

## Primeras reflexiones sobre el *Codice del consumo* italiano

BARBARA PASA \*

Una vez finalizados los trabajos llevados a cabo por la Comisión de expertos, nombrada el 23 de diciembre de 2002, y presidida por el Profesor Guido Alpa, y tras las consultas pertinentes a las asociaciones de profesionales y de consumidores, proferido también el Dictamen del Consejo de Estado<sup>1</sup> y, luego, las discusiones parlamentarias procedentes, en fecha de 22 de julio de 2005, finalmente el Gobierno italiano aprobó el *Codice del consumo* (= CCons)<sup>2</sup>, que entró en vigor con el decreto legislativo (= d.lgs)<sup>3</sup> de 23 de octubre de 2005, corregido posteriormente en fecha de 6 de enero de 2006<sup>4</sup>.

### 1. LA ESTRUCTURA DEL *CODICE DEL CONSUMO*

El *Codice del consumo* cuenta con 146 artículos y se divide en VI partes. La parte I contiene normas de carácter general: el artículo 1 establece cuál es la finalidad del código, esto es, armonizar y reordenar la normativa referente

---

\* *Ricercatore de Diritto Comparato* y Profesor agregado U. degli Studi di Torino. Se publica ahora la versión española, reducida, de una previa publicación en alemán escrita con Martin Weitenberg (Universidad de Münster) y publicada en *Verbraucher und Recht (VuR)* 2005; la versión inglesa de ese mismo texto puede leerse en la revista *Yearbook of Consumer Law*, 2006. La que ahora se da a la prensa en España, igual que las anteriores, forma parte del Proyecto «Uniform Terminology for European Private Law», cuyos miembros son las Universidades de Torino, Barcelona, Lyon, Münster, Nijmegen, Oxford y Varsovia, y que es parte del programa «*Improving Human Potencial*» financiado por la Comisión europea (Contrato núm. HPRN-CT-2002-00229).

<sup>1</sup> *Consiglio di Stato, sezione consultiva*, de 20 de diciembre de 2004, núm. 11602-04, *Foro italiano*, 2005, III, 348, con comentario de Alessandro Palmieri.

<sup>2</sup> D.lgs. 6 de septiembre de 2005, núm. 206, *recante il codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, núm. 229* (GU núm. 235 del 8 ottobre 2005 – supplemento ordinario núm. 162). Disponible en la dirección electrónica: [http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/codice\\_consumo/codice.pdf](http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/codice_consumo/codice.pdf).

<sup>3</sup> El d.lgs. tiene el mismo estatus de la ley ordinaria del Parlamento y es adoptado sobre la base de la delegación parlamentaria contenida en la Ley de 29 de julio de 2003, núm. 229 (n. 2).

<sup>4</sup> Para remediar una serie de errores formales, véase la corrección publicada en *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, núm. 2 del 6 de enero de 2006.

al proceso de adquisición y consumo, con el fin de asegurar un elevado nivel de tutela a los consumidores y usuarios. Todo ello con respeto a la Constitución y de conformidad con los principios de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, el Tratado de la Unión Europea, la normativa comunitaria y, especialmente, el artículo 153 TCE, así como los convenios internacionales. El artículo 2 enumera los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios: *a)* derecho a la tutela de la salud; *b)* a la seguridad y a la calidad de los productos y servicios; *c)* a una información adecuada y a una publicidad correcta; *d)* a la educación en el consumo; *e)* a la corrección, a la transparencia y a la equidad en las relaciones contractuales; *f)* a la promoción y al desarrollo del derecho de asociación, ejercido libremente y de forma voluntaria y democrática entre los consumidores y usuarios; *g)* a la instauración de servicios públicos según estándares de calidad y eficiencia. El artículo 3 define los conceptos esenciales: «consumidor o usuario», que es la persona física que actúa con propósitos ajenos a su actividad empresarial o profesional<sup>5</sup>; «profesional», que es la persona física o jurídica que actúa en el ejercicio de la propia actividad empresarial o profesional, o bien como intermediario; se definen, además, otros términos, como «asociación de consumidores», «productor» y «producto».

La parte II (arts. 4-32) concierne a la educación, la información y la publicidad, que se declaran orientadas a concienciar a los consumidores de los derechos e intereses que les corresponden, a fomentar el desarrollo de vínculos asociativos, a la participación en procedimientos administrativos, así como a la participación en la representación de los organismos pertinentes. El núcleo o *corpus* de normas de mayor relieve atañe a la información que debe proporcionarse al consumidor: proceda de donde proceda, ésta debe adecuarse a la técnica de comunicación utilizada y debe expresarse de manera clara y comprensible, teniendo siempre en cuenta la modalidad de conclusión del contrato o las características del sector, con la finalidad de garantizar que el consumidor toma conocimiento de la misma. Si se infringe el deber de información, el Código del consumo prevé la posibilidad de solicitar tanto la tutela administrativa como otra jurisdiccional específica, sobre todo en relación con las indicaciones de los productos, los precios por unidad de medida, la publicidad engañosa y comparativa, y otras comunicaciones comerciales.

La parte III, que con 84 preceptos es la más extensa, se ocupa de la «relación de consumo» y contiene principalmente las reglas relativas al derecho contractual. El título I «[D]ei contratti del consumatore in generale» se ocupa de las cláusulas abusivas en los artículos 33-37; el artículo 38 prescribe la aplicación supletoria de las disposiciones del *Codice civile* (= CC) a los contratos concluidos entre consumidores y profesionales, en lo no previsto por el *Codice del consumo*<sup>6</sup>. El título II «[E]sercizio dell'attività

<sup>5</sup> Cuál sea la interpretación del término «consumatore» ha generado un amplio debate en la doctrina: ALPA, Guido, «Gli usi del termine “consumatore” nella giurisprudenza», *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* (1999), II, pp. 4 ss.; DI MARZIO, Fabrizio, «Intorno alla nozione di “consumatore” nei contratti», comentario a *Cassazione civile* de 11 de enero de 2001, núm. 314, *Giustizia civile* (2001), 2151 ss.; BOCCHINI, Fernando, «Nozione di consumatore e modelli economici», en BOCCHINI, Fernando (ed.), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, vol. I, Gli scambi, Torino, 2003, 25 ss.; AMATO, Cristina, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003.

<sup>6</sup> El artículo 142 Ccons dispone que el artículo 1469 *bis* CC queda modificado y sustituido por el siguiente texto: «[L]e disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore.»

*commerciale*» contiene un capítulo I rubricado «[D]isposizioni generali» con un único artículo (art. 39) sobre la aplicación del principio de buena fe, corrección y lealtad, también valorados de acuerdo con las exigencias de protección de las diversas categorías de consumidores. De igual modo, el capítulo II, «[P]romozione delle vendite» contiene una única sección con cuatro disposiciones sobre contratos de crédito al consumo y se efectúa una remisión a las disposiciones del Texto único de la ley en materia bancaria y crediticia (arts. 40-44). El título III «[M]odalità contrattuali» recoge, en el capítulo I, «[P]articolarità modalità di conclusione del contratto», cuatro secciones: la primera «[C]ontratti negoziati fuori dei locali commerciali» (arts. 45-49), la segunda, «[C]ontratti a distanza» (arts. 50-61), la tercera «[D]isposizioni comuni» (arts. 62-63) y la cuarta «[D]iritto di recesso» (arts. 64-67); finalmente, el capítulo II, «[C]ommercio elettronico» consiste en un mero reenvío al Decreto 2003, núm. 70, de transposición de la Directiva sobre el comercio electrónico (art. 68). En el título IV «[D]isposizioni relative a singoli contratti» se hallan las reglas sobre contratos relativos a la adquisición de un derecho de goce de bienes inmuebles repartido entre varias personas (arts. 69-81) y sobre servicios turísticos (arts. 82-100), mientras que el título V, «[E]rogazione di servizi pubblici», que únicamente cuenta con una norma de reenvío, garantiza los derechos de los usuarios de servicios públicos, con respeto a los criterios previstos en la normativa vigente sobre la materia (art. 101).

La parte IV, en los artículos 102-135 sobre la «[S]icurezza e qualità», define las nociones fundamentales, el ámbito de aplicación, y las normas sustanciales y de procedimiento en materia de seguridad de los productos (título I), de responsabilidad por daño causado por productos defectuosos (título II), de garantía legal de conformidad y garantías comerciales tras la adquisición de bienes de consumo (título III).

Finalmente, en la parte V (arts. 136-141) y VI (arts. 142-146) se hallan normas relativas a las asociaciones de consumidores y su acceso a la justicia (acciones inhibitorias y solución extrajudicial de las controversias), así como las disposiciones finales de modificación del *Codice civile* y de derogación de actos normativos anteriores, ahora absorbidos por el *Codice de consumo*. Efectivamente, el citado cuerpo legal agrupa un total de 20 leyes y decretos (art. 146 CS)<sup>7</sup>, en su formulación originaria<sup>8</sup>.

Contrariamente a lo dispuesto en la primera propuesta, ahora han sido transferidos del *Codice civile* al *Codice del consumo* dos ámbitos de tutela normativa, mediante la inclusión en este último de los preceptos relativos a las cláusulas abusivas<sup>9</sup> y a la venta de bienes de consumo<sup>10</sup>. Según la opinión de la Comisión del Senado, que hizo suyas las propuestas de modificación de determinadas normas<sup>11</sup>, es necesario valorar el carácter unitario del

<sup>7</sup> *Relazione al decreto legislativo recante Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003*, 12, disponible en: [http://213.175.14.65/pdf\\_upload/documenti/phpn1yjOL.pdf](http://213.175.14.65/pdf_upload/documenti/phpn1yjOL.pdf) y [http://www.codacons.it/documenti/pics/Relazione\\_codice\\_del\\_consumo.pdf](http://www.codacons.it/documenti/pics/Relazione_codice_del_consumo.pdf).

<sup>8</sup> Por ejemplo, *vid.* el artículo 1 de la Ley de 30 de julio de 1998, núm. 281, sobre la disciplina de los derechos de los consumidores y usuarios y sucesivas modificaciones, ahora inserto en el artículo 2 Ccons.

<sup>9</sup> Ex arts. 1469 *bis*-1469 *sexies* CC, incorporados en el CC vía artículo 25 de la Ley de 6 de febrero de 1996, núm. 52, que ha transpuesto la Directiva 93/13/CEE.

<sup>10</sup> Ex artículos 1519 *bis*-1519 *nonies* CC, incorporados en el CC vía artículos 1 y 2 del d.lgs. 2 de febrero de 2002, núm. 24, de transposición de la Directiva 1999/44/CE.

