. En ese momento se planteó un tema de gran envergadura sobre si la competencia para concluir el nuevo Convenio de Lugano era de los Estados miembros o de la Comunidad. Tema que resuelve el famoso Dictamen del TJCE C-1/03, de 7 de febrero de 2006 a favor de la competencia exclusiva de la Comunidad Europea (sobre el Dictamen ver la nota de la Dra. A. Borrás en la *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006, 3, p. 879, y sobre el proceso de negociación del nuevo Convenio de Lugano la nota de la misma autora en *Revista Española de Derecho internacional* 2006, 2, pp. 1107-1110). A partir de aquí se reanudan las negociaciones hasta la adopción el 15 de octubre de 2007 de la Decisión que se comenta.

El nuevo Convenio de Lugano se celebra entre la Comunidad Europea, Dinamarca y tres Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA): Suiza, Noruega e Islandia. A partir de ahora debe ser ratificado y entrará en vigor el primer día del sexto mes siguiente a la fecha en que la Comunidad Europea y un miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio hubieren depositado sus instrumentos de ratificación.

Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007 sobre la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (*DOCE* L 347/1, de 29 de diciembre de 2008).

A través de esta Decisión el Consejo hace los ajustes necesarios y requeridos para la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. El Convenio y el Primer y Segundo Protocolos de 1988, así como los Convenios de 1984 (adhesión de Grecia), 1992 (adhesión de España y Portugal), 1996 (adhesión de Austria, Finlandia y Suecia) entrarán en vigor entre la República de Bulgaria, Rumanía y los demás Estados miembros el 15 de enero de 2008. El Convenio de adhesión de 2005 (adhesión de República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y la República Eslovaca [todavía no en vigor entre todos los Estados miembros]) entrará en vigor entre la República de Bulgaria, Rumanía y los Estados miembros para los que ha entrado en vigor antes del 15 de enero de 2008 en

esa fecha. Finalmente, el Convenio de 2005 entrará en vigor para República de Bulgaria, Rumanía y los Estados miembros para los que aún no ha entrado en vigor en la fecha prevista en el artículo 5.2 de dicho Convenio.

Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 5 de San Javier (España) el 14 de enero de 2008- Roda Golf y Beach Resort, S. L. (Asunto C-14/08) (*DOCE* C 92/12 de 12 de abril de 2008).

A través de esta petición el Juzgado de Primera Instancia de San Javier pide al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se pronuncie sobre las siguientes cuestiones relativas al Reglamento 1348/2000 en materia de notificaciones y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales que, tal y como se comenta en esta crónica, será sustituido por el Reglamento 1393/2007 (*vid. supra*):

«1) *¿Está dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1348/2000 del Consejo el traslado de documentos extrajudiciales exclusivamente y entre personas privadas utilizando los medios materiales y personales de los Juzgados y Tribunales de la Unión Europea y su normativa europea sin iniciar ningún procedimiento judicial? O, por el contrario,*

2) *¿El ámbito del Reglamento 1348/2000 se aplica exclusivamente dentro de la cooperación judicial entre Estados miembros y dentro de un procedimiento judicial en curso [arts. 61.c), 67.1 y 65 del TCE y el considerando (6) del Reglamento 1348/2000?]*»

Informe de la Comisión sobre la aplicación del reglamento núm. 1206/2001 relativo a la cooperación en el ámbito de obtención de pruebas en materia civil y mercantil [COM (2007) 769 in fine, 5 de diciembre de 2007].

El 5 de diciembre la Comisión emitió un informe sobre la aplicación del Reglamento 1206/2001 relativo a la obtención de pruebas, dando así cumplimiento al artículo 23 del citado Reglamento. Como es bien sabido, el Reglamento establece normas procesales destinadas a facilitar la obtención de pruebas en otro Estado miembro. Desde el 1 de enero de 2004 este Reglamento se aplica en toda la Unión (excepto Dinamarca) y sustituye, entre los Estados miembros sujetos al mismo, al Convenio de la Haya de 1970 sobre obtención de pruebas.

Para la elaboración del informe del que damos noticia, la Comisión encargó un estudio sobre la aplicación del Reglamento. Este estudio está disponible en lengua inglesa en la siguiente dirección [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc\\_civil\\_studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm). El estudio, cuyo objetivo principal es ofrecer un análisis empírico de la aplicación del Reglamento que permita comprobar si el mismo ha permitido mejorar y simplificar la cooperación entre órganos jurisdicciones, se basa en una encuesta llevada a cabo llevada a cabo entre noviembre de 2006 y enero de 2007, y en las 424 respuestas (sobre un total de 544) dadas por las Administraciones de los Estados miembros, los jueces, los abogados y otras personas afectadas por la aplicación del Reglamento a un cuestionario relativo a la aplicación de varias disposiciones del Reglamento. Además de este estudio, la Comisión ha tenido en cuenta, para la elaboración del informe, las distintas reuniones de los miembros de las Red Judicial Europea y los problemas allí detectados. Las principales conclusiones a las que se llega pueden resumirse de la siguiente

forma. En términos generales, el Reglamento ha conseguido su principal objetivo, i.e. mejorar, simplificar y acelerar la cooperación entre los órganos jurisdiccionales en materia de obtención de pruebas. La simplificación se ha conseguido fundamentalmente mediante la utilización de la comunicación directa entre los órganos jurisdiccionales (vía novedosa respecto del Convenio de La Haya) y la utilización de formularios estándar. La aceleración parece que también ha quedado demostrada pues la mayoría de solicitudes de obtención de pruebas se cursan dentro del plazo de 90 días fijado por el reglamento. Tales datos llevan a la Comisión a considerar que no es necesario modificar el Reglamento aunque sí se prevé mejorar su funcionamiento corrigiendo algunos aspectos relativos a su aplicación. A tal efecto la Comisión señala:

- que el Reglamento sigue siendo desconocido para muchos expertos del Derecho. Es, por tanto, necesario garantizar la difusión de la Guía práctica que en su día elaboró la Comisión y que puede consultarse en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/evidence/evidence\\_ec\\_guide\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/evidence/evidence_ec_guide_en.pdf)

- que existen importantes disparidades entre los Estados miembros en cuanto a los plazos necesarios para la obtención de pruebas (en algunos no se respeta el mencionado plazo de 90 días) y por lo que respecta a la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y en particular de la videoconferencia.

- que las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías están aún lejos de aprovecharse, así como la posibilidad de una obtención directa de las pruebas (importante novedad introducida por el Reglamento) que se utiliza bastante poco.

Por consiguiente, la Comisión apoya cualquier esfuerzo que permita mejorar el nivel de conocimiento del Reglamento. Considera que los Estados miembros deberían adoptar las medidas necesarias para ajustarse al plazo de 90 días. Y anima a los Estados miembros a dotar a sus juzgados y tribunales de justicia con los medios necesarios para realizar videoconferencias en el marco de la obtención de pruebas.

## II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL \*

En el período cubierto por la presente crónica se han producido múltiples novedades en el ámbito procesal en todos sus sectores. Junto con el Reglamento CE 891/2007 de 11 de julio de 2007 referente al proceso europeo de escasa cuantía (*DOCE* 31 de julio de 2007, L 199/1), se ha publicado la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (*DOCE* 24 de mayo de 2008, L 136/3). Por otra parte, se ha publicado finalmente el Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en

---

\* Profesor titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona.

materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo (*DOCE* 10 de diciembre de 2007, L 324/79), reglamento del que ya se dio noticia en una pasada crónica y que es comentada en la presente en el apartado de «Espacio Judicial Europeo», junto con la Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad y de Dinamarca, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil con Islandia, Noruega y Suiza (*DOCE* 21 de diciembre de 2007, L 339/1). También se han producido modificaciones y documentos de interés en materia de procedimiento ante la Jurisdicción del Tribunal de Justicia y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (Informe de 21 de noviembre de 2007 (A6-0451/2007), Decisión del Consejo de 20-12-2007 por la que se modifica el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia (*DOCE* 29 de enero de 2008, L 24/42), Nota informativa del Tribunal de Justicia sobre el planteamiento de cuestiones pre-judiciales (*DOCE* 8 de marzo de 2008, C 64/1), y unas Instrucciones prácticas a las partes sobre el procedimiento ante el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (*DOCE* 13 de marzo de 2008, L 69/13). Por último, también será objeto de breve comentario la parte procesal de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*DOCE* 14 de diciembre de 2007, C 303/1).

Reglamento CE 891/2007 de 11 de julio de 2007 referente al proceso europeo de escasa cuantía (*DOCE* 31 de julio de 2007, L 199/1).

Es éste un reglamento largamente esperado, por cuanto que al menos intenta confrontarse, con desigual éxito, con un tema tradicionalmente olvidado por el legislador nacional: los procesos de interés económico reducido. Se trata de demandas que jamás se interponen, simplemente porque resultan antieconómicas, problema que se incrementa sobremanera en caso de litigios transfronterizos. Es digno de elogio que el legislador comunitario se haya percatado de este problema, y de hasta qué punto la negativa visión ciudadana de la Justicia que aqueja a muchos Estados de la Unión, tiene su base precisamente en la desatención por las pequeñas causas, muchas veces reclamaciones de consumo, tema especialmente sensible.

La reclamación no puede tener una cuantía superior a 2.000 euros, y la única condición para que pueda utilizarse el reglamento (aparte de que la demanda no haga referencia a materias excluidas por el art. 2) es que una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro que no sea aquel en el que tiene su sede el órgano jurisdiccional.

Cumplido lo anterior, el actor podrá presentar una demanda sucinta –para lo que dispone de un formulario– en la que se priorizan los datos de identificación de las partes y de la pretensión, y se reduce al mínimo la fundamentación de la demanda, al margen de la aportación de documentos que se realizará como es habitual. En cualquier caso, la prioridad es que el demandado disponga de una información clara de los detalles más relevantes de la demanda, para favorecer su inteligencia y las traducciones. Pero además también se intenta que el demandante no deba acudir a ningún abogado ni procurador, que no son obligatorios en este proceso (art. 10), excluyendo de la demanda la fundamentación jurídica (art. 12.1) e instando al órgano jurisdiccional a que informe «a las partes sobre cuestiones procesales». Todo ello es más una ilusión que una realidad en la práctica y aunque el artículo 11 indique que

«los Estados miembros garantizarán que las partes reciban asistencia práctica para cumplimentar los formularios», será bastante difícil la organización de un semejante servicio de asistencia sufragado con fondos públicos. Y no hablemos de la colaboración citada del órgano jurisdiccional en materia procesal.

Uno de los principales aciertos del reglamento es que el procedimiento sea escrito. El legislador comunitario no se ha dejado llevar por las tendencias a favor de la oralidad, ya que se ha dado perfecta cuenta de que cuando las partes residen en diferentes Estados, la oralidad es contraproducente en todos los sentidos. No obstante, queda abierta la posibilidad de celebrar una vista (por videoconferencia) que puede ser denegada de forma prácticamente discrecional por el órgano jurisdiccional (art. 5.1).

Presentada la demanda, será enviada por correo con acuse de recibo (art. 13) al demandado en un plazo máximo de 14 días a fin de que la conteste en otro plazo de 30 días, para lo que dispone también de un formulario que, no obstante, puede decidir no seguir. El demandado puede oponerse a la misma pretextando que no entiende el idioma utilizado por el demandante [art. 6.3.a)], lo que es manifiestamente excesivo, puesto que hubiera bastado con que el demandado pudiera pedir una traducción a una lengua oficial en el país en el que more, puesto que lo contrario no es más que un abuso de derecho. Es inverosímil que un demandado no conozca la lengua de un demandante con el que tuvo relaciones contractuales, y que además tampoco conozca la lengua del lugar donde tenga su residencia o domicilio.

Sea como fuere, contestada la demanda podrá practicarse prueba, aunque la misma está prevista con una cierta excepcionalidad, tratando de que el Juez resuelva meramente con la documentación aportada con los escritos dispositivos, que evidentemente es lo más rápido.

Dictada la sentencia, existe posibilidad de recurso, pero en esta materia el reglamento, tratando de armonizar las legislaciones de los Estados miembros (lo que es más materia de una directiva que de un reglamento), aborda con notable oscuridad el tema de la impugnación de la sentencia que se dicte, puesto que prevé la posibilidad de que cada país establezca «su» recurso, y que en el caso de España será el de apelación, ya que se aplica supletoriamente la legislación procesal de cada Estado miembro (art. 19). Pero al mismo tiempo crea una «revisión» de la sentencia en los supuestos de indefensión, «revisión» cuyo desacertado nombre (por confundirse con la que procede ante el Tribunal Supremo) no pasa de ser una impugnación no devolutiva para la que no se establece plazo, diciendo únicamente la norma que el demandado (único legitimado en esta impugnación) debe haber actuado «con prontitud» (art. 18) para interponerla.

Las normas sobre reconocimiento y ejecución pretenden simplificar este trámite (arts. 20 ss.), aunque los problemas surgen en la práctica, como es sabido, cuando la sentencia se ha dictado en un Estado diferente de aquel en que debe ser ejecutada, problemática para la que el reglamento no ofrece soluciones auténticamente eficaces. Pero este tema desborda los límites de una simple reseña como la presente, que ya es excesivamente extensa. Esperemos, no obstante, que para cuando se realice la revisión de la norma comentada (2014) se hayan tenido en cuenta los problemas anunciados, y cualesquiera otros que se hayan observado en la práctica de este procedimiento.

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (*DOCE* 24 de mayo de 2008, L 136/3).

La Directiva sobre mediación estaba pendiente desde el 22 de octubre de 2004, fecha de la que data la entonces propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo. Hoy disponemos ya de esa esperada directiva, pese a que el resultado final puede calificarse francamente de decepcionante, puesto que dicha directiva no dice prácticamente nada más salvo que la mediación se podrá celebrar en litigios transfronterizos, que lo que se acuerde tras la mediación podrá tener carácter ejecutivo, que se garantiza la confidencialidad de las negociaciones y que el hecho de que las partes opten por la mediación interrumpirá los plazos de caducidad y prescripción. Y poco más se regula en los 14 artículos de esta Directiva, salvo que todos los Estados miembros (salvo Dinamarca) deberán transponerla antes del 21 de mayo del 2011.

Lo más importante en la mediación es la forma de llevarla a cabo, quién actuará de mediador, así como establecer los estándares de calidad de la mediación. Sobre lo primero no se dice absolutamente nada, y hubiera sido preciso, al menos, establecer un mínimo procedimiento para evitar que la mediación se convierta en una simple maniobra dilatoria, así como regular lo que, finalmente, acaba propiciando el éxito de la mediación: los poderes del mediador. Y es que dos partes enfrentadas no negocian espontáneamente, ni mucho menos llegan a acuerdos con facilidad. Y de esa realidad hubiera debido hacerse eco la directiva.

Acerca de quién actuará como mediador, la directiva debería haber fijado los estándares de formación para adquirir los conocimientos, habilidades, y sobre todo las competencias necesarias en quien quiera ejercer esa función. Al respecto sólo se dice [art. 3.b)] que el mediador debe ser eficaz, imparcial y competente. Pero salvo en lo que respecta a la imparcialidad, las otras dos características son demasiado laxas como para que se pueda legislar con una cierta armonía en los Estados Miembros, que de hecho es lo que se pretendía. Si se quiere dignificar la mediación y convertirla en lo que verdaderamente es, un medio alternativo de resolución de conflictos, determinar la formación de dicho mediador es lo más esencial. Porque el mediador debe conocer los detalles del litigio y ser capaz de entenderlos, lo que, en el fondo, le obliga a ser jurista. Pero también debe tener las suficientes habilidades psicológicas, y quizás sociológicas, como para avenir a las partes. Y eso difícilmente se aprende en el Estudio de Derecho, por lo que tendría que haberse previsto esa formación complementaria.

Por último, en cuanto a la calidad de la mediación, se insta a los Estados a fomentar códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión a organizaciones que presten servicios de mediación. Pero eso es casi lo mismo que no decir nada, porque no se profundiza lo más mínimo en qué debe consistir esa conducta, y es absolutamente inconveniente dejarla en manos de esas organizaciones, de cuyo funcionamiento tampoco se dice absolutamente nada. Por desgracia, como se ha observado en muchas organizaciones arbitrales, no es la razonabilidad lo que siempre impera en esta materia, por lo que se echa en falta una ulterior reflexión en este punto.

En resumen, el legislador español solamente va a tener en cuenta lo dicho anteriormente, y a partir de ahí regulará la mediación a voluntad, lo que puede provocar el fracaso global de un sistema muy provechoso, pero

que mal organizado, u organizado de forma tan dispar entre los diferentes Estados, puede convertirse en algo a lo que nadie se atreva a acudir. Ahora la Directiva ya está publicada y, por tanto, es muy difícil cambiar las cosas. Confiemos, no obstante, en la aparición de un futuro reglamento sobre medios alternativos de resolución de conflictos que regule en profundidad estas cuestiones, teniendo en cuenta la experiencia, ya dilatada, de que se dispone en varios países. Será la única forma de dar un impulso a estos medios (arbitraje, mediación, conciliación, etc.) que, no hay que cerrar los ojos a la realidad, aún no son, ni muchísimo menos, un auténtico camino alternativo a la Justicia ordinaria en la mayoría de Estados europeos.

Informe de 21 de noviembre de 2007 (A6-0451/2007), Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2007 por la que se modifica el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia (*DOCE* 29 de enero de 2008, L 24/42), y Nota informativa del Tribunal de Justicia sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales (*DOCE* 8 de marzo de 2008, C 64/1).

El contenido de los tres documentos reseñados tiene exactamente la misma finalidad. Una vez más se detecta en el Tribunal de Justicia una preocupación, ya tradicional aunque comprensible, por los retrasos acumulados en la tramitación de cuestiones prejudiciales. Nuevamente se dan los pasos para acelerar el procedimiento y en este caso se llega a proponer el establecimiento de un procedimiento de urgencia. Otra vez se hace una nota informativa de cómo se tendrán que plantear las cuestiones prejudiciales para que les sea aplicable el procedimiento de urgencia. Y de nuevo se constata que el Tribunal de Justicia tiene enormes dificultades para que se plasmen sus soluciones con celeridad en un texto legislativo.

Suerte que, en esta ocasión, el citado informe se refiere directamente a la solución más factible de este mal: la modificación en profundidad de la estructura de la Jurisdicción de la Unión Europea. No es momento de hacer propuestas en este sentido, pero sí que habría que poner claramente de manifiesto que el Tribunal de Justicia no puede atender, en su configuración actual, más asuntos. Y que sus retrasos, pese a ser menores que los de algunos altos tribunales de los Estados miembros, siguen siendo excesivos. Deben arbitrase mecanismos que permitan al Tribunal de Justicia controlar su propio volumen de asuntos, al menos en lo que se refiere a cuestiones prejudiciales. Y debe realizarse también un esfuerzo de pedagogía en cuanto a la explicación y resumen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a fin de que sea conocida en profundidad por los tribunales de los Estados miembros, porque sería cerrar los ojos a la realidad no ver que dicha jurisprudencia es sistemáticamente ignorada. El tema merecería una mucha más detallada la reflexión, pero entiendo que la problemática ya ha quedado planteada. En definitiva, un nuevo procedimiento de urgencia va a servir de bien poco.