<sup>11</sup> Recomendación del *Consiglio di Stato* 20 de diciembre de 2004 (n. 1), § 7.

*Codice del consumo*, como fuente de todo el Derecho de los consumidores<sup>12</sup>. Efectivamente, hubiera resultado difícil reconciliar la finalidad de armonización y de reordenación de las normas relativas a los procesos de adquisición y consumo enunciadas en el artículo 1, si luego el mismo *Codice* excluía la regulación de áreas esenciales para la protección de los consumidores.

Casi todas las normas del *Codice del consumo* son consecuencia directa de la transposición de las directivas comunitarias, todas ellas referidas principalmente a las relaciones contractuales entre un profesional y un consumidor (los llamados contratos *businesses to consumers*-B2C), aunque se incluyen también, en algunos casos, relaciones comerciales entre profesionales (las llamadas *business to business relationships*-B2B)<sup>13</sup>. Con todo, además de la citada recopilación de decretos o leyes de transposición preexistentes, el *Codice del consumo* también innova, por ejemplo en relación con la tutela del consumidor en materia de televenta (arts. 28-32)<sup>14</sup>.

La estructura del *Codice del consumo* refleja las diversas fases esenciales del proceso de adquisición y consumo, según el orden cronológico en que se desarrollan<sup>15</sup>: desde las disposiciones sobre el deber de información que compete a los profesionales a partir del momento en que el consumidor manifiesta su interés a la adquisición de bienes o servicios (parte II), hasta las disposiciones sobre tutela del consumidor en el periodo sucesivo en el que – especialmente tras haber recopilado ulteriores informaciones– su interés se transforma en voluntad de adquirir los bienes y servicios, manifestada a través de la conclusión de un contrato (parte III). Finalmente, la fase de ejecución, con la que finaliza todo el proceso, se caracteriza por las disposiciones que sirven para equilibrar los intereses de las partes y para resolver eventuales conflictos, supuesto que el consumidor no quede satisfecho con el resultado (partes IV y V)<sup>16</sup>. En fase de discusión parlamentaria fue sugerida una estructura y organización alternativa del *Codice del consumo*: consistía en estructurar éste sobre la base del elenco de Derechos fundamentales del consumidor, enunciados en el artículo 2 Ccons<sup>17</sup>. La propuesta fue, sin embargo, rechazada, alegando las dificultades prácticas que habría para llevarla a

<sup>12</sup> Vid. *Relazione Ministero dell'Industria* (n. 8), p. 15, y el informe de la Comisión *ad hoc* n. X del la Cámara de los Diputados, de fecha 2 de febrero de 2005, p. 127 (<http://cerca.camera.it/fmAll.asp>), y la núm. 10 del Senado (<http://www.senato.it/static/bgt/lista-sommcomm/0/14/>).

<sup>13</sup> Directivas 85/374/CEE, 85/577/CEE, 84/450/CEE, 90/314/CEE, 93/13/CEE, 94/47/CE, 97/7/CE, 98/7/CE, 97/55/CE, 98/6/CE, 97/5/CE, 98/27/CE, 1999/44/CE e 2001/95/CE [vid. las consideraciones introductorias («visto ...») del Ccons].

<sup>14</sup> *Rapporto* del Ministerio de Industria (n. 8), p. 14.

<sup>15</sup> *Rapporto* del Ministerio de Industria (n. 8), p. 5.

<sup>16</sup> Nótese que la estructura del *Codice del consumo* no respecta exactamente las fases del proceso de adquisición y consumo, tal y como sería lógico esperar. Por ejemplo, la Sección dedicada a los servicios turísticos (arts. 82 ss.) no sólo contiene disposiciones sobre los deberes de información durante la formación del contrato (que correctamente se ubican en la parte III), sino que también incluye otras sobre el derecho de desistimiento y el resarcimiento de daños (arts. 92 ss.) que, propiamente, corresponden a la fase posterior a la conclusión del contrato, para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso y que, por eso mismo, correspondería ubicar en la parte IV. Por otra parte, debe también hacerse notar que una estructura rígida, que hubiese seguido al pie de la letra el esquema «formación/conclusión/ejecución» hubiera dado lugar a no pocas normas de reenvío y hubiese hecho difícilmente utilizable el *Codice*.

<sup>17</sup> *Rapporto* Ministerio Industria (n. 8), p. 11.

cabo<sup>18</sup>. Con la actual presentación se sigue, en parte, el modelo francés del *Code de la consommation*<sup>19</sup>.

Que el *Codice del consumo* realmente pueda alcanzar los objetivos de armonización y reordenación de la materia, expresados en el artículo 1, y, en consecuencia, que pueda incrementarse el nivel de tutela del consumidor, es algo que puede ponerse en duda, a la vista de las consideraciones siguientes.

## 2. EL CODICE DEL CONSUMO ¿ES UN VERDADERO CÓDIGO?

Se trata de ver ahora si el *Codice del consumo* es un verdadero código en el sentido convencional de la expresión, tal y como se entiende en los sistemas jurídicos del *Civil Law*, *i.e.*, un *corpus* de reglas y de principios tendencialmente completos y coherentes, con pretensión de ordenar y sistematizar completamente un determinado sector del derecho<sup>20</sup>.

### 2.1 Armonización de las definiciones

El catálogo de definiciones contenido en el artículo 3 CCons trata de armonizar las nociones esenciales que derivan de denominadores comunes a los diversos sectores tutelados en la norma. Así, por ejemplo, en relación con la venta a domicilio, el oferente ya no recibe la denominación de «operador económico»,<sup>21</sup> sino que –siguiendo las definiciones del artículo 3.c Ccons– ahora pasa a llamarse «profesional» (art. 45 CCons).

De hecho, gran parte de las definiciones del *Codice del consumo*, como la de «consumidor» y «profesional» (art. 3.a y c CCons) o «contratos a distancia» (art. 50.a CCons), reflejan las respectivas definiciones de las directivas comunitarias<sup>22</sup>. De aquí puede deducirse que el *Codice del consumo* es un sistema abierto y suficientemente flexible<sup>23</sup> que permite albergar en su seno las futuras normas comunitarias, ya sean éstas de origen legislativo (directi-

<sup>18</sup> *Rapporto* Ministerio Industria (n. 8), p. 11; Recomendaciones del *Consiglio di Stato* de 20 de diciembre de 2004 (n. 1), § 6.

<sup>19</sup> *Code de la consommation*, *Loi* de 26 de julio de 1993, núm. 93-949 (en vigor a partir del 1 de marzo de 1994).

<sup>20</sup> Sobre los diversos significados de la palabra «*Codice*» como «microsistema legislativo, il cui scopo è quello di raggiungere un bilanciamento provvisorio degli interessi in gioco», *vid.* Recomendación del *Consiglio di Stato* 20 de diciembre de 2004 (n. 1), § 7. Hace ya años que ha sido inaugurada la época de los microcódigos sectoriales. *Ad exemplum*, pueden citarse: *Codice in materia di protezione dei dati personali*, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, *Codice della proprietà industriale*, *Codice della amministrazione digitale*, *Codice delle assicurazioni private*. A este propósito, *vid.* PALMIERI (n. 1), p. 348; TRIPODI, Enzo Maria, «Consumatore e diritto dei consumatori: linee di evoluzione e codice del consumo» (2005), disponible en internet en: <http://www.altalex.com/index.php?idstr=24&idnot=10008#sdfootnote12anc>.

<sup>21</sup> Expresión precedentemente utilizada en el d.lgs. de 15 de enero de 1992, núm. 50, de transposición de la Directiva 85/577/CEE, sobre ventas fuera de los establecimientos comerciales.

<sup>22</sup> Incluso aunque, por ejemplo, en la versión italiana de algunas directivas, en la definición de «*consumatore*» no se alude a «*attività professionale o commerciale*» sino solo a «*attività professionale*» (art. 2 b Directiva 93/13/CEE).

<sup>23</sup> *Cfr.* SCHULZE, Reiner-SCHULTE-NÖLKE, Hans, «Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht», en SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergr-*

vas, reglamentos) o jurisprudencial (esto es, la interpretación que de las normas haga el Tribunal de Justicia)<sup>24</sup>.

La armonización perseguida por el legislador es, en todo caso, aproximada: se nota la aparición en el *Codice del consumo* de más de una definición del mismo término, por ejemplo, el de «consumidor»: aparece definido con carácter general en el artículo 3.a Ccons y también en el artículo 128.2.a CCons. En este segundo supuesto, la definición es superflua. Sí que hubiese sido necesario precisar la noción de consumidor en el artículo 83.1.c Ccons, en relación con el sector de servicios turísticos. En realidad, en este caso no está nada claro si los artículos 82 ss. Ccons sobre paquetes turísticos protegen sólo al consumidor, en el sentido del artículo 3.a Ccons, o bien también –tal y como sugería la Directiva 90/314/CEE– a las personas físicas y jurídicas que actúan en el ámbito de su actividad profesional<sup>25</sup>.

El término «vendedor» que, en relación con el instituto de la multipropiedad (art. 69 CCons), los paquetes turísticos (art. 83 CCons) y las ventas de bienes de consumo (art. 128 CCons), es definido de tres maneras diversas, habría podido ser absorbido por la noción de «profesional»<sup>26</sup>, a la vista de los objetivos de armonización y de reordenación anunciados<sup>27</sup>, por lo menos para el sector de la multipropiedad y las ventas de bienes de consumo.

La incoherencia en las definiciones da la impresión de que el *Codice del consumo* no alcanza el objetivo propuesto de reordenación de toda la

---

*und des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, 2001, 1 ss. (con referencia al § 13 *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB).

<sup>24</sup> Se auspicia la reforma del artículo 65 Ccons sobre el derecho de desistimiento. A pesar de la sentencia *Heininger* [STJCE 13 de diciembre de 2001, C-481/99, Rec. 2001, p. I-9945], en la que el TJCE declaró que no era posible que el legislador nacional limitara el plazo para ejercer el derecho de desistimiento, en todos los casos en los que el consumidor no había sido informado de su derecho, el ordenamiento italiano (a diferencia del alemán o el español) ha mantenido el plazo de los 60 ó 90 días, aunque el profesional no haya cumplido con su deber de información. Un comentario a esta sentencia, denunciando ya la actitud del legislador italiano, en EBERS, MARTIN-ARROYO AMAYUELAS, Esther, ««Heininger» y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (STJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 9 (2006), 409-444.