Instrucciones prácticas a las partes sobre el procedimiento ante el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (*DOCE* 13 de marzo de 2008, L 69/13).

Ese esfuerzo de pedagogía sí que se realiza en este otro documento, que trata de atender a las dudas que plantea el procedimiento ante el Tribunal de

la Función Pública, pero sobre todo trata de orientar a los letrados para que los mismos usen de las normas de este procedimiento según la idea que tiene del mismo el Tribunal de la Función Pública, entrando en detalles en los que no puede ni debe entrar un reglamento de procedimiento.

No obstante, es preciso cuidar siempre de que estas instrucciones no introduzcan nuevas ambigüedades ni supongan una excesiva relajación del procedimiento, que acaba siendo inútil en ese caso. En este sentido, la flexibilidad que demuestran las instrucciones es muy positiva, y el hecho de que sea un único órgano jurisdiccional el que las tiene en cuenta reduce los riesgos de inseguridad jurídica. Con todo y con eso, no está de más una buena dosis de cautela en estos casos.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*DOCE* 14 de diciembre de 2007, C 303/1).

No me corresponde comentar este nuevo texto ni sus antecedentes, pero sí muy brevemente su apartado procesal. Sus artículos 48, 49 y 50 solamente son aplicables al ámbito procesal penal (presunción de inocencia, principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas y la cosa juzgada penal, formulada en unos terminos algo restrictivos, por cierto). Pero el artículo 47 se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho al Juez imparcial y tangencialmente al derecho a la defensa, lo cual es aplicable a cualquier proceso.

La sistemática de los artículos no es demasiado depurada, dado que no tiene sentido que se reconozca solamente el derecho a la defensa al acusado (art. 48.2) o se insista en este punto si ya se viene de reconocer tal derecho, aunque sea de forma indirecta, en el artículo 47 para cualquier parte en el proceso. Se puede argumentar que el artículo 48 se refiere a la autodefensa del acusado, pero ello sería algo arriesgado, habida cuenta de que la debida defensa de cualquier reo pasa en la actualidad por ser una defensa letrada. Pero es que, además del derecho a la tutela judicial efectiva (cuya formulación legal está claramente lastrada por la tradicional teoría concreta de la acción), se reconoce el derecho a la publicidad de los procesos, al Juez imparcial y predeterminado por la ley, a la asistencia letrada y a la justicia gratuita. La asistencia letrada y la justicia gratuita son garantías de la defensa, y la publicidad de los procesos debe tener restricciones que no son referidas en absoluto en la Carta. Con tal acumulación de derechos, quizás debería haberse ordenado un poco mejor la sistemática a efectos meramente formales. Aunque, ciertamente, la generalidad de las normas constitucionales no son ningún ejemplo en este sentido.

Además, puestos a realizar un elenco de derechos procesales, se podrían haber nombrado algunos más, como por ejemplo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, o al menos introducir una cláusula de cierre como hubiera sido una referencia al «debido proceso». Con ello, el sistema de derechos procesales hubiera quedado completo. Pero de la forma que se ha producido lo cierto es que existen lagunas importantes que habrá que integrar a través del inciso «equitativa», del artículo 47.II, lo que siempre es una mala solución que deja demasiadas incógnitas.

## III. DERECHO DE CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS \*

## I. Marco Común de Referencia

A finales del año 2007 fue publicada la versión «científica» o no oficial del Marco Común de Referencia que, de momento, a la espera de su aprobación definitiva por las instancias correspondientes, tan sólo es un Proyecto de Marco Común de Referencia. Es, además, incompleto. A finales de 2009 se prevé que estén listos los 10 libros que deben integrarlo. De momento, sólo cuenta con 7. Para más información, *vid.* recensión de Miguel Ángel Adame en esta crónica.

## 1. RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2007, SOBRE EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA ELABORADO POR LA RED DE INVESTIGADORES

El Parlamento acoge con satisfacción la conclusión del proyecto académico de MCR y pide a la Comisión que presente un plan claro para el proceso de selección de las partes del proyecto académico de MCR que se incluirán en el MCR definitivo de la Comisión, en cuanto éste esté acabado. Además, insta a la Comisión a que haga que el Parlamento participe en este proceso ya antes de que se tomen medidas de procedimiento y la insta a que siga el trabajo de los investigadores y los resultados de los seminarios ya celebrados sobre el nuevo MCR y los de los nuevos seminarios sobre el MCR que deben organizar la DG JLS y la DG MERCADO. También solicita de la Comisión que coordine los trabajos sobre el MCR en las diferentes Direcciones Generales interesadas, con arreglo a un procedimiento transparente y formalizado, con el fin de velar por la coherencia entre los diferentes ámbitos relacionados con el Derecho contractual. El Parlamento reitera su opinión de que el alcance del MCR debe ser ampliamente debatido con todos los grupos, investigadores y partes interesadas y también con el Parlamento, que ha expresado su parecer ya en varias resoluciones y reitera su firme apoyo a un enfoque basado en un MCR que vaya más allá del Derecho contractual de consumo. Insiste en la necesidad de un posible instrumento horizontal en el ámbito del Derecho de consumo. Sobre la vinculatoriedad y la finalidad del MCR, pide que se mantengan abiertas todas las opciones posibles incluida la del instrumento opcional, y considera imprescindible su participación en los trabajos de redacción del MCR.

2. INFORME DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2863.<sup>a</sup> SESIÓN, JUSTICIA Y ASUNTOS INTERIORES, LUXEMBURGO, 18 DE ABRIL DE 2008

El Consejo ha aprobado un informe sobre la adopción de un Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual europeo. En él se define su posición sobre cuatro aspectos fundamentales:

---

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

a) Finalidad del Marco Común de Referencia: debe ser una caja de herramientas útil para el legislador comunitario. En ningún caso debe utilizarse para armonizar el derecho contractual europeo a partir de la elaboración de un Código civil europeo. Tampoco un instrumento opcional que contenga reglas completas y exhaustivas sobre el derecho de contratos. No puede servir de ley aplicable, libremente escogida por los contratantes.

El MCR debe ser un mecanismo más, de entre otros tantos posibles, que ayuden a mejorar la coherencia de la legislación comunitaria. No debe servir de guía a los legisladores nacionales, aunque sí que puede ser una fuente de inspiración y puede ayudar a mejorar la transposición de directivas.

b) Contenido del Marco Común de Referencia: No debe ser una mera recopilación sistemática de principios contractuales nacionales; tampoco una consolidación y sistematización del Derecho de contratos que ya exista a nivel comunitario. Más bien debe circunscribirse a las definiciones, principios y reglas modelo en el ámbito del Derecho de contratos y, sin prejuzgar su contenido, éste debe deducirse claramente del *acquis* existente, pero también de las tradiciones nacionales. Hay que contar con las investigaciones llevadas a cabo por la red de investigadores y *stakeholders*, pero también con otras investigaciones que ya existan en este ámbito.

c) Alcance del Marco Común de Referencia: entre las opciones de incluir sólo el Derecho contractual de consumo, o sólo el Derecho general de contratos, sin incluir los de consumo, o todo el Derecho general de contratos, incluidos los de consumo, se decidió esto último. La razón: es muy difícil tratar el Derecho contractual de consumo de forma aislada sin contemplar el marco general en el que se insiere. Se sugiere que cubra los ámbitos que van desde la responsabilidad precontractual al incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Se añade que necesariamente se deberán tener en cuenta los progresos que se vayan realizando en materia de revisión del acervo contractual comunitario de consumo.

d) Eficacia del Marco Común de Referencia: Debe contener orientaciones no vinculantes que el legislador comunitario puede utilizar, voluntariamente, como fuente común de inspiración y de referencia en el proceso legislativo. Se rechaza que sea de obligatoria imposición en los Estados miembros.

## II. Derecho comunitario

### 1. DIRECTIVA SOBRE EL CRÉDITO AL CONSUMO

El Parlamento europeo aprobó en segunda lectura, el pasado 16 de enero de 2008, una nueva Directiva sobre crédito al consumo. La Comisión tomó en consideración todas las modificaciones propuestas por el Parlamento y, al amparo del artículo 250.2 TCE reformó sus propuestas. La finalidad de la directiva es conseguir un mercado más eficiente y más transparente para los créditos entre 200 € y 75.000 €, proporcionando un nivel de protección más elevado. Así, se armoniza la información que deben recibir los consumidores (en un formato estándar) y los requisitos de publicidad y la forma de calcular el TAE en toda la Unión Europea; los bancos quedan obligados a evaluar la solvencia del prestatario; éstos podrán cobrar hasta un 1 por 100 de comisión por cancelación anticipada en los créditos a interés fijo, que se reduce al 0,5 por 100 cuando el periodo del anticipo no supera un año. Con todo, se podrá cobrar una cantidad más elevada si se prueba que las pérdidas ocasionadas

por el reembolso anticipado son mayores a la compensación máxima que deberían haber recibido. No existe penalización en los contratos a interés variable. Además, el consumidor dispondrá de un plazo de 14 días para poder desistir del contrato. El desistimiento del contrato principal, afecta al vinculado de crédito.

## 2. PROYECTO DE DIRECTIVA SOBRE TIEMPO COMPARTIDO

Ha sido aprobado en primera lectura por el Parlamento europeo, el 19 de mayo de 2008. Incluye paquetes turísticos y nuevas modalidades de de vacaciones que, hasta la fecha, se comercializaban con el claro propósito de eludir las disposiciones de la Directiva. Se refuerzan las previsiones ya existentes relativas a la protección del consumidor: derecho de desistimiento, elección de la lengua en la contratación, prohibición de anticipos mientras dure el plazo de reflexión, información contractual. Otros derechos podrían ampliarse, por ejemplo, el periodo de desistimiento a 21 días (en la actual directiva son 10 días y en la propuesta de la Comisión eran 14).

En relación con los clubes de vacaciones, se rechaza incluir normas que introduzcan restricciones (obligación de que las agencias están registradas, registros nacionales de empresas de prestación de servicios, seguros obligatorios), y se deja a los Estados miembros la decisión de exigirlo en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

## III. Resultados provisionales sobre las respuestas dadas al Libro Verde sobre la revisión del acervo comunitario en materia de consumo

En la sexta crónica [3 (2006) ADC], se daba cuenta de las preguntas que planteaba el Libro Verde en materia de revisión del acervo comunitario. Han sido más de trescientas las respuestas (*vid.* [http://ec.europa.eu/consumers/rights/responses\\_green\\_paper\\_acquis\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/responses_green_paper_acquis_en.htm)) y en la actualidad se está procediendo a su análisis, si bien ya existen dos documentos que indican cuáles son las tendencias mayoritarias en relación con cada una de las cuestiones sometidas a la consideración del público. Se pueden consultar, tanto las respuestas individuales, como los dos estudios de conclusiones, en [http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons\\_acquis\\_en.htm#outcome](http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm#outcome)

## IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

**SERGIO NASARRE AZNAR \***

El acontecimiento más relevante en relación con los derechos reales en Europa en este último semestre ha sido la aprobación del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre el Crédito Hipotecario en Europa de 18 de diciembre de 2007 \*\*, lo que pretende ser el primer paso hacia la creación de un mercado hipotecario común en Europa. De hecho, parece incomprensible que las finalidades de la Unión Europea sigan siendo la libre circulación de personas, capitales y mercancías y todavía no se hayan tomado medidas para que estos prin-

\* Profesor agregado de Derecho Civil, Universitat Rovira i Virgili.

\*\* COM(2007) 807 final.

cipios sean una realidad en un sector del mercado que representa el 47 por 100 del PIB de la UE. El problema es, no obstante, que el Libro Blanco se queda corto ante tal ambición, atendiendo a los objetivos que se marcaba su antecedente, el Libro Verde 2005 (comentado también en esta Crónica) además de llegar a destiempo (lo mismo que le ha sucedido a la Ley española 41/2007) dada la nueva situación inmobiliaria e hipotecaria a nivel mundial.

De esta forma, el Libro Blanco 2007 parte la hipótesis de que la situación actual supone barreras para la negociación hipotecaria transnacional en Europa, tanto en el ámbito de la oferta como en el de la demanda, provocando una «reducción en la competencia y elección en el mercado». Sobre esta hipótesis marca cuáles son sus objetivos:

1. Facilitar la concesión transnacional de créditos hipotecarios, así como su refinanciación paneuropea. Para ello pretende remover los obstáculos financieros y legales desproporcionados: registros de la propiedad fragmentados, diferentes grados de protección de consumidores, diferentes instrumentos de financiación hipotecaria, etc.

2. Aumento en la diversidad de productos hipotecarios. Dada la diversidad de jurisdicciones en materia hipotecaria, los prestamistas se enfrentan a la imposibilidad de ofrecer determinados productos hipotecarios en otras jurisdicciones, así como la imposibilidad de optar por determinadas técnicas de financiación hipotecaria.

3. Mejorar la confianza de los consumidores. Tanto el grado de información y de asesoramiento que se les ofrece por parte de los prestamistas (lo que es muy discutido por las entidades de crédito, a quienes se obliga a averiguar el grado y la calidad de información que cada posible prestatario necesita; quizás las recientemente aprobadas MiFiD pueden ser un primer paso) como darles la posibilidad de poder comparar productos hipotecarios.

4. Facilitar la movilidad de los consumidores. Éstos deben quedar habilitados para poder cambiar de entidad de crédito tanto a nivel nacional como internacional, descartando que puedan aceptarse «tying practices» de naturaleza financiera (ej., altas comisiones) o legal (*vid. infra* en relación con algunas cuestiones sobre la Ley española 41/2007).

Para ello, el Libro Blanco señala una serie de futuras actuaciones, en general, más estudios en diversos ámbitos que, especialmente, analicen el impacto económico de las medidas que legalmente pudieran tomarse en una futura Directiva. Las áreas de los estudios son:

- a) La naturaleza de la amortización anticipada (derecho irrenunciable de los deudores hipotecarios o simplemente una opción contractual), mejora y comparabilidad (también transnacional) de la información precontractual en relación al crédito hipotecario y promoción del «*responsible lending & borrowing*».

- b) Mayor eficacia en la ejecución hipotecaria, inscripción y transparencia de los registros de la propiedad y animar a entrar en EULIS y mecanismos para confiar en tasaciones de inmuebles realizadas en otros países miembros, buscando estándares de tasación aceptables por los operadores.

- c) Otras cuestiones, como investigar el rol que las entidades no-financieras puedan tener en el mercado hipotecario, la cuestiones que puedan suscitar los productos «*equity-release*» (como la hipoteca inversa), la continuación de los trabajos de la comisión de refinanciación o la investigación en relación a barreras legales injustificadas para el desarrollo del mercado hipotecario europeo.

En definitiva, el Libro Blanco 2007 pretende que se desarrollen a partir de 2008 investigaciones que cualquiera de las medidas que puedan tomarse a nivel europeo sobre el mercado hipotecario creen nuevas oportunidades para los prestamistas para acceder a nuevos mercados e iniciar actividades hipotecarias transnacionales. También deben demostrar la capacidad para facilitar un proceso de préstamo hipotecario más eficiente, con economías de escala que deberían hacer disminuir los costes. Los posibles beneficios deberían ser ponderados en relación a los costes de tomar todas estas medidas.

En cualquier caso, lo que sí sorprende es que la Comisión no se haya referido directamente a la Eurohipoteca (comentada en alguna ocasión en esta Crónica; *vid. infra*. sobre el modelo) como una posible solución a todos estos objetivos que se pretenden conseguir (aunque era de esperar dado el poco énfasis que incomprensiblemente puso en ella el grupo de trabajo creado en el seno de la Federación Hipotecaria Europea). No obstante sí que se refieren a ella en dos Anexos al Libro Blanco, tanto en el Anexo 2 (donde se la señala como objeto de estudio) como en el Anexo 3 (donde se la recomienda como instrumento ideal para la refinanciación hipotecaria a nivel paneuropeo). De hecho, todos los objetivos que el Libro Blanco pretende conseguir pueden alcanzarse con la Eurohipoteca (*vid. Nasarre-Aznar, Sergio, Eurohypothec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 sobre la integración de los mercados hipotecarios de la UE, «Zentrum für Europäische Rechtspolitik-ZERP», Universidad de Bremen, 2008*).

A este limitado alcance del Libro Blanco 2007 se le debe añadir que la legislación de algunos Estados miembros no sólo no contempla la apertura de mercados hipotecarios a otros países miembros sino que incluso aprueba normas en algunos puntos contrarias al Libro Blanco. Esto es lo que le sucede a la reciente Ley española 41/2007 que, por ejemplo, da rango legal a lo que incorrectamente señaló la STS 25-11-2003 al retirar la plena libertad de cambio de acreedor a los deudores hipotecarios españoles (posibilidad de la primera entidad de crédito de enervar la subrogación iniciada por el deudor), en contra del artículo 2 Ley 2/1994 e incluso contra el artículo 1211 CC. O ver RDGRN 2 de julio de 2005 (que prohibía la inscripción de escritura pública expedida por notario alemán en el Registro de la Propiedad español) que ha sido declarada nula por Sentencia confirmatoria de la SAP Tenerife 22 de noviembre de 2006.

Por otra parte el extenso Informe para la Comisión Europea realizado por el *Zentrum für Europäisches Rechtspolitik* (ZERP) de la Universidad de Bremen, dirigido por el Prof. Christoph Schmid, sobre el «Mercado de Transacciones Inmobiliarias» y que se centraba esencialmente en qué modelo de transacción inmobiliaria de entre 21 países (en base a informes legales de especialistas de cada uno de ellos y una encuesta contestada por 700 personas) fue finalmente publicado en diciembre 2007 ([http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional\\_services/studies/studies.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html)), llegando, en general, a la conclusión de que los contextos en que la transmisión de inmuebles está desregularizada ofrece más ventajas para los consumidores en forma de costes y de posibilidad de elección, al tiempo que no se evidencia que precios más elevados o mayor regulación impliquen un mejor servicio. Considera que el sistema de notariado latino (como el español) es el más caro y el que ofrece peor servicio a los contratantes (con elementos como el *numerus clausus* de personas legitimadas para participar en una transacción inmobiliaria, como el cuerpo notarial, o en relación a tasas prefijadas legalmente, que no aportan

beneficios al sistema), mostrando el ejemplo de Holanda como país donde se ha desregularizado recientemente el servicio notarial que ha conllevado ventajas para los consumidores. El trabajo acaba recomendando a los países con notariado latino que amplíen las posibilidades de que los consumidores puedan escoger libremente a las personas que autoricen la venta de inmuebles (p. ej., abogados cualificados). Este trabajo ha sido criticado posteriormente por instituciones de notariado latino por toda Europa. *Vid.*, en este sentido, las duras reacciones en la publicación *El Notario* (marzo-abril 2008) en España o la declaración de la *Council of the Notariats of the European Union* (29-1-2008) en contra del informe del ZERP, dándole más credibilidad al elaborado por el Profesor Murray (Uni. Harvard) quien critica la eficacia de los sistemas desregularizados (<http://www.cnue.eu/fr/000/actualites/murray-report-final.pdf>)

A parte de estas cuestiones más representativas, comentar lo siguiente:

a) Está preparado el libro coordinado por el Profesor Sjef van Erp sobre el *Common Frame of Reference* en relación a los derechos reales que será publicado en breve y que es resultado de la Jornada que se celebró en Maastricht en junio de 2007 «Common frame of reference and property law» (<http://www.unimaas.nl/default.asp?template=werkveld.htm&id=rms6164hlvj30pgsroh5&taal=nl>).

b) Se ha publicado el libro Muñoz, Nasarre, Sánchez Jordán, *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Centro de Estudios Registrales-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2008, donde, entre otras cuestiones, aparece una traducción al castellano del Modelo de Eurohipoteca de las Basic Guidelines 2005.