<sup>25</sup> Artículo 2.4 Dir.: Consumidor: la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado («el contratante principal»), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado («los demás beneficiarios») o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado («cesionario») [...].

<sup>26</sup> Cfr. el BGB: el § 14 contiene una definición de empresario [*Unternehmer*] comparable con la de profesional [*professionista*] ex artículo 3.1.c CCCons. Esta definición, así como la de *Verbraucher* (§ 13 BGB), se aplica también (además del § 241.a BGB sobre bienes/servicios no solicitados, al § 310 BGB sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, a los §§ 312 ss. BGB sobre venta fuera de establecimientos comerciales, contratos a distancia y contratos electrónicos, al § 355 BGB sobre el derecho de desistimiento en contratos con consumidores, y, en fin, a los §§ 491 ss. BGB sobre contratos de crédito al consumo) a los §§ 474 ss BGB sobre la venta de bienes de consumo y a los §§ 481 ss. BGB sobre la multipropiedad.

<sup>27</sup> Considerando además lo dispuesto en las Directivas 94/47/CE y 1999/44/CE: la definición de «*venditore*» sigue siempre el mismo criterio (esto es, será toda persona física o jurídica que actúe en el ámbito de su actividad profesional), repetido además en muchas otras directivas para definir a aquél que ofrece bienes y/o servicios. En la Directiva 90/314/CEE la definición es más genérica: «la persona che vende o offre in vendita servizi tutto compreso proposti dall'organizzatore» (art. 2.3).

disciplina. Es, ni más ni menos, la consecuencia de una codificación acelerada<sup>28</sup>.

## 2.2 Introducción de nuevos conceptos

Además de las definiciones fundamentales, ya presentes en otros actos normativos de transposición y ahora incorporados en el artículo 3, el *Codice del consumo* ha introducido nuevos conceptos. Piénsese, por ejemplo, en la expresión «proceso de adquisición y consumo» (art. 1) o bien en la de «relación de consumo» con la que se rubrica la parte III: ambas son creadas *ex novo*. Con todo, estas nuevas expresiones no convencen. Con la primera («proceso de adquisición y consumo»), probablemente se trataba de evidenciar y, al mismo tiempo, de conectar lógicamente las diversas fases que conducen al consumidor a la adquisición; pero la expresión se presenta de dudosa utilidad, a causa de su imprecisión y vaguedad. Con la segunda («relación de consumo»), se trata de individualizar una nueva categoría que sea compatible con la tradicionalmente aceptada y difundida de «relación obligatoria», pero el significado que asume en el uso corriente produce perplejidad en cuanto a la eficacia y oportunidad de la elección terminológica.

## 2.3 Armonización de los contenidos

Fruto de las presiones de la comunidad académica<sup>29</sup>, el *Codice del consumo* ha tratado de armonizar las disposiciones sobre el derecho de desistimiento: el plazo para ejercerlo se ha uniformizado con la previsión de «diez días laborables» para los contratos a distancia, las ventas a domicilio (antes eran siete días laborables) y la multipropiedad (antes eran diez días). Con todo, sorprendentemente, las normas generales sobre el derecho de desistimiento (arts. 64-67 Ccons) sólo se aplican a los contratos a distancia y a las ventas a domicilio (art. 64 Ccons), mientras que sectores como el de la multipropiedad y los paquetes turísticos «todo incluido» tienen normas propias (en los arts. 73 y 92, respectivamente).

Debe subrayarse que, al menos en lo que respecta a la multipropiedad –regulada mediante disposiciones comunitarias y nacionales similares a las de la ventas a domicilio y contratos a distancia– hubiera sido deseable poder aplicar por extensión las normas generales reguladoras del desistimiento en los artículos 64-67 Ccons. Así, el artículo 73 Ccons habría regulado «sólo» aspectos específicos y peculiares del derecho de desistimiento en el contexto específico de la multipropiedad que, por otra parte, es exactamente lo que sucede con las ventas a domicilio (arts. 47-48 Ccons) o con los contratos a

<sup>28</sup> El *Decreto ministeriale* de 13 de abril de 1999 ha creado, en el seno del Ministerio de Justicia, una *Commissione di studio per la revisione sistematica del diritto commerciale e, in particolare, per una revisione del diritto concernente le attività di impresa secondo le linee ispiratrici del diritto comunitario e in armonia con le esigenze evolutive del sistema economico sociale*, que también se ha ocupado de la tutela al consumidor. Según esta Comisión, una normativa nueva sólo hubiese sido factible a medio o largo plazo. Cfr. [http://www.giustizia.it/studierapporti/commissione\\_rovelli1.htm#c31](http://www.giustizia.it/studierapporti/commissione_rovelli1.htm#c31).

<sup>29</sup> FALCONIO, Diomede, «Il recesso del consumatore», en BOCCHINI (n. 25), 383 ss.; GUERINONI, Ezio, «Sul diritto di “ripensamento” e sui suoi effetti», comentario a Tribunale di Lucca 31.8.2004, *I Contratti* (2005), 378 ss.

distancia (art. 55 Ccons)<sup>30</sup>. Una vez más, la aclamada armonización del Derecho de consumo enunciada en el artículo 1 CCons no encuentra aplicación en las reglas adoptadas.

#### 2.4 Concordancias y discordancias con el *Codice civile*

En cuanto a la correspondencia entre las reglas de los contratos de consumo del *Codice del consumo* y las reglas generales sobre el Derecho contractual contenidas en el *Codice civile*, se aprecian innovaciones importantes. El concepto de ineficacia de las cláusulas abusivas (*vessatorie*) ex artículo 1469 quinquies *Codice civile* ha sido substituido por el de «nulidad de protección» (*nullità di protezione*) en el artículo 36 Ccons<sup>31</sup>. En un primer análisis, parece que, en realidad, la «nulidad de protección» debe reconducirse a la categoría civilística ya existente de la nulidad<sup>32</sup>. Pero, en ese caso, quedarían sin resolver determinadas cuestiones referentes a la coordinación entre las normas especiales del artículo 36 Ccons y las generales sobre nulidad de los artículos 1418 ss. CC.

El artículo 36.1 CCons prevé que las cláusulas abusivas (*vessatorie*) de los artículos 33 y 34 Ccons sean nulas, sin perjuicio de la validez del contrato<sup>33</sup>. Pero la validez del resto del contrato dependerá también de las disposiciones generales del artículo 1419.1 CC sobre la nulidad parcial<sup>34</sup>. La eficacia de la solución normativa adoptada –y, en última instancia, la satisfacción de los intereses de los consumidores– queda, pues, al albur de la aplicación judicial y según la interpretación dada al caso concreto.<sup>35</sup>

Además, el artículo 36.3 CCons añade otra disposición sobre la nulidad de protección<sup>36</sup>: establece que sólo puede ser invocada por el consumidor o el juez de oficio. Ello constituye una excepción con respecto a la regla general establecida en el artículo 1421 CC, que concede el remedio de la nulidad a «cualquiera que tuviera interés», además de legitimar al juez para actuar de oficio. Una cuestión diversa reside en la aplicabilidad del artículo 1422 CC a

<sup>30</sup> Sobre la técnica normativa que aquí se sugiere, véase el ejemplo del BGB, que contiene reglas generales sobre el derecho de desistimiento, comunes a todos los contratos con consumidores (§§ 312, 312d e 485 BGB) y también reglas específicas para algunos sectores-ventas fuera de establecimiento, a distancia, multipropiedad (§§ 355 ss. BGB). Sea permitido, de nuevo, el reenvío a EBERS-ARROYO, «Heininger», cit.

<sup>31</sup> Su elaboración se debe a la actividad, más bien creativa, de la *Corte di cassazione*, que siempre ha recurrido a la categoría de la nulidad en relación con el antiguo artículo 1469 quinquies *Codice civile*. Vid. *Cassazione civile* de 18 de enero de 2002, núm. 547; *Cassazione civile* de 4 de abril de 2001, núm. 4946; *Cassazione civile* de 19 de enero de 2000, núm. 569.

<sup>32</sup> Además de la nulidad, el CC italiano admite la anulabilidad (arts. 1425 ss.), la rescisión (arts. 1447 ss.) y la resolución (arts. 1453 ss.) del contrato.

<sup>33</sup> En la Directiva 93/13/CEE, vid. el artículo 6.1.

<sup>34</sup> Según el artículo 1419.1 CC la nulidad de cláusulas individuales puede determinar la nulidad de todo el contrato, si resulta que las partes no lo habrían celebrado sin la cláusula en cuestión.

<sup>35</sup> Una posible alternativa hubiese consistido en introducir una regla específica, como la del § 306.3 BGB.

<sup>36</sup> Otros ejemplos de nulidad parcial (o relativa) en favor del cliente se encuentran en el Derecho bancario, en el artículo 127.2 d.leg. de 1 de septiembre de 1993, núm. 385 (*Testo unico in materia bancaria e creditizia*); en el Derecho de seguros, en el artículo 167.2 d.lgs. de 7 de septiembre de 2005, núm. 209 (*Codice delle assicurazioni private*); en el sector de servicios financieros, en el artículo 23.3 d.lgs. de 24 de febrero de 1998, núm. 58 (*Testo unico in materia di intermediazione finanziaria*).



los contratos de consumo, relativamente a la imprescriptibilidad de las acciones generales de nulidad (salvo los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición): de esta manera, la tutela que ofrece el legislador italiano se inclina definitivamente –y de manera excesiva– en favor de la parte más débil del contrato.

Así pues, teniendo en cuenta que sólo el consumidor podrá invocar la acción de nulidad de protección, y que podrá hacerlo siempre y en todo momento, la conclusión es que lo hará siempre que le parezca oportuno o ventajoso para sus intereses. En la práctica, será suficiente con que el consumidor cambie de idea en base a motivos puramente personales. En otras palabras, las razones particulares que lleven a uno a contratar (al consumidor), que nunca ha sido un requisito del contrato, a diferencia de la causa, que sí que lo es, acaba siendo determinante para destruir el vínculo contractual. Es dudoso que tal interpretación, decididamente favorable al consumidor, deba acogerse con demasiado entusiasmo.<sup>37</sup>

## 2.5 El calificativo «del consumo» ¿es apropiado para definir a este Código?

La expresión «de consumo» que califica a este Código no parece tampoco demasiado oportuna o apropiada para describir el nuevo *corpus* normativo.

En una primera lectura (superficial) podría parecer que la expresión utilizada describe de manera óptima un código recopilatorio de todas las normas de tutela del consumidor. Por lo demás, esta es una interpretación que confirmaría la simple lectura del artículo 1 Ccons que, como ya se ha explicado con anterioridad, enuncia el objetivo de un alto nivel de protección del consumidor; y también la del artículo 2 y el elenco de derechos fundamentales del consumidor que presenta, hace visible la existencia de un nuevo *status* social jurídico del consumidor.

Pero, como se acaba de indicar, el *Codice del consumo* no contiene solamente reglas que afectan al consumidor, sino que dispone igualmente de normas que afectan, en general, a la práctica del comercio. Un ejemplo de lo que se acaba de decir es el artículo 39 Ccons, sobre la actividad comercial, que debe ser practicada al amparo del principio de la buena fe, con corrección y lealtad, teniendo en cuenta *también* las exigencias de protección de los consumidores. Otro ejemplo viene dado por los artículos 40 ss. Ccons, agrupados bajo la rúbrica «[P]romozione delle vendite», que parecen estar dirigidas al profesional mucho más que al consumidor. Aun otro ejemplo se refiere a las instituciones que juegan un rol fundamental en el control preventivo y administrativo en el sector de la publicidad engañosa y comparativa, que es

<sup>37</sup> El debate doctrinal sobre las diversas categorías de nulidad presentes en el sistema jurídico italiano no es nuevo. Entre los escritos más recientes sobre la nulidad, en general: MARICONDA, Bonfilio, «L'azione di nullità nei contratti in generale», *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* (1991), IV, t. 1, 463 ss.; GALGANÒ, Francesco, «Della nullità del contratto», *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, Bologna-Roma, 1998, 110 ss.; a favour de diversas formas especiales de nulidad: DI MAJO, Adolfo, «Nullità del contratto. Le nullità speciali, la nullità rimedio di protezione, le nullità da divieto», en DI MAJO, Adolfo-FERRI, Giovanni Battista-FRANZONI, Massimo, *L'invalidità del contratto*, Torino, 2002, 456 ss.; GIOIA, Gina, «Nuove nullità relative a tutela del contraente debole», *Contratto e impresa* (1999), 1336 ss. Una nueva definición («atípica invalidez relativa»), se lee en SACCO, Rodolfo, «Nullità e annullabilità», *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile* (1995), XII, 464 ss.

l'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* (art. 26 Ccons), creada en el año 1990 con la ley italiana *antitrust*. Finalmente, constituyen nuevos ejemplos las numerosas referencias al *Decreto legislativo* de 31 de marzo de 1998, núm. 114, sobre la reforma del sector del comercio (arts. 15, 44, 49, 61 CCons). Naturalmente, estas normas, que garantizan el correcto funcionamiento del mercado y una competencia leal, también favorecen indirectamente al consumidor. Por eso creo que, en lugar de «*Codice del consumo*», la norma debería haber optado por una rúbrica más transparente y más evocativa de las reglas que contiene. Con la actual, según también dan a entender los motivos de la norma, da la impresión de que la regulación está enfocada exclusivamente hacia el consumidor-ciudadano y, por tanto, la misma no da cabal idea de que también existen preceptos sobre prácticas comerciales desleales y aun otros dirigidos sólo a los profesionales. Si la protección de los consumidores es, precisamente, también la protección del mercado y de la competencia, lo correcto hubiera sido rubricar la norma teniendo en cuenta tal planteamiento.

Más allá de la inidoneidad de la expresión «*del consumo*» y desde un punto de vista sustancial, queda evidenciado que algunas áreas que son propias del consumo quedan fuera del Código. Por ejemplo, la Ley de 17 de agosto de 2005, núm. 173, sobre protección del consumidor en las ventas piramidales<sup>38</sup> y el *Decreto Legislativo* de 19 de agosto de 2005, núm. 190, que implementa la Directiva 2002/65/CE<sup>39</sup>, no han sido incorporadas en el nuevo *Codice del consumo*<sup>40</sup>, a pesar de que eran previas al Decreto Legislativo de su promulgación<sup>41</sup> y a pesar también de que la estructura del Código está preparada para acomodar eventuales nuevas normas.

A parte de esta (probablemente) inadvertida exclusión de algunos sectores del *Codice del consumo*, lo que más sorprende es la falta de inclusión de numerosas áreas relacionadas con la tutela de los consumidores, en relación con las cuales el *Codice* adopta la técnica del mero reenvío a una fuente normativa externa. Es significativo, por ejemplo, el reenvío externo en los sectores del crédito al consumo (el art. 43 Ccons reenvía al d.legs. de 1 de septiembre de 1993, núm. 385, esto es, el *Testo unico* en materia bancaria), en el de las ventas a domicilio (no sólo el art. 44, sino también el art. 49 reenvía al d.legs. 31 de marzo de 1998, núm. 114, sobre la reforma del sector comercial)<sup>42</sup>, el de los contratos a distancia (el art. 61 reenvía al d.legs.

<sup>38</sup> *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 2 de septiembre de 2005, núm. 204, en vigor desde el 17 de septiembre de 2005. El proceso legislativo se inició en fecha 20 de marzo de 2002: por lo tanto, las normas podían haber sido incluidas en el *Codice del consumo*. Vid. *Scheda dei lavori preparatori, XIV Legislatura, Atto parlamentare n. 2542*, consultable en internet: <http://cerca.camera.it/visRisultato.asp?Type=HTML&docNo=7>.

<sup>39</sup> *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 22 de septiembre de 2005, núm. 221, publicada en *GU* de 6 de octubre de 2005, núm. 233, en vigor desde el 7 de octubre de 2005, disponible en internet en la dirección siguiente: [http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/dlgs190\\_05.html#Art.por.100201](http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/dlgs190_05.html#Art.por.100201).

<sup>40</sup> Sin contar, también en este caso, que las definiciones y los conceptos utilizados en las diversas fuentes tomadas en consideración no son homogéneos: un ejemplo entre muchos: la Ley de 17 de agosto de 2005, núm. 173, adopta la expresión «*incaricato alla vendita diretta a domicilio*» y el d.lgs. de 19 de agosto de 2005, núm. 190 el concepto «*fornitore*», mientras que, como es sabido, el nuevo *Codice del consumo*, define en el artículo 3 el «*professionista*».

<sup>41</sup> Vid. n. 2.

<sup>42</sup> *Decreto legislativo sulla Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59*, en internet en la siguiente dirección: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/98114dl.htm>.

de 31 de marzo de 1998, núm. 114) y, sobre todo, el del comercio electrónico (el art. 68 reenvía al d.leg. de 9 de abril de 2003, núm. 70, de transposición de la Directiva 2000/31/CE). Incluso las nuevas reglas sobre televenta (arts. 28 ss. Ccons) remiten, en lo que concierne a la cuestión fundamental del ámbito de aplicación, a las «televentas tal y como quedan definidas en el reglamento sobre publicidad radiotelevisiva y televentas, adoptado por la [A]utorità per le garanzie nelle comunicazioni (...)», esto es, a una fuente externa al Código.

\* \* \*

Con esta codificación, el ordenamiento jurídico italiano ha abandonado la «solución unitaria» y, siguiendo<sup>43</sup> el modelo francés<sup>44</sup> y español<sup>45</sup>, ha optado por la «solución dual» que consiste en una regulación separada del Derecho de consumo respecto al resto del Derecho civil<sup>46</sup>.

Por tanto, contrariamente a lo expresado por el Ministerio de Industria en el momento de la promulgación del *Codice del consumo*<sup>47</sup>, el nuevo texto no ha armonizado ni reorganizado la materia por completo. Además, sus disposiciones concurren con otras reglas ya contenidas en otras fuentes, en detrimento de la claridad, la transparencia, el conocimiento y la comprensibilidad del Derecho de los consumidores.

---

<sup>43</sup> *Relazione* del Ministerio de Industria (n. 8), p. 10.

<sup>44</sup> Como se sabe, las reglas generales del Derecho civil se encuentran en el *Code civil*, mientras que las que regulan el Derecho de consumo, en el *Code de la consommation* (n. 190), con excepción de las normas sobre responsabilidad por productos defectuosos (art. 1386-1 a 1386-18 *Code civil*, incorporados con la *Loi* 19 mai 1999, núm. 98-389).

<sup>45</sup> También en este caso las reglas generales del Derecho civil se contienen en el Código civil y las reglas de consumo en numerosas otras disposiciones (no en un solo código, según la guía que proporciona el modelo francés), siendo seguramente la más importante la *Ley* 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, modificada por la *Ley* 7/1998, de 13 de abril de 1998, la *Ley* 39/2002, de 28 de octubre, la *Ley* 22/2003, de 9 de Julio y la *Ley* 23/2003, de 10 de julio.

<sup>46</sup> En este contexto, vale la pena hacer notar que el sistema jurídico italiano, contrariamente al francés y al español, entre otros, no cuenta con un Código de Comercio. Las reglas de derecho mercantil y societario se encuentran en los Libros Cuarto y Quinto del *Codice civile*.

<sup>47</sup> *Relazione* del Ministerio de Industria (n. 8), p. 12.

# Rapports nacionales de Derecho privado europeo, comparado y comunitario (2006-2007)

## ALEMANIA

MARTIN EBERS y EVA INÉS OBERGFELL

### Bibliografía (2006-2007)

MARTIN EBERS \*

#### 1. DERECHO PRIVADO EUROPEO - CUESTIONES GENERALES

- ARTZ, Markus: *Entwicklungen im Verbraucherprivatrecht-Deutschland und Europa: Symposion aus Anlass der Verabschiedung von Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Bülow am Freitag, dem 17. Februar 2006, Universität Trier, Heidelberg*, C. F. Müller, 2007.
- HEIDERHOFF, Bettina: *Gemeinschaftsprivatrecht, 2. überarbeitete Auflage*, München, Sellier, 2007.
- HERRESTHAL, Carsten: *Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen: Methoden, Kompetenzen, Grenzen dargestellt am Beispiel des Privatrechts*, München, CH Beck, 2006.
- JÄGER, Torsten: *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Mindestharmonisierung, der richtlinienorientierten Auslegung und des Vorabentscheidungsverfahrens*, Baden-Baden, Nomos, 2006.
- JUNG, Peter-BALDUS, Christian (eds.): *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht*, München, Sellier, 2007.
- KUHNKE, Michael: *Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union und in Kanada. Ein Vergleich am Beispiel des Gesellschaftsrechts und des Verbrauchervertragsrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim: *A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law. Eine Rechtstheorie ohne Recht. Posner v. Hayek zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- RANIERI, Filippo: *Das europäische Privatrecht des 19. und 20. Jahrhunderts: Studien zur Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Berlin, Duncker und Humblot, 2007.
- RIESENHUBER, Karl: *Europäische Methodenlehre: Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts*, Berlin, de Gruyter, 2006.