## V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS \*

Cada vez son más frecuentes las sentencias del TJCE relevantes para el Derecho de familia europeo. Destacamos en esta ocasión las sentencias dictadas en el asunto C y en el asunto Maruko.

Sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 2007, Asunto C-435/06.

Se trata de la primera decisión del TJCE sobre el Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Resuelve una duda interpretativa respecto al ámbito material de dicho Reglamento.

En el recurso, el Tribunal finlandés preguntaba si el Reglamento 2201/2003 es aplicable a una decisión que ordena conjuntamente la asunción de la guarda de un niño por la Administración y el acogimiento familiar del mismo. La duda surge porque el Reglamento, por un lado, se circunscribe a las materias civiles según el tenor literal del artículo 1.1 pero, por otra parte, incluye dentro del concepto de responsabilidad parental el acogimiento de un menor en una familia o un establecimiento [art. 1.2.d)]. Desde el punto de vista del Derecho fin-

\* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

landés la asunción de la guarda por la Administración se considera una medida administrativa sometida al Derecho público. Por consiguiente, el tribunal quiere saber si el Reglamento se aplica tanto a la asunción de la guarda por la Administración y al acogimiento o únicamente a la parte de la decisión relativa al acogimiento.

El *iter argumentativo* del Tribunal de Justicia empieza mediante una acumulación de argumentos que indican la conveniencia de que la asunción de la guarda se incluya en el ámbito material de aplicación del Reglamento. El Tribunal parte de una interpretación textual para establecer que el hecho de que la asunción de la guarda no se incluya explícitamente no excluye a dicha medida del Reglamento habida cuenta que la lista del artículo 1.2 es *ad exemplum* (FJ 30). Recurre asimismo al quinto considerando del Preámbulo para justificar que el concepto de responsabilidad parental englobe a las medidas de protección del menor (FJ 31 y 32). Relaciona la asunción de la guarda con la determinación del lugar de residencia, cuestión clave en el concepto de responsabilidad parental (FJ 33) y pone de relieve que la asunción de la guarda y el acogimiento son cuestiones muy estrechamente vinculadas por lo cual la exclusión de la asunción de la guarda comprometería la eficacia del Reglamento (FJ 35 y 36). Pone además de manifiesto que puesto que en algunos Estados la asunción de la guarda y el establecimiento del acogimiento se deciden en unidad de acto y en otros requieren decisiones sucesivas, debería evitarse cualquier interpretación que pueda conllevar desigualdad de trato (FJ 36).

Ninguno de estos argumentos es, sin embargo, concluyente ni tiene carácter nuclear. Si según el tenor literal del Reglamento éste se aplica a la materia civil resulta, en efecto, ineludible establecer si la medida de asunción de la guarda es o no una medida civil. La dificultad radica en que otro instrumento comunitario, el Convenio de Bruselas del 68, al que ha sucedido sin modificaciones por lo que respecta a la cuestión que nos ocupa el Reglamento 44/2001, también circunscribe su ámbito material a la materia civil y mercantil y existe ya abundante jurisprudencia sobre la definición de dicha noción. Por consiguiente, lo lógico hubiera sido extender la definición de materia civil del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas II bis. Esta posición fue la defendida por el Gobierno sueco.

El Gobierno sueco había invocado la jurisprudencia del Tribunal según la cual los litigios surgidos entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado no constituyen materia civil en los supuestos en los que la autoridad pública actúa en ejercicio del poder público. Como certeramente señalaba el Gobierno sueco es difícil concebir una resolución más manifiestamente vinculada al ejercicio del poder público que la que impone la guarda de un menor en contra de la voluntad de sus padres (FJ 43).

Frente a tan contundente argumento la respuesta del TJCE resulta, cuando menos, sorprendente. El TJCE descarta la aplicación de su anterior jurisprudencia simplemente porque ésta se refería a un instrumento distinto. Se establecen, por tanto, dos conceptos distintos de «materia civil» en el Derecho procesal civil internacional europeo, cuestión en sí misma problemática, sobre todo en un momento en el que se está intentando establecer un marco común de referencia, ciertamente en sectores distintos al del Derecho de familia, a fin de evitar la falta de coherencia dentro del Derecho comunitario.

Pero lo peor del caso es que no se proporciona ningún criterio para delimitar la materia privada y pública en el sector de la responsabilidad parental. El Tribunal acaba afirmando que puesto que en el décimo considerando del Preámbulo se dice que no se pretende que el Reglamento se aplique a las

medidas de Derecho público en materia de educación y salud no se excluyen con carácter general las medidas de Derecho público (FJ 52). Sostiene que es irrelevante que la responsabilidad parental resulte afectada por una medida de protección estatal o adoptada por el titular o titulares de la responsabilidad parental (FJ 51). Por esa vía se llega a una conclusión que contradice el tenor literal del artículo 1 y que puede describirse de dos maneras. Es civil, según el Tribunal, toda medida que afecte a la responsabilidad parental o, lo que es lo mismo, el Reglamento no se circunscribe en materia de responsabilidad parental a la materia civil. La interpretación a la que llega el Tribunal es, por tanto, una interpretación *contra legem*.

Sentencia del TJCE de 1 de abril de 2008, C-267/06, Tadao Maruko vs. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (Vddb).

El Sr. Maruko había constituido una pareja registrada de Derecho alemán con un diseñador de vestuario teatral alemán. Tras el fallecimiento de su compañero el Sr. Maruko solicitó a la *Vddb* una pensión de viudedad, habida cuenta que su pareja había contribuido a dicho fondo desde el año 1959. La *Vddb* denegó dicha pensión porque la regulación del fondo no preveía el pago de la misma al miembro de la pareja registrada superviviente. El Sr. Maruko recurrió la negativa de la *Vddb*, argumentando la infracción del principio de igualdad de trato al amparo de la *Directiva 2000/78 de 27 de noviembre 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, habida cuenta que las parejas de personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio en Alemania.

El Tribunal de Justicia considera que, puesto que la República Federal de Alemania permite a las parejas de personas del mismo sexo constituir mediante un acto formal una unión de pareja de duración indefinida con efectos equivalentes a los del matrimonio, las reglas internas de la *Vddb* suponen una discriminación directa basada en la orientación sexual.

La sentencia dictada en el asunto Maruko resulta un avance si se compara con la que se dictó el 28 de enero de 1999 en el asunto *D vs. Consejo* (asunto T-264/97). Este caso se refería a un funcionario sueco del Consejo que había registrado en Suecia una unión de pareja con otro hombre y solicitaba el pago de ciertas ayudas familiares que el Derecho de la función pública comunitaria otorgaba en aquel momento únicamente a los funcionarios casados. El solicitante argumentaba que la pareja registrada del Derecho sueco es una institución equivalente al matrimonio. A ello respondió el Tribunal insistiendo en que se trataba de una institución distinta a la matrimonial, por cuyo motivo el Consejo no estaba como empleador obligado al pago de unas prestaciones únicamente previstas para los funcionarios casados.

La principal diferencia entre las citadas Sentencias radica en que en el primer caso, *D. c. Consejo*, el Tribunal no quiso equiparar la institución pareja registrada al matrimonio a pesar de que tal equiparación se producía en el Derecho sueco y, en cambio, tal equiparación se produce, varios años después, en el asunto *Maruko* pese a que en el Derecho material alemán el matrimonio y la *eingetragene Lebenspartnerschaft* no se conciben como instituciones totalmente paralelas.

Existen, sin embargo, elementos que reducen de manera significativa la importancia de dicha evolución. Ninguna de las dos sentencias del Tribunal de Justicia resulta relevante para los sistemas jurídicos de Estados miembros que no han creado instituciones de parejas registradas ni puede deducirse del Dere-

cho comunitario ninguna obligación respecto al establecimiento de tales instituciones, pues el matrimonio e instituciones análogas quedan fuera del ámbito material del Derecho comunitario. La cuestión que se plantea es, por consiguiente, exclusivamente relativa a la equiparación de la institución pareja registrada en aquellos ordenamientos en los que coexista con el matrimonio. En este punto existe además una diferencia importante entre los asuntos D.c. Consejo y Maruko. Cuando se dicta la primera sentencia no se había todavía promulgado la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo que rige ya plenamente al dictarse la sentencia Maruko. Si se tratara, sin embargo, de una cuestión que no entrara en el ámbito material de aplicación del Derecho comunitario, no podría derivarse del mismo principio de equiparación alguno.

## VI. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO \*

### 1. Jurisprudencia

STJCE 8 de noviembre de 2007 (asunto C-20/05, K. J. Wilhelm Schwibbert), a propósito de la Directiva 98/34/CE.

«La Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las normas relativas a los servicios de la sociedad de la información, en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, debe interpretarse en el sentido de que unas disposiciones nacionales como las que se cuestionan en el asunto principal constituyen un reglamento técnico que, en el supuesto de no haber sido notificado a la Comisión, no puede invocarse contra un particular en la medida en que hayan establecido, con posterioridad a la aplicación de la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, la obligación de poner en los discos compactos que contengan obras de arte figurativo el signo distintivo “SIAE” con vistas a su comercialización en el Estado miembro de que se trate.»