---

\* Doctor en Derecho y científico asistente en el Institut für Internationales Wirtschaftsrecht en la Westfälische Wilhelms-Universität Münster y actualmente investigador en la Universidad de Barcelona.

STRESE, Julia: *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft zur Privatrechtsangleichung im Binnenmarkt: eine Untersuchung zur vertikalen Kompetenzverteilung im Bereich des Gemeinschaftsprivatrechts und zu den Folgen kompetenzüberschreitenden Handelns*, Baden-Baden, Nomos, 2006.

## 2. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

GAIER, Reinhard-WENDTLAND, Holger: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG. Eine Einführung in das Zivilrecht*, München, CH Beck, 2006.

RÜHL, Wolfgang-SCHMID, Matthias-VIETHEN, Hans Peter: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, München, CH Beck, 2007.

STORK, Florian: *Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

## 3. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO-CUESTIONES GENERALES

DÜCHS, Constantin: *Die Behandlung von Leistungsstörungen im europäischen Vertragsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.

MITZKAIT, Anika: *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung. Ein Vergleich der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts mit dem reformierten deutschen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

SCHNEIDER, Winfried-Thomas: *Abkehr vom Verschuldensprinzip? Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Vertragshaftung (BGB, Code civil und Einheitsrecht)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

SCHURR, Francesco A.: *Geschäftsimmanente Abstandnahme : das ius poenitendi des Europäischen Fernabsatzrechts in Gegenüberstellung zu artverwandten Instituten des allgemeinen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

SCHULZE, Reiner (ed.): *New Features in Contract Law*, München, Sellier, 2007.

STAMER, Felix: *Die Bindung an öffentliche Äußerungen Dritter im vertragsrechtlichen Acquis communautaire*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

STEYNS, Jürgen: *Grenzen der Vertragsänderung: allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts und ihre Bedeutung für die Existenz eines unabänderlichen Kerngehalts im europäischen Primärrecht*, Berlin, Lit-Verlag, 2006.

VOGEL, Alexander von: *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht: Fragen der Kohärenz in Europa*, Berlin, De Gruyter, 2006.

## 4. COMPRAVENTA

EWERT, Anja Nikola: *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag. Eine rechtsvergleichende Studie des deutschen und englischen Rechts sowie des UN-Kaufrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.

- MONT, Ivo du: *Die Kombination von Rücktritt und Schadensersatz im neuen Schuldrecht. Eine ökonomische und rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des Kaufvertrags*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- REIFNER, Claire Anna: *Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Italien und Deutschland*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- STREER, Jan: *Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im englischen Recht durch die Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- ZERRES, Thomas: *Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel des deutschen und englischen Kaufrechts*, München, Sellier, 2007.

## 5. DERECHO DE SERVICIOS FINANCIEROS

- BERNT, Isabella: *Der Überweisungsvertrag im deutschen und im französischen Recht. Eine Untersuchung zur Stellung des Kunden gegenüber der überweisenden Bank nach Umsetzung der Richtlinie 97/5/EG*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- DENNIS Voigt: *Die Rückabwicklung von Kartenzahlungen. Auswirkungen der Existenz oder Ausübung von Vertragslösungsrechten des Karteninhabers gegenüber dem Vertragsunternehmen auf Kredit- und ec-Kartentransaktionen*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

## 6. DERECHO EUROPEO DE BIENES

- DIERKES, Holger: *Sicherungspflichten des Bauträgers in Spanien und Deutschland. Insbesondere aus Art. 19 Ley de Ordenación de la Edificación und aus §§ 3 und 7 Makler- und Bauträgerverordnung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- KRIMPHOVE, Dieter: *Das europäische Sachenrecht: eine rechtsvergleichende Analyse nach der komparativen Institutionenökonomik*, Lohmar, Eul Verlag, 2006.
- MALZAHN, Bettina M.: *Bedeutung und Reichweite des Eigentumsschutzes in der Europäischen Menschenrechtskonvention. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Enteignungen auf besatzungsrechtlicher bzw. besatzungshoheitlicher Grundlage zwischen 1945 und 1949 und der deutschen Restitutionsgesetzgebung nach der Wiedervereinigung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.

## 7. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

- BRÖMMELMEYER, Christoph: *Internetwettbewerbsrecht. Das Recht der Ubiquität - Das Recht der Domain Names - Das Recht der kommerziellen Kommunikation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- HAASE, Martin: *Die unlautere Wettbewerbshandlung nach der UWG-Reform. Zu den normativen Leitlinien des neuen Lauterkeitsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Verbrauchers als Schutzsubjekt*, Verlag Dr. Kovac, 2006.

- KOCH, Eberhard: *Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken. Aggressives Geschäftsgebaren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2006.
- LEISTNER, Matthias: *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb. Eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- NEUBERGER, Julius: *Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- RODERBURG, Dominik: *Das lauterkeitsrechtliche Irreführungsverbot in Deutschland und Belgien. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.

## 8. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

- KOCHER, Eva: *Funktionen der Rechtsprechung. Konfliktlösung im deutschen und englischen Verbraucherprozessrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- PECHSTEIN, Matthias: *EU-/EG-Prozessrecht. Mit Aufbaumustern und Prüfungsabsichten*. Unter Mitarb. v. Christiane Busch u. Philipp Kubicki, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- RATHENAU, Alexander: *Die Anwendung des EuGVÜ durch portugiesische Gerichte unter Berücksichtigung des autonomen internationalen Zivilverfahrensrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- SCHMITT, Michaela Christina: *Rechtssicherheit im Binnenmarkt. Zur Notwendigkeit eines Europäischen Schiedsgerichts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- THIELE, Alexander: *Europäisches Prozessrecht: Verfahrensrecht vor dem EuGH*, München, CH Beck, 2007.

## Legislación

EVA INÉS OBERGFELL \*

Legítima – quo vadis? Informe sobre el Simposio «Cuestiones sobre la reforma del derecho a la legítima» en el Castillo de Salzau (30 de noviembre-2 de diciembre de 2006) y el Anteproyecto del Ministerio Federal de Justicia alemán

---

\* Dra. Eva Inés Obergfell es abogada y trabaja actualmente en la cátedra de Derecho comercial y de la Propiedad intelectual en la Universidad Técnica de Munich. La autora agradece a Hilda Obergfell su ayuda con la traducción del texto al castellano y a la Dra. Esther Arroyo i Amayuelas, Prof. Titular Dret Civil, U. Barcelona, por la sugerencia de publicar este informe en el Anuario de Derecho Civil.

## I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 19 de abril de 2005<sup>1</sup> ha reabierto de nuevo el debate sobre la legítima. Hace mucho tiempo que se discute sobre el instituto y, en concreto, en Alemania, ya desde la promulgación del Código Civil, *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Actualmente, la legítima está regulada en los §§ 2303-2338 BGB y, según el Derecho alemán, son legitimarios los descendientes, los padres y el cónyuge del testador. La legítima no es *pars bonorum*, sino que sólo otorga al legitimario un derecho de crédito a su reclamación frente al heredero por un importe que es de la mitad de lo que el legitimario recibiría en la sucesión intestada. Hoy, más de un siglo después, todavía se plantea la duda de si la legítima (en esencia inalterada desde la fecha de promulgación del BGB, a finales del s. XIX) aún encuentra justificación en la realidad social, sobre todo teniendo en cuenta las circunstancias actuales de la convivencia familiar. El *Deutscher Juristentag* (DJT)<sup>2</sup> se ha ocupado ya tres veces de este tema (la última, en el año 2002) que, tanto política como socialmente, despierta enorme interés. En su momento, no se abogó por la derogación de la legítima (como había exigido cierto sector de la doctrina)<sup>3</sup> y se votó por su mantenimiento pero con algunos retoques, esto es, con modificaciones parciales que afectaban, especialmente, a su privación<sup>4</sup>. En su última sentencia, el Tribunal Constitucional Federal alemán deja libertad al legislador respecto a la posibilidad de introducir reformas en el instituto<sup>5</sup>. Y, según parece, está dispuesto a hacerlas. Efectivamente, el Ministerio Federal de Justicia alemán prepara un anteproyecto para la reforma del derecho de sucesiones que, esencialmente, tiene por objeto la legítima. Todo ello constituía, pues, un motivo suficiente para la organización del Simposio «Cuestiones sobre la reforma del derecho a la legítima», dirigido por Anne Röthel (Hamburgo) y que tuvo lugar del 30 de noviembre al 2 de diciembre en el Castillo de Salzau (cerca de Hamburgo). Esta reseña tiene por objeto dar cuenta del mismo<sup>6</sup>.

En su conferencia inaugural Peter Badura (Munich) presentó el conflicto entre «El Derecho de sucesiones, la libertad de testar y la protección de la familia», a propósito de la fundamental Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 2005 antes mencionada. Ésta sitúa la legítima entre la garantía del Derecho de sucesiones (esto es, el Derecho a disponer de los bienes por herencia) y la protección del matrimonio y la familia. Según la formulación del Tribunal Constitucional Federal la «participación económica mínima en la herencia, inderogable como principio, e independiente de la situación de necesidad» de los hijos del testador se basa, a la vez, tanto en el artículo 14.1.I como en el artículo 6.1 de la Constitución Alemana («*Grundgesetz*», GG). Badura entendía la referencia del Tribunal Constitucional

<sup>1</sup> Tribunal Constitucional Federal alemán, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge* [= ZEV] 2005, pp. 301 ss.; véanse los comentarios de Otte, *Juristen Zeitung* [= JZ] 2005, pp. 1007-1010; Kleensang, ZEV 2005, pp. 277-283; Schöpflin, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* [= FamRZ] 2005, pp. 2025-2030.

<sup>2</sup> El DJT es un congreso de juristas alemanes, que tiene lugar cada dos años.

<sup>3</sup> En este sentido, por ej., Petri, *Zeitschrift für Rechtspolitik* [= ZRP] 1993, p. 205.

<sup>4</sup> Véanse las conclusiones del 64. DJT, *Neue Juristische Wochenschrift* [= NJW] 2002, pp. 3073 y 3074; véanse también el dictamen sobre el derecho de alimentos y de sucesiones de Martiny, 64. DJT, 2002, p. A 79 y 80 y también pp. 104 ss.

<sup>5</sup> Véase Tribunal Constitucional Federal alemán, ZEV 2005, p. 301 y, especialmente, p. 304.