STJCE 17 de abril de 2008 (asunto C-456/06, Peek & Cloppenburg KG v. Cassina SpA), a propósito de la Directiva 2001/29/CE.

El concepto de distribución al público del original de una obra o de una copia de ella por cualquier otro medio distinto de la venta, en el sentido de artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y

---

\* Profesora titular de Derecho Civil. Universitat Autònoma de Barcelona. Esta crónica se enmarca en el Proyecto SEJ2004-05535 (Dirección General de Investigación-MEC) del cual es investigadora principal la Profesora María del Carmen Gete-Alonso y Calera. Además, es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759 dirigido por el Profesor Ferran Badosa Coll.

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, supone exclusivamente una transmisión de propiedad del objeto. Por consiguiente, ni el mero hecho de ofrecer al público la posibilidad de usar las reproducciones de una obra protegida por derechos de autor ni la exposición al público de dichas reproducciones sin que se conceda siquiera la posibilidad de usarlas pueden constituir tal forma de distribución».

STJCE 29 de enero de 2008 (asunto C-275/06, productores de música de España versus Telefónica de España).

«Las Directivas 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), 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, 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, y 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), no obligan a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal, el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. Sin embargo, el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpretación de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad.»

STJCE de 31 de enero de 2008 (asunto C-32/07, Comisión europea contra el Reino de España), por incumplimiento de la incorporación de la Directiva 2001/84/CE que dio lugar a.

«Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de 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, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva.»

## 2. Espacio e información digital

Recomendación 2006/585/CE de la Comisión, de 24 de agosto de 2006, sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital (Diario Oficial L 236 de 31 de agosto de 2006).

Mediante esta Recomendación, la Comisión solicita a los Estados miembros que aceleren la digitalización y la accesibilidad en línea de las obras culturales (libros, películas, fotografías, manuscritos, etc.). El objetivo es la puesta en línea del patrimonio cultural europeo a través de la biblioteca digital europea.

Comunicación de la Comisión, de 30 de septiembre de 2005, sobre «i2010: bibliotecas digitales» (COM (2005) 465 final-no publicada en el Diario Oficial).

La iniciativa «bibliotecas digitales» tiene por objeto conseguir que el patrimonio cultural, audiovisual y científico de la Europa sea accesible para todos. Más concretamente, el proyecto se propone que los recursos de información europeos resulten más accesibles, así como más fáciles e interesantes de utilizar, en un entorno en línea. Basándose en un rico patrimonio europeo, el proyecto reúne diversidad cultural, contexto multilingüe y progreso tecnológico.

Comunicación de la Comisión, de 1 de junio de 2005, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «i2010: Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo» (COM (2005) 229 final-no publicada en el Diario Oficial).

La Comisión propone un nuevo marco estratégico, i2010-Sociedad de la información europea 2010, grandes orientaciones de las políticas. Este marco promueve una economía digital abierta y competitiva y hace hincapié en las TIC en tanto que impulsoras de la inclusión y la calidad de vida. Elemento clave de la renovada asociación en pro del crecimiento y el empleo de Lisboa, i2010 trabajará por un enfoque integrado de las políticas de sociedad de la información y medios audiovisuales en la UE.

Apoyándose en un análisis completo de los retos asociados a la sociedad de la información y en una amplia consulta con las partes interesadas sobre iniciativas e instrumentos previos, la Comisión propone tres prioridades para las políticas europeas de sociedad de la información y medios de comunicación:

a) la construcción de un Espacio único Europeo de la Información que promueva un mercado interior abierto y competitivo para la sociedad de la información y los medios de comunicación;

b) el refuerzo de la innovación y la inversión en la investigación sobre las TIC con el fin de fomentar el crecimiento y la creación de más empleos y de más de calidad;

c) el logro de una sociedad europea de la información basada en la inclusión que fomente el crecimiento y el empleo de una manera coherente con el desarrollo sostenible y que da la prioridad a la mejora de los servicios públicos y de la calidad de vida.

## VII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA \*

## I. Legislación

## A) LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Reglamento (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) núm. 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE (*DO* L 79 de 19 de marzo de 2008 pp. ss.).

El Reglamento (CE) 216/2008, en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 70 *Entrada en vigor*; los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10 serán aplicables a partir de las fechas especificadas en sus respectivas disposiciones de aplicación, aunque no más tarde del 8 de abril de 2012) pretende garantizar un nivel elevado y uniforme de protección de los ciudadanos europeos en el ámbito de la aviación civil. Para ello recurre a la adopción de normas comunes de seguridad, velando por que los productos, las personas y las organizaciones cumplan dichas normas en la Comunidad, así como las adoptadas para proteger el medio ambiente. Al respecto se tienen en cuenta los límites que establece el Convenio sobre Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, en el que son partes todos los Estados miembros.

Con vistas a mejorar la aplicación práctica de esta normativa, determinadas funciones desempeñadas actualmente en el nivel comunitario o nacional pasan a ser desempeñadas por un único órgano especializado. De ahí la creación de una Agencia Europea de Seguridad Aérea, independiente en asuntos técnicos, y con autonomía jurídica, administrativa y financiera. El artículo 31 regula el régimen de responsabilidad de esta Agencia. Concretamente, el apartado 3 de este precepto dispone que, en caso de responsabilidad extracontractual, la Agencia deberá reparar los daños causados por sus servicios o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas será competente para conocer de todos los litigios relativos a la indemnización por estos daños.

Directiva 2008/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (*DO* núm. L 76 de 19.03.2008, p. 37 ss.)

---

\* Profesora contratada doctor de Derecho Civil, Universidad de Santiago de Compostela.

Directiva 2008/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (*DO* núm. L 76 de 19 de marzo de 2008, pp. 50 ss.).

#### B) LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

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, presentada por la Comisión de las Comunidades Europeas COM(2008) 98 final - Bruselas, 27 de febrero de 2008.

La propuesta se dirige a codificar la Directiva 72/166/CEE del Consejo de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad; la Segunda Directiva 84/5/CEE del Consejo de 30 de diciembre de 1983 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles; la Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo de 14 de mayo de 1990 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles; la Directiva 2000/26/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de mayo de 2000 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles); y 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. La nueva Directiva sustituirá a estas directivas, respetando su contenido y limitándose a introducir las modificaciones formales que la reagrupación de textos requiere.

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

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (*BOE* núm. 287, 30 noviembre 2007, p. 49181).

Entre otras materias, el nuevo texto incorpora la regulación sobre la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, anteriormente contenida en la Ley 22/1994, norma de transposición de la Directiva

comunitaria 85/374/CEE y ahora derogada (disposición derogatoria única núm. 4). La Exposición de Motivos justifica esta inclusión en el hecho de que la normativa sobre productos defectuosos incide en aspectos esenciales regulados en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que, como de manera unánime reconoce la doctrina y jurisprudencia requiere aclarar y armonizar sus respectivas regulaciones, al objeto de asegurar una adecuada integración entre ellas, superando aparentes antinomias.

## II. Jurisprudencia

### A) TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Responsabilidad por productos.—El auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 10 de diciembre de 2007, asunto T-187/07, desestima por incompetencia manifiesta la reclamación presentada por Pedro Landeira Méndez contra el Reino de España. La parte demandante considera que los tribunales españoles le denegaron, en infracción del Derecho comunitario, el derecho a ser indemnizado por haber contraído una enfermedad grave a consecuencia de una transfusión de sangre contaminada llevada a cabo en una intervención quirúrgica realizada en un hospital público español. La parte demandante también reprocha al legislador español haber adoptado una normativa que exime a la Administración pública sanitaria de responsabilidad por los riesgos de desarrollo con carácter general, infringiendo la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ahora bien, Las competencias del Tribunal de Primera Instancia en materia de responsabilidad extracontractual son las enumeradas en los artículos 235 CE y 288 CE, párrafo segundo, así como en los artículos 151 EA y 188 EA, párrafo segundo. Conforme a estas disposiciones, el Tribunal de Primera Instancia sólo es competente para conocer los recursos de indemnización de los daños causados por las instituciones comunitarias o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones. En el presente asunto, el autor del comportamiento al que el demandante atribuye la causa del perjuicio no es una institución ni un órgano comunitario, sino la Administración española.

### B) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—El Auto del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2007, asunto C-100/07, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2006, É.R. y otros/Consejo y Comisión (T-138/03), mediante el cual el Tribunal de Primera Instancia declaró la inadmisibilidad parcial y desestimó por infundado en todo lo demás el recurso de los recurrentes que tenía por objeto una demanda de indemnización con arreglo al artículo 235 CE y al artículo 288 CE, párrafo segundo, en la que se solicitaba reparación de los perjuicios sufridos a raíz de la contaminación y posterior fallecimien-

to de familiares que padecían una nueva variante de la enfermedad de Creutzfeld-Jakob, aparentemente vinculada a la aparición y a la propagación en Europa de la encefalopatía espongiforme bovina, de la que consideran culpables al Consejo y a la Comisión. El tribunal desestima el recurso por manifiestamente infundado en relación con los requisitos que han de concurrir para que se genere la responsabilidad extracontractual de las Comunidades.