<sup>6</sup> Puede leerse una versión abreviada de este informe en ZEV 2007/1, p. X y XI.



Federal alemán al artículo 6.1 GG como limitación de la libertad de testar, justificada por el parentesco que resulta de la descendencia y, además, concluyó que tal participación económica mínima en la herencia del causante no se refiere sólo a los hijos del testador, sino también a los padres y al cónyuge. Según Badura, la legítima encuentra su fundamento en la descendencia y en la solidaridad familiar. La legítima es, desde el punto de vista de Badura, un mecanismo cuyo punto de equilibrio se encuentra entre la libertad de testar y la protección de la familia.

## II. EFECTOS DE LA LEGÍTIMA

A continuación, se trataron los efectos de la legítima en el ámbito social y empresarial. Jens Beckert (Colonia) defendió su provocadora tesis en torno a la «sociología de la legítima»<sup>7</sup>. Según Beckert, la herencia como mecanismo de transmisión del patrimonio es expresión de una relación de afectividad, lo cual le lleva a exigir la derogación de la legítima, en clara contradicción con las tesis defendidas por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Efectivamente, según Beckert la herencia se basa en el cariño y no puede estar regulada por leyes. A la posible objeción, según la cual existiría un derecho natural de los hijos a participar en ella, Beckert opone el argumento de que la obligación de los padres se refiere, en esencia, a la crianza de los hijos y que no existe ningún derecho a una participación material. También se puede objetar que la legítima sirve especialmente para dar protección a un testador que se deja manejar en demasía por motivos afectuosos en su última fase de la vida (por ejemplo en el caso de asistencia en la vejez) y que él mismo ha desatendido a sus propios descendientes. Beckert añade que los legitimarios posiblemente no habían vivido una relación solidaria con el testador y que, por el contrario, una relación solidaria no está siempre recompensada con la legítima. Siguiendo a Beckert, la derogación de la legítima puede reforzar las relaciones solidarias en el ámbito social más próximo. Sin embargo, en algunos casos, el propio Beckert acepta limitaciones al rigor de su propuesta, en favor de los hijos que el testador haya podido tener en el pasado y de los que ya no se ocupe, por haber creado, él mismo, otra familia. Los admite también, como consecuencia de la creación de un patrimonio común, cuando se trata de la legítima de los cónyuges.

La exposición de Rosemarie Nave-Herz (Oldemburgo) se basó en los últimos resultados empíricos de su investigación. Con el título «La generación de los herederos en cifras», se ocupó del incremento patrimonial que experimentan los herederos gracias a la herencia y expresó la expectativa de un incremento de volumen de estas últimas, que se traduce en la acumulación de riqueza en manos de unos pocos. Dicho de otra manera: que una minoría que ya está acomodada, hereda mucho. Además, Nave-Herz se preguntaba lo siguiente: ¿Qué se deja en herencia?, ¿Quién hereda más?, ¿Cuándo se hereda? y ¿Qué esperan los herederos? Las respuestas fueron, por ejemplo, que las herencias en su mayor parte consisten en dinero (57 por 100) e inmuebles (48 por 100), que los alemanes del Oeste heredan más que los del Este y que las herencias (que no son un fenómeno exclusivo de la clase alta) contribuyen a la perpetuación de la desigualdad social. Desde hace veinticinco años, los cónyuges figuran en primer lugar como herederos y les siguen los hijos. Con-

<sup>7</sup> Véase Beckert, *Unverdientes Vermögen, Soziologie des Erbrechts*, Frankfurt/Main, 2004.

trariamente a lo que sucedía anteriormente, domina ahora –según Nave-Herz– la predilección hacia el cónyuge. Una observación también muy interesante es que, normalmente, la herencia queda en la familia y que la causa principal de otorgar testamento es, precisamente, la existencia de la familia. Digno de mención es, además, que la actual generación de herederos, a causa del crecimiento de la expectativa de vida, dispone de vivienda propia mucho antes de la muerte del causante y que la familia de tres o cuatro generaciones hoy ya no es un fenómeno extraño (Nave-Herz utilizó la expresión «familia de múltiples generaciones multilocales» para referirse a los hijos que viven en lugares distintos). Hay algunos datos contradictorios: el 84 por 100 de los testadores acepta la opinión de que la herencia debe ser de libre disposición por parte de los herederos y, aun más, el 64 por 100 afirma sentir alegría si éstos pueden cumplir sus sueños gracias a la herencia. Pero, al mismo tiempo, el 62 por 100 de los testadores considera la herencia como patrimonio de la familia, que el heredero debe conservar.

Un efecto importante de la legítima se da en el ámbito de la sucesión de empresas<sup>8</sup>. Se ocupó de ello, en una ponencia muy crítica, Karsten Schmidt (Hamburgo), con el título «Legítima y sucesión de empresas». Schmidt explicó los problemas de coordinación entre uno y otro ámbito, lo que se manifiesta en la falta de respeto a los intereses institucionales de la empresa que supone tener que hacer frente al pago de la legítima. Además, se observan problemas de valoración de las empresas a la hora de hacer el pago, si éste no ha tenido lugar en el momento de la muerte del causante (es el valor que tenían los bienes en este momento el que se debe tomar en consideración, § 2311 BGB). Y no menores son los problemas de liquidez del heredero obligado al pago, con el consiguiente riesgo para la continuidad de la empresa. Schmidt critica especialmente la moratoria contenida en el § 2331.a BGB. En su opinión, esta regla es demasiado estricta y debería reconocer el problema de la falta de liquidez, como causa de justificación de un aplazamiento del pago. Además, Schmidt propone que se sustituya el crédito a la legítima por una forma de participación económica pasiva en la empresa, equivalente a su importe. Naturalmente, esta propuesta necesitaría una ampliación de la regla contenida en el § 2307 BGB.

### III. LEGÍTIMA Y JUSTICIA

Las siguientes ponencias de Reinhard Zimmermann (Hamburgo), Stephan Buchholz (Marburg) y Hans F. Zacher (Munich) trataron los aspectos históricos, filosóficos y socio-jurídicos de la legítima. La intervención de Zimmermann («La sucesión contra el testamento en el derecho romano-La sucesión forzosa [“Noterbrecht”] formal y material en el conflicto entre la libertad de testar y la solidaridad familiar»), introdujo a los asistentes en las raíces históricas de la legítima como límite a la libertad de testar en beneficio de una mínima participación en la herencia de los parientes más próximos. Esta limitación se observa, por ejemplo, en el instituto de la «querella inofficiosi testamenti». Buchholz aportó un texto de Max Weber<sup>9</sup> para comentar

<sup>8</sup> Compárese, por ejemplo, Oechsler, *Archiv für die civilistische Praxis* [= AcP] 200 (2000) pp. 603 ss.

<sup>9</sup> Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen 1922, Kap. VII Rechtssoziologie, § 3 Formen und Begründung subjektiver Rechte, p. 428 y 429.

si la legítima debe reputarse un derecho natural. Según Buchholz, la respuesta debe ser claramente negativa. Zacher se ocupó de la «legítima y la solidaridad entre generaciones», desde una perspectiva de Derecho social. Su ponencia fue un alegato en favor de una familia fuerte, que puede conseguirse con el instrumento de la legítima.

#### IV. LA LEGÍTIMA EN EL EXTRANJERO

La tarde del primer día de Coloquio fue dedicada a la legítima en el extranjero. En ponencias seleccionadas, se expuso la situación en Holanda y Bélgica (Walter Pintens, Leuven), Francia (Edmond Gresser, Estrasburgo), España (Esther Arroyo i Amayuelas, Barcelona), Hungría (Zoltan Csehi, Budapest) y Noruega (Peter Lodrup, Oslo). De manera muy concisa, se puede decir que la reforma del sistema legitimario que desde el 1 de enero de 2003 está en vigor en Holanda, se inspira claramente en el Derecho alemán (por ejemplo, ahora la legítima confiere un derecho de crédito) aunque con algunas diferencias (por ejemplo, en Holanda sólo son legitimarios los descendientes). En relación con el Derecho francés, desde el 1 de enero de 2007, la reforma habida en el Derecho sucesorio excluye de la condición de legitimarios a los padres y ascendientes<sup>10</sup>. Desde el punto de vista alemán, llama la atención que en el Derecho español un tercio de los dos que componen la legítima sea de libre disposición por el testador (la «mejora», art. 808.2 CC). La legítima húngara se configura, por la mayoría de los juristas, como un derecho de crédito que corresponde a los descendientes, al cónyuge y a los padres. Tanto en España como en Hungría, en mayor o menor medida, la legítima resulta ser una institución cuestionada por la doctrina. En España, incluso, algunos autores han llegado a plantear su conformidad con la Constitución. Se discute también si no debería excluirse de la condición de legitimarios a los ascendientes. El Código Civil húngaro, que se encuentra en fase de anteproyecto, mantendrá la legítima y no modificará el núcleo de los favorecidos. Es notorio, en la legislación noruega, el límite a percibir, que no puede superar el millón de coronas por hijo.

La conferencia de clausura del Secretario de Estado, Lutz Diwell (Berlín), trató de las «Reformas del derecho sucesorio y la legítima: posibilidades desde el punto de vista del Ministerio Federal de Justicia». El ponente informó de los planes de reforma ministeriales, en especial en relación con la privación de la legítima (§§ 2333-2335 BGB) y la moratoria de pago (§ 2331.a BGB).

#### V. MARCO CONSTITUCIONAL

El segundo día del Coloquio se dedicó a las leyes fundamentales. En la ponencia «Legítima y libertades garantizadas en la Constitución Alemana», el Juez del Tribunal Constitucional Federal alemán Reinhard Gaier (Karlsruhe), comentó con detenimiento la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 19 de abril de 2005, que recurre al artículo 6.1 GG, en especial la protección de la familia, para defender la idea de solidaridad

<sup>10</sup> El artículo 914 Code Civil francés (versión original) ha sido suprimido. Compárese Loi No. 2006/728 del 23.6.2006; Klima, ZEV 2006, p. 440 y, especialmente, p. 442.

generacional en que se basa la legítima. Demostró tanto las limitaciones, como el margen de maniobra de que dispone el legislador a la hora de regular el tema. Por ejemplo, no es posible establecer una participación legitimaria que sobrepase lo actualmente establecido en las normas vigentes, pero sí fijar una cuota inferior. En la discusión que siguió, Gaier recalcó que la discusión sobre si el cónyuge y los padres deben continuar considerándose legitimarios, queda abierta. Luego, Ulrich Karpen (Hamburgo) comentó la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán y su importancia a la hora de valorar cuál es el margen de que dispone el legislador a la hora de acometer reformas. Según su interpretación, más restrictiva que la del Tribunal Constitucional alemán, lo afirmado por éste en relación con los hijos (esto es, el derecho a una participación mínima en la herencia de sus padres, independiente de la situación de necesidad), es también aplicable cuando los legitimarios son los padres y el cónyuge.

Con el título «Legítima y bien comunitario: privilegio para una buena causa», Rainer Hüttemann (Bonn) y Peter Rawert (Hamburgo) propusieron una reforma ingeniosa, que privilegia a un «legitimario ficticio»: la utilidad pública. Es decir, que el testador debería poder destinar bienes en interés público o social (donaciones a fundaciones de utilidad pública o corporaciones de Derecho público), en detrimento de los legitimarios<sup>11</sup>. La propuesta debería encontrar acomodo en una nueva formulación de los §§ 2311 (con un nuevo párrafo segundo y una nueva frase en el primero) y 2330 BGB.

## VI. PARTICULARIDADES DE LAS REFORMAS PROPUESTAS

Antes de concluir, una especie de mesa redonda ofreció breves exposiciones de Michael Bürsch (Berlín), Judith Nikolay (Berlín), Rainer Hüttemann (Bonn), Knut-Werner Lange (Witten-Herdecke), Dieter Martiny (Frankfurt/Oder) y Gerhard Otte (Bielefeld). Bürsch, diputado del SPD («Sozialdemokratische Partei Deutschlands», Partido Socialdemócrata de Alemania) resaltó el aspecto de la utilidad pública en la discusión sobre la aceptación de legítima, respecto del cual observó la existencia de un amplio margen de actuación, aun después de la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 2005. Bürsch acogió con simpatía la propuesta de Hüttemann/Rawert y prometió tomarlo en consideración en los debates parlamentarios. En el discurso de Nikolay, se puso el acento en la necesidad de una reforma del Derecho de sucesiones, largamente tomada en consideración por el FDP («Freie Demokratische Partei», Partido Liberal Demócrata). Como ejemplo, valgan las dos consultas ante el Parlamento formuladas por este partido<sup>12</sup>, que en concreto se refieren al caso problemático de las donaciones vitalicias y su repercusión en los derechos sucesorios. Luego, Hüttemann se refirió a las desigualdades de trato en el pago de impuestos entre herederos y legitimarios. Abogó por una paridad y propuso al Ministerio de Justicia reconsiderar la propuesta presentada en 2002 por Jens-Peter Meincke (Colonia), durante el 64 DJT. Por su parte, Lange resaltó la carga que suponen para las empresas las pretensio-

<sup>11</sup> Véase la publicación de la propuesta en ZEV 2007, pp. 107-114.

<sup>12</sup> Véase la consulta menor «Planes de reforma del gobierno del derecho de sucesiones y de la legítima» del 19 de octubre de 2006, BT-Drs. 16/3056, y también la consulta «Examen sobre la necesidad de reforma de la legítima» del 22 de septiembre de 2004, BT-Drs. 15/3768.

nes a la legítima y subrayó que ésta todavía mantiene los valores de la solidaridad recíproca en las familias, aun dignas y necesitadas de protección. Con la mirada puesta en el § 2312 BGB, que protege el patrimonio rural, el ponente consideraba igualmente posibles los privilegios para los bienes empresariales. A continuación, Martiny resumió nuevamente las bases constitucionales y se ocupó del tema de la privación de la legítima y la atribución de donaciones vitalicias. Opinó que se debía tener muy en cuenta la relación entre la legítima y el derecho a la subsistencia. Martiny mostró un cierto desconcierto ante la posición del Tribunal Federal alemán, que denegó la posibilidad de una cláusula abierta en torno a los posibles casos de privación de la legítima. En cuanto a la propuesta presentada por Rawert/Hüttemann, Martiny albergó dudas sobre su constitucionalidad. En el último y a la vez breve discurso, Otte dirigió la atención a los sistemas de seguridad social, que deben ser igualmente considerados en la discusión que se mantiene sobre la legítima. El ponente propuso que la existencia al derecho a la legítima se debería relacionar con las prestaciones públicas que permitieran apreciar el estado de necesidad en el que se encuentra el legitimario.

## VII. ANTEPROYECTO DEL MINISTERIO FEDERAL DE JUSTICIA ALEMÁN

Actualmente, existe un anteproyecto de reforma del Ministerio de Justicia, en Berlín<sup>13</sup>. Sus rasgos principales son los siguientes:

1. Es necesario reformar las normas sobre privación de la legítima. Esta debería ser una posibilidad generalizable a todos los legitimarios, de manera que desaparecieran las diferencias hasta ahora contenidas en los §§ 2333, 2234, 2335 BGB, referidos, respectivamente, al testador, los hijos y el cónyuge. Además, deberían resultar protegidos por las reglas de la privación, no sólo el propio testador, su cónyuge, pareja de hecho o descendientes, sino también el círculo de personas igualmente próximas al testador, cónyuge, pareja de hecho e hijos. La privación de la legítima sería posible en el futuro, si un descendiente con derecho a ella pone en peligro la vida de personas cercanas al testador o es culpable de un crimen o delito grave contra esas personas. Además, se suprimiría el hecho de poder privar de la legítima a personas «en caso de que lleven una vida deshonrosa o inmoral», por considerarse un anacronismo. Se proyecta incluir, también, como causa de privación de la legítima, las condenas a prisión de más de un año sin posibilidad de libertad vigilada, a causa de la comisión de un delito; y se presenta una restricción que es indispensable: que la exigencia de dejar algo en concepto de legítima fuese un inconveniente insoportable para el testador. La circunstancia de que un delito sea cometido en estado de irresponsabilidad patológica o de discapacidad psíquica carecería de toda relevancia, siguiendo en este punto el precedente establecido por el Tribunal Constitucional Federal alemán del año 2005<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> El texto alemán está disponible en el internet en: <http://www.bmj.bund.de/files/-/2049/Gesetze%20Pflichtteilsrecht.pdf> (11.10.2007). Véase además la nota de prensa del Ministerio Federal de la Justicia alemán de 16 de marzo de 2007, publicada también en ZEV 2007, p. VIII y X.

<sup>14</sup> Véase Tribunal Constitucional Federal alemán, ZEV 2005, pp. 301 ss.

2. La moratoria en el pago de la legítima, según el § 2331.a BGB, debería extenderse, en un futuro, a todos los herederos. Hasta la fecha, sólo se beneficiaban de esta norma los herederos que fueran al mismo tiempo legitimarios (§ 2303 BGB: descendientes, padres, cónyuges). Además la moratoria deberá depender de que el pago de la legítima suponga al heredero una carga muy dura y fuera contrario a la equidad. Se incluye la exigencia de que sean tenidos en cuenta adecuadamente los intereses de los legitimarios.

3. Entre otras modificaciones el anteproyecto se dedica también a la pretensión al complemento de la legítima. El actual § 2325 BGB, sufriría modificaciones en el sentido de que las donaciones a terceras personas realizadas hasta en los diez años anteriores a la obertura de la sucesión, se incluirían de forma gradual. Es decir, las efectuadas con la anterioridad de un año, lo serían en su totalidad, y se iría descontando proporcionalmente 1/10 según su antigüedad. Una donación efectuada dos años antes, se tomaría en consideración sólo en el 9/10 de su valor, en el tercer año en un 8/10 y así sucesivamente. El derecho vigente contiene una regla fija, según la cual no se tienen en cuenta las donaciones efectuadas con una antigüedad de más de diez años; por otra parte se computan completamente donaciones efectuadas con una antigüedad de menos de diez años (§ 2325.3 BGB). El valor de los bienes consumibles se calcula según su valor al tiempo de la donación; si no lo son, la valoración acaece al tiempo de morir el testador (§ 2325.2 BGB).

## VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES

El simposio<sup>15</sup> de Salzau ha demostrado claramente cuál es el estado de la cuestión y hacia dónde llevan las discusiones de los anteproyectos de reforma de la legítima, así como su gran relevancia y repercusión social. La reciente e incipiente reforma de la legítima<sup>16</sup> no agota completamente la discrecionalidad a la hora de acometer reformas, aun después de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, pero tampoco conseguirá poner fin al debate, supuesto que muchas propuestas doctrinales de reforma no quedan reflejadas en el anteproyecto ministerial. Un ejemplo se refiere a la cuota de la legítima que, según anuncia el Ministerio de Justicia alemán, resulta inalterada. El tema continúa siendo de gran interés, y la pregunta planteada en el título «¿hacia dónde llevará el camino iniciado?» parece que, de momento, es imposible de responder con todo detalle.

---

<sup>15</sup> Las ponencias del simposio se han publicado en: Röthel, Anne (Hrsg.): *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, Schriften der Bucerius Law School, Carl Heymanns, Köln 2007, 300 pp.

<sup>16</sup> Véase *supra* VII.

## ESPAÑA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS y ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO

**Bibliografía**

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS \*

## 1. ARBITRAJE

ROCA AYMAR, José Luis: *El arbitraje internacional*, Madrid, Instituto Español de Comercio Exterior, 2006, 371 pp., ISBN (13): 9788478115693.

## 2. CONDICIONES GENERALES

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato ¿incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Pamplona, Aranzadi, 2006, 205 pp., ISBN (13): 9788497678117.

## 3. DERECHO DE CONSUMO

AVILÉS GARCÍA, Javier: *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, Granada, Comares, 2006, 504 p. ISBN (13): 9788498361469.

CARRASCO PERERA, Ángel, y ARROYO JIMÉNEZ, Luis-CORDERO LOBATO, Encarna, MENDOZA LOSADA, Ana Isabel: *Estudio sobre telecomunicaciones y derecho de consumo*, Pamplona, Aranzadi, 2005, 615 p. ISBN (13): 9788497675161.

CORCHERO, Miquel, y GRANDE MURILLO, Ana: *Las oficinas municipales de información al consumidor*, Pamplona, Aranzadi, 2007, 159 pp., ISBN (13): 9788483551813.

FUENTESECA DEGENEFFE, Cristina: *La venta de bienes de consumo y su incidencia sobre la legislación española (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2007, 458 p. ISBN (13): 9788497257596.

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, Pamplona, Aranzadi, 2007, ISBN (13): 9788483551882.

GARCÍA HEREDIA, Fernando: *Consumidores y usuarios. Claves para conocer nuestros derechos*, Málaga, Arguval, 2007, 149 p.