### C) TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS núm. 1067/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), 19 de octubre de 2007. Respecto de la responsabilidad de la empresa pirotécnica por los daños causados a las víctimas de un accidente producido en los fuegos artificiales organizados por aquella, el tribunal señala que, en puridad, no se ha utilizado la prueba de presunciones para constatar la fabricación defectuosa del cohete, toda vez que no va de un dato o proposición conocido a otro desconocido. La Sala se limita a deducir que la empresa fabricó el cohete de los datos obrantes en autos: si la empresa no dijo en su momento (al presentar el proyecto técnico) que el cohete había sido adquirido de tercero, ni después ha intentado demostrar que fue adquirido ni de qué fabricante procede y, preguntado en confesión, el legal representante omite pronunciarse y, en todo caso, no niega en concreto que ha podido fabricarlo, mientras que el encargado admite que ellos también fabrican, la conclusión de la Sala de instancia es lógica, al imputar la fabricación, sin perjuicio de señalar que el conocimiento de la fabricación por tercero a lo sumo hubiera podido determinar la presencia de otro responsable, pero no la exoneración de la empresa pirotécnica.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS núm. 1266/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), 23 de noviembre de 2007. En el supuesto, se enjuiciaban los daños sufridos por la persona encargada de disparar los cohetes adquiridos por el Ayuntamiento de Badolosa al explotarle uno de ellos muy cerca de la cara. El Tribunal señala que a la convicción y, por ende, demostración de que un producto es defectuoso se puede llegar, en ausencia de pruebas directas, a través de la prueba de presunciones, habida cuenta que, en muchas ocasiones, como sucedió en el presente caso, el daño se produce por la destrucción del propio producto, con lo que se imposibilita, a su vez, el análisis del mismo. De este modo, habiéndose declarado probado que la explosión no tuvo su origen en defectos de almacenamiento o manipulación, resulta razonable concluir que el producto adolecía de la falta de seguridad que cabía esperar, y por lo tanto que era defectuoso, en el sentido del artículo 3 de la Ley 22/1994; sobre todo a la vista de las especiales características de seguridad que deben tener los productos pirotécnicos, a lo que se ha de añadir la falta de información al usuario de los cohetes, pues no se acreditó que a los mismos se acompañaran las pegatinas con las instrucciones de uso.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS núm. 1242/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), 4 de diciembre de 2007 – A propósito de la responsabilidad objetiva de centro hospitalario, la decisión fundamenta la condena no sólo en el artículo 1903.4 CC,

sino también en los artículos 25 y 28.2 LCU, disposición esta última que, según el tribunal, en la actualidad ha sido completada por el régimen introducido por la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, y resulta aplicable a las transfusiones sanguíneas respecto de los centros hospitalarios en que se practican. Ello determina que el centro médico debe responder del contagio en virtud de una transfusión verificada por sus servicios, de los que cabe esperar razonablemente por el usuario medio que reúnan las condiciones de calidad necesarias para no constituir causa de infecciones susceptibles de ser evitadas mediante los adecuados controles.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS núm. 1250/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), 5 de diciembre de 2007. Dada la fecha en que se produjeron los hechos (finales de 1982) y la falta de alegación por la parte recurrente, el tribunal no entra a examinar la posible incidencia de la LCU ni de la Ley 22/1994 en relación con la responsabilidad derivada del contagio del SIDA por transfusiones realizadas en centro hospitalario.

Responsabilidad medioambiental.—STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm. 1118/2007, 20 de diciembre de 2007. El vertido de residuos industriales, tóxicos y contaminantes, llevados a cabo por la empresa Derivados de Minerales y Metales Demimesa, residuos constituidos fundamentalmente por escorias de plomo, en suelo no pavimentado y descubierto al aire libre sin ninguna protección, que produjeron lixiviados por escorrentía superficial, lo que se acreditó en la analítica llevada a cabo de las aguas del torrente Ca l'Almirall, afluente del río Anoia, dio lugar a la condena penal del propietario de la empresa, como autor de un delito consumado contra los recursos naturales y el medio ambiente, con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo y con responsabilidad civil subsidiaria de la empresa Demimesa (SAP de Barcelona de 11 de enero de 2007). El tribunal, como reflexión inicial, reconoce que al ordenamiento jurídico le corresponde un papel fundamental en la protección y salvaguarda de la Naturaleza, que la haga compatible con el desarrollo y avance de la Sociedad, lo que en definitiva se define como desarrollo sostenible (art. 45 CE). Por ello existen acciones protectoras tanto vía Derecho administrativo/Sancionador como vía Derecho Penal, si bien esta respuesta queda reseñada para las más graves infracciones a través de la creación de un catálogo de tipos penales. A tal respecto evoca también la reciente Ley 26/2007 de 23 de octubre sobre responsabilidad medio ambiental que traspone la Directiva 2004/35/CE del Parlamento europeo y del Consejo. Desde esta premisa, «hay que convenir que una particularidad de los procesos medio ambientales es la complejidad científico-técnica dada, fundamentalmente por dos factores: primero por la pluralidad de expertos llamados a informar en el proceso concernido, y a ello, unido la posibilidad de que los peritos no estén de acuerdo por mantener opiniones divergentes, lo que nos desembarca en la playa de la determinación del grado de competencia que deba serle asignado a cada informe y la razonabilidad argumentativa de la elección de este o aquel informe por parte del Tribunal».

VIII. EL DERECHO DE *TRUSTS*

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN \*

Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, coordinato con la legge di conversione 23 febbraio 2006, n. 51, recante: «Definizione e proroga di termini, nonché' conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative» (GU n.49 del 28.2.2006– Suppl. Ordinario núm.47).

El artículo 39-novies del D.L. núm. 273, de 30 de diciembre de 2005, añadido por la ley de conversión n. 51 de 23 de febrero de 2006, ha introducido tras el artículo 2645bis del Código civil italiano, el artículo 2645ter. Este nuevo apartado del artículo 2645 tiene por objeto –según indica el propio precepto– «*la inscripción de los actos de destino dirigidos a la realización de intereses mercedores de tutela, referentes a personas con discapacidad, administraciones públicas, u otros entes o personas físicas*». De acuerdo con el mismo, «*los actos otorgados en forma pública por medio de los cuales se destinan bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos, durante un período no superior a noventa días o durante la vida de la persona física beneficiaria, a la realización de intereses mercedores de tutela referentes a personas con discapacidad, administraciones públicas, u otros entes o personas físicas, de acuerdo con el artículo 1322 apartado segundo, pueden inscribirse con el fin de oponer a terceros el vínculo de destino; para la realización de tales intereses puede actuar, además de quien confiere el acto, cualquier interesado, inclusive durante la vida del mismo conferente. Los bienes conferidos y sus frutos sólo pueden emplearse para la realización del fin de destino y sólo pueden ser objeto de ejecución, salvo lo previsto en el artículo 2915 apartado primero, por las deudas contraídas con tal finalidad*».

Dicha norma entró en vigor el 1 de marzo de 2006 y ha suscitado un animado debate doctrinal acerca de su naturaleza y alcance y de cuál es su relación con la figura del *trust*. Y es que Italia carece de una normativa interna que regule la figura de origen anglosajón, a pesar de haber sido el primer país de *civil law* en ratificar el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre «ley aplicable al *trust* y su reconocimiento» (en el año 1989) y no obstante la preparación en ese país de diferentes proyectos legislativos dirigidos a trasladar la figura.

La inexistencia de una ley italiana sobre *trusts* no ha impedido que las autoridades judiciales y administrativas reconozcan a sus ciudadanos la posibilidad de constituir *trusts* internos. Es decir, *trusts* cuyos elementos esenciales se encuentran vinculados exclusivamente con Italia pero que el constituyente ha decidido someter al derecho de un ordenamiento que conoce el instituto. Esta posibilidad, hoy mayoritariamente reconocida por la doctrina y praxis italianas, se ha ido abriendo paso de forma paulatina al amparo, fundamentalmente, de una discutida interpretación de los artículos 6 y 13 del Convenio de la Haya. Frente a quienes entienden que el carácter de norma de derecho internacional del texto legal sólo justifica su aplicación ante supuestos que presentan conexiones con diversos ordenamientos jurídicos, ha terminado por prevalecer la opinión de quienes invocan el tenor literal del artícu-

\* Profesora contratada dra., Universidad de Cantabria.

lo 6 del Convenio, que consagra el principio de autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable, o el carácter facultativo del artículo 13, que prevé «la posibilidad» de no reconocer un *trust* cuyos elementos significativos estén vinculados con Estados que desconocen la institución.

Con la promulgación del nuevo artículo 2645ter, hubo quien entendió –principalmente entre el sector del notariado italiano– que quedaban definitivamente eliminadas las reticencias hacia la admisibilidad del *trust* interno pero, lejos de hacerlo, la norma ha abierto un nuevo debate doctrinal que sigue teniendo al instituto angloamericano como principal punto de mira. Pasamos a señalar a continuación los aspectos más problemáticos del artículo 2645ter para valorar, en un segundo momento, el tipo de cobertura legal que en ella encuentra la figura del *trust*.

Como se ha visto, el precepto prevé expresamente la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad los actos en virtud de los cuales se destinan bienes inmuebles o bienes muebles registrados, a la realización de intereses merecedores de tutela. Este vínculo de destino no puede tener una duración superior a 90 años o a la vida de la persona física beneficiaria del acto.

La primera cuestión que ha suscitado la norma es la de su naturaleza y alcance. El precepto se inserta en el artículo 2645 del Código civil italiano y por lo tanto en el seno de la disciplina referente a la «*Inscripción de actos relativos a bienes inmuebles*» (Libro VI, Título I, sección 1.<sup>a</sup>). No obstante, también es cierto que contiene algunos aspectos de derecho sustantivo, como la referencia a la duración máxima, la legitimación procesal de las partes implicadas o la mención del beneficiario. Esto indujo a pensar, en un primer momento, que el artículo introducía en el ordenamiento jurídico italiano un nuevo tipo de acto o negocio jurídico dotado de eficacia real: el acto de destino; un negocio traslativo atípico cuya causa sería el destino del bien a la realización de intereses merecedores de tutela.

Esta teoría puede considerarse superada tras el respaldo jurisprudencial que ha recibido aquella otra postura que ve en el artículo 2645ter un nuevo tipo de *efecto* negocial, y no de negocio jurídico. Las recientes resoluciones del tribunal de Trieste (*Giudice Tavolare*, decretos de 7 de abril de 2006 –*T. & AF.*, 2006, III, p. 417– y 19 de septiembre de 2007 –*T. & AF.*, 2008, I, p. 42– confirman que «no hay ningún indicio que permita deducir que se ha acuñado una nueva figura negocial, de la que se desconoce si es unilateral o bilateral, a título oneroso o gratuito, con efectos traslativos u obligatorios». «La norma sólo introduce en el ordenamiento un particular tipo de efecto negocial, el del destino [...], accesorio respecto de los demás efectos propios del negocio típico a atípico al que puede acompañar».

No obstante, y aun aceptando –tanto por su colocación sistemática como por su contenido– que el artículo 2645ter del Código civil es una norma sobre los efectos y no sobre los actos, siguen existiendo dudas importantes acerca de los elementos que han de darse en el negocio de destino para que éste pueda ser objeto de inscripción.

En la primera de las tres partes en que se estructura la norma, se delimita el ámbito de aplicación del precepto: sólo pueden inscribirse los «*actos*» (formulación amplia que admite cualquier estructura negocial) de destino «*otorgados en forma pública*». Entre ellos habría que incluir –de acuerdo con la resolución del tribunal de Reggio Emilia, *Sezione I Civile*, de 26 de marzo de 2007–*T. & AF.*, 2007, III, p. 419–, el convenio regulador homologado judicialmente en virtud del cual se destinan derechos reales sobre bienes inmue-

bles al cumplimiento de las obligaciones paterno-filiales y excluir –según la circular dictada por la *Agenzia del Territorio* acerca de la forma de llevar a cabo la inscripción de los actos de destino– aquellos actos redactados en escritura privada autenticada o reconocida judicialmente (formas en cambio admitidas, con carácter general, por el artículo 2657, como título apto para la inscripción).

Dichos «*actos*», que sólo son susceptibles de inscripción si tienen por objeto «*bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos*», deben destinar los bienes «*durante un período no superior a noventa días o durante la vida de la persona física beneficiaria, a la realización de intereses mercedores de tutela referentes a personas con discapacidad, administraciones públicas, u otros entes o personas físicas, de acuerdo con el artículo 1322 apartado segundo*». La remisión al artículo 1322 (que somete con carácter general la autonomía de la voluntad a la realización de intereses mercedores de tutela según el ordenamiento jurídico), lejos de clarificar, ha añadido más confusión a la ya de por sí difícil interpretación de la expresión «*intereses mercedores de tutela*».

La teoría respaldada por buena parte de la doctrina y por la resolución del tribunal de Trieste de 7 de abril de 2006 equipara –tal y como lo han hecho doctrina y jurisprudencia respecto del artículo 1322– intereses mercedores de tutela con intereses lícitos. Es decir, que serían intereses mercedores de tutela y por ende susceptibles de legitimar un acto de destino inscribible, todos aquellos que fueran lícitos en cuanto no contrarios al ordenamiento italiano. Pero también hay quien ha visto en el artículo 2645ter un *quid pluris* que exigiría, en cada caso, una valoración de los intereses perseguidos por las partes, con arreglo a criterios como la «*utilidad pública*», o quien ve en el reclamo a los «*intereses mercedores de tutela*», cuando menos un instrumento de control de la autonomía privada, un canon de conciliación de los diferentes intereses implicados.

En una segunda parte, el artículo reconoce legitimación procesal para la realización de los intereses a los que ha de responder el vínculo de destino «*además del conferente*», a «*cualquier interesado, inclusive durante la vida del mismo conferente*». Aunque, una vez más, el término «*conferente*» empleado por el legislador ha sido criticado por su falta de rigor, parece que es suficientemente amplio para abarcar los actos transmisivos de derechos reales a terceros, a los que se superpone un vínculo de destino, así como aquellos otros actos en virtud de los cuales se vincula un bien propio a la realización de intereses mercedores de tutela, sin que exista transmisión alguna.

La norma termina con una clara referencia de derecho sustantivo, impropia de un precepto sobre publicidad registral: «*Los bienes conferidos y sus frutos sólo pueden emplearse para la realización del fin de destino y sólo pueden ser objeto de ejecución, salvo lo previsto en el artículo 2915 apartado primero, por las deudas contraídas con tal finalidad*». En otros términos, se introduce en el ordenamiento italiano una regla general de la que ya se conocían algunas aplicaciones específicas (el fondo patrimonial *ex arts.* 167 ss. CC, los patrimonios destinados *ad uno specifico affare ex* artículo 2447bis CC): la separación patrimonial a efectos de responsabilidad por deudas. Cualquier sujeto puede –siempre que se cumplan los requisitos del artículo 2645ter– dar vida a uno o más patrimonios separados que no responderán de las deudas contraídas por su titular con finalidad distinta a aquella a la que obedeció su creación; sin perjuicio de la posibilidad de los acreedores del

conferente de recurrir a la acción revocatoria (art. 2901 CC) o por simulación (art. 2900 CC) si se dieran los presupuestos para ello. La norma no parece, sin embargo, sustraer los bienes objetos del destino patrimonial al régimen económico matrimonial ni a la sucesión *mortis causa* de su titular.

Sin duda son muchas las similitudes entre el acto de destino cuyos efectos regula el artículo 2645ter y el instituto del *trust*: la existencia de un conferente/disponente y de uno o varios beneficiarios; el destino o afectación de los bienes y de sus frutos; un plazo máximo de duración, análogo; la obligación del titular de los bienes –que en este caso también puede ser el propio disponente o un tercero– de utilizar los bienes recibidos para realizar el interés tutelado; la imposibilidad de que los acreedores agredan los bienes si no es por deudas contraídas con ocasión de la realización del destino. No obstante, también existen diferencias relevantes: la imposibilidad de oponer a terceros un acto de destino que tenga por objeto bienes muebles no inscritos en registros públicos; la posibilidad del conferente de dirigirse al titular de los bienes (lo que no constituye la regla general en el caso del *trust*) para exigirle la realización de los intereses tutelados; y sobre todo, la ausencia de obligaciones fiduciarias por parte del titular/adquirente de los bienes; y la existencia de una separación patrimonial unilateral e imperfecta: los bienes vinculados no solamente no se sustraen al régimen económico matrimonial ni a la sucesión *mortis causa* de su titular sino que además nada impide que los bienes personales de este último respondan de las obligaciones contraídas para atender a la realización del destino.

Estas diferencias y la postura de la que se debe partir de la naturaleza del artículo 2645ter –norma sobre los efectos– llevan a la conclusión de que el precepto no introduce el instituto del *trust* en el derecho italiano sino que permite su inscripción y con ello su oponibilidad frente a terceros, así como la de aquellos otros negocios típicos o atípicos que reúnan los requisitos mencionados. Por lo que respecta al *trust*, la norma supone la confirmación de una práctica que ya se venía desarrollando en Italia desde el año 2000 y en cuyo favor se ha pronunciado expresamente el Consejo Nacional del Notariado (*Notizie del 22 febbraio 2006*). Al amparo del artículo 2 del Convenio de la Haya (que reconoce al *trustee* la posibilidad de solicitar la inscripción de un bien mueble o inmueble, en calidad de *trustee* o de cualquier otra forma en que se ponga de manifiesto la existencia del *trust*, siempre que no esté prohibido por la ley del Estado en que ha de tener lugar la inscripción o sea incompatible con dicha ley), se venía admitiendo la posibilidad de inscribir actos relativos a *trusts* en los diferentes registros de la propiedad y registro mercantil, y con ello la de oponer a terceros el vínculo de destino.

La dificultad estriba en compatibilizar este instituto, que hasta ahora sólo debía pasar por el tamiz de los requisitos establecidos por la ley reguladora y el respeto al orden público italiano, con los elementos previstos en el artículo 2645ter a efectos de su publicidad. Por ejemplo, ¿es ahora preciso, para poder oponer a terceros un *trust* interno, que éste responda a la realización de intereses merecedores de tutela ex artículo 2645ter? Y si el reclamo a este criterio constituye un *quid pluris* respecto a cómo doctrina y jurisprudencia vienen interpretando el artículo 1322 CC, ¿debemos considerar que el artículo 2645ter representa un límite al ingreso del *trust* en el ordenamiento italiano?

Efectivamente, la norma no se limita a los *trusts* sino que se refiere a una categoría genérica de negocios, típicos o atípicos, dotados de eficacia traslativa u obligatoria, pero a los que se puede dotar de un particular tipo de efecto oponible a terceros: el destino. El artículo 2645ter se erige así en una nueva

regla a integrar con la que consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 2740 CC). Constituye la prueba palpable de la tendencia del ordenamiento jurídico a reconocer nuevas formas de garantía patrimonial y nuevas causas de prelación ligadas a determinado tipo de acreedores.

La experiencia italiana en la recepción de la figura angloamericana no está exenta de dificultades y sigue siendo de las que más polémica ha generado. Al amparo de una norma de Derecho internacional privado y sin ningún apoyo legislativo más allá de la ley italiana de ratificación del Convenio de la Haya, los *trusts* se ha ido abriendo paso con éxito en la praxis italiana. Con el artículo 2645ter, el legislador no se limita a confirmar la posibilidad de inscribir y oponer a terceros los *trusts* internos sino que aprovecha para elevar a la categoría de regla general una necesidad que el instituto angloamericano había simplemente puesto de manifiesto: la posibilidad de crear vínculos de destino oponibles a terceros. Confiemos en que, una vez más, la labor doctrinal y jurisprudencial ponga remedio a las incertidumbres suscitadas por la redacción de la norma.