PUYALTO FRANCO, M.<sup>a</sup> José: *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios de consumo*, Madrid, Dyckinson, 2006, 158 pp., ISBN (13): 9788497729314.

---

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

TOMILLO URBINA, Jorge: *Práctica arbitral de consumo selección de laudos comentados de la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria*, Madrid, Cívitas, 2007, 872 pp., ISBN (13): 9788447027002.

#### 4. DERECHO DE LA PERSONA Y BIOÉTICA

ALKORTA IDIAKEZ, Itziar: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva Derecho español y comparado*, Pamplona, Aranzadi, 2003, ISBN (13): 849767233X.

AA. VV.: *Régimen Jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2006, 163 pp., ISBN (13): 9788498360721.

#### 5. DERECHOS HUMANOS, FUNDAMENTALES, CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EXTRANJERÍA

AA. VV.: *Sociedad multicultural y Derechos Fundamentales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial (ed.), 2007, 347 pp., ISBN (13): 9788496809048.

ADAM MUÑOZ, M.<sup>a</sup> Dolores y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene: *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2005, 228 p., ISBN (13): 9788478799640.

CAMPOY CERVERA, Ignacio: *Una discusión sobre la universalidad de los Derechos Humanos y la inmigración*, Madrid, Dyckinson, 2006, 339 pp., ISBN (13): 9788497728942.

ORTEGA MARTÍN, Eduardo: *Hacia un derecho unitario europeo en materia de extranjería*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, 215 pp., ISBN (13): 9788496518735.

RIPOL CARULLA, Santiago: *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Español. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos en el ordenamiento español*, Barcelona, Atelier, 2007, 212 pp., ISBN (13): 9788496758087.

#### 6. DERECHO DE FAMILIA

ALONSO PÉREZ, José Ignacio: *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor*, Barcelona, José Maria Bosch, 2007, 217 pp., ISBN (13): 9788476987667.

#### 7. PROTECCIÓN DE DATOS

ALMUZARA ALMAIDA, Cristina (coord.): *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*, Valladolid, Lex Nova, 2007, 705 pp., ISBN (13): 9788484064367.



ARENAS RAMIRO, Mónica: *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 638 pp., ISBN (13): 9788484566489.

SOLANES CORELLA, Ángeles, y CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> Belén: *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 171 pp., ISBN (13): 9788484563211.

## 8. RESPONSABILIDAD

PAZ MARTÍN, Jesús de: *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional de Varsovia (1929) a Montreal (1999)*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, 441 pp., ISBN (13): 9788497683470.

## 9. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO

AA. VV.: *La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el comercio electrónico*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial (ed.), 2007, 299 p., ISBN (13): 9788496809017.

— *La sociedad de la información en España*, Madrid, Planeta, 2007, 346 pp., ISBN (13): 9788408071549.

BARRIUSO, Carlos: *Administración electrónica*, Madrid, Dyckinson, 2007, 467 pp., ISBN (13): 9788497720151.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma: *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2007, 435 pp., ISBN (13): 849725760X.

## 10. VARIOS

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Sistema jurídico de la Unión europea*, Madrid, Cívitas, 2007, 305 pp., ISBN (13): 9788447027118.

AA. VV.: *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales. Algunas zonas de fricción*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial (ed.), 2007, 450 pp., ISBN (13): 9788496809024.

— *Estudios europeos*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, 270 pp., ISBN (13): 9788484566502.

— *El Derecho de la competencia y los jueces*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, 350 pp., ISBN (13): 9788497684194.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana: *Parmalat y otros casos de Derecho internacional privado*, Madrid, Colex, 2007, 574 pp., ISBN (13): 9788483420546.

MARTÍNEZ FRAGA, Pedro J.: *Hacia la unificación del Derecho internacional*, Pamplona, Aranzadi, 2006, 209 pp., ISBN (13): 9788497677264.

PIRIS, Jean Claude: *El Tratado constitucional para Europa*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, 353 pp., ISBN (13): 9788497683937.

## Legislación

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO \*

### Proyecto de ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores

El 8 de septiembre de 2006 se presentó en el Congreso de los Diputados el *Proyecto de Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores* (BOCG, Congreso, núm. 97-1). En el momento de redactar estas líneas el proyecto se encuentra en el Senado, habiéndose publicado ya las Enmiendas planteadas ante esta Cámara. Teniendo en cuenta que, en el Congreso de los Diputados, el Proyecto remitido por el Gobierno fue aprobado sin ninguna modificación, es previsible que el texto no experimente finalmente ningún cambio, o que las modificaciones que se puedan introducir sean mínimas.

La futura Ley incorpora al ordenamiento español la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, cuyo plazo de trasposición finalizó el 9 de octubre de 2004. Dicha Directiva había sido ya objeto de incorporación parcial a nuestro Derecho a través de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. El Proyecto pretende unificar el régimen de la contratación a distancia de servicios financieros, por lo que se derogan las modificaciones introducidas en la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro por la citada Ley 34/2003.

Por «contrato a distancia» se entiende en esta Directiva todo contrato relativo a servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para este contrato, utilice exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la propia celebración del contrato [art. 2.a)]. De acuerdo con el artículo 4.3 del Proyecto, se entiende que el contrato se celebra a distancia cuando para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares. Aunque en la Directiva no se incluyó finalmente una «Lista Indicativa» de los servicios financieros que pretendían regularse para evitar que pudieran entenderse excluidos otros servicios no mencionados de manera explícita, el artículo 4.2 del Proyecto sí contiene una referencia expresa a determinados servicios financieros incluidos en su ámbito de aplicación. En cualquiera de los casos no pretende regularse el contenido de estos servicios sino el hecho de que su comercialización se realice a distancia. Cuando los servicios financieros comprendan varias operaciones, como puede suceder con los planes de pensiones, cuentas corrientes, préstamos hipotecarios, etc., las disposiciones de la futura Ley se aplicarán sólo al acuerdo inicial. Se pretende con ello evitar que en cada una de estas operaciones se deba cumplir con los requisitos de información al consumidor, considerándose que los intereses de éste quedan suficiente pro-

---

\* Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valladolid.

tegidos cuando el proveedor cumple tales obligaciones en el momento del acuerdo inicial.

El concepto de consumidor que se utiliza en la Directiva, y que transcribe literalmente el Proyecto de Ley, viene referido a las «personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional». Así pues, dicho concepto no coincide con el de destinatario final de los bienes o servicios, a que hace referencia la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Tanto en la Directiva como el Proyecto se pone de relieve la importancia que tiene la información a suministrar al consumidor. En este sentido se establecen una serie de exigencias destinadas a conseguir un adecuado nivel de información de este último, tanto antes de la celebración del contrato como después de éste. A mayor abundamiento, el artículo 17 del Proyecto dispone expresamente que corresponde al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumban al amparo de esta Ley en materia de información al consumidor. Pero además, a través de la disposición adicional única se procede a modificar la Ley 26/1984, introduciendo un nuevo apartado 19 bis en su disposición adicional primera («Cláusulas abusivas») con la siguiente redacción: «La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la norma que los regula.» La Directiva se ocupa ampliamente de la puesta a disposición del consumidor de las condiciones contractuales y de la información previa, aludiendo a la necesidad de que se realice con la «debida antelación» o con la «suficiente antelación», y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato a distancia o de una oferta». Se deja, pues, libertad a los Estados miembros para concretar el mínimo de esta antelación, pero el Proyecto español se limita en este punto a reiterar el tenor de la Directiva, lo que me parece criticable.

Uno de los puntos fundamentales de los que debe informarse al consumidor es el relativo al derecho de desistimiento. Este derecho a desistir permite al consumidor desvincularse libremente del contrato ya celebrado, a través de una declaración de voluntad unilateral a la que queda sujeto el receptor de la misma. Se trata de un desistimiento *ad nutum*, que no tiene por qué fundarse en ninguna causa especial. No obstante, la Directiva se refiere en su artículo 6.2 a una serie de supuestos en que imperativamente no se va a aplicar el derecho de desistimiento, que se recogen casi literalmente en el artículo 10.2 del Proyecto de Ley. Además de ello, el artículo 6.3 de la Directiva recoge otros supuestos en que los Estados miembros pueden decidir libremente que el derecho de desistimiento no se aplique: a) Créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o a renovar o mejorar inmuebles. b) Créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble. c) Declaraciones de consumidores hechas con la intervención de un fedatario público, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor. En el Proyecto de Ley español se ha optado directamente por excluir el derecho de desistimiento en los tres casos. Es de destacar, además, que en el Proyecto se excluyen también del derecho de desistimiento los contratos relativos a «planes de pensiones» [art. 10.2.g)].

Esta exclusión no parece conforme a la Directiva, en cuyo artículo 6.1 se prevé expresamente la ampliación del plazo para desistir a treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida y en el de las «*jubilaciones personales*».

En cuanto a este punto (plazo para desistir), el texto del Proyecto no varía en relación con el propuesto por la Directiva: se fija con carácter general un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. El mencionado plazo es de treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida. Que se computen los días *naturales* proporciona una mayor seguridad jurídica para ambas partes contratantes que el cómputo por días *hábiles*, que se recoge para el mismo derecho de desistimiento en el artículo 6.1 de la Directiva 1997/7/CE, de 20 mayo, de protección de consumidores en materia de contratos a distancia, así como en el artículo 44.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Aunque el ejercicio del desistimiento no puede suponer ningún tipo de penalización, ello no significa que el consumidor no pueda verse obligado a abonar algunas cantidades; pero no como consecuencia de haber desistido, sino referidas al servicio efectivamente prestado durante el tiempo en que el contrato estuvo vigente. Esta cuestión, tal y como se recoge en el artículo 7.1 de la Directiva, que se transcribe casi literalmente en el artículo 11.1 del Proyecto de Ley, implica que el importe total a pagar por el consumidor no puede rebasar el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio, comparada con la cobertura total del contrato, ni ser en ningún caso de tal magnitud que pueda ser entendida como una penalización.

Ésta es la solución que ya se había recogido en la trasposición parcial de la Directiva realizada por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre. Según la redacción dada por esta Ley al artículo 6 bis de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en los casos de ejercicio del derecho de desistimiento, a partir de la fecha en que se expida la comunicación cesa la cobertura del riesgo por parte del asegurador y el tomador del seguro tiene «derecho a la devolución de la prima que hubiera pagado, *salvo la parte correspondiente al período de tiempo en que el contrato hubiera tenido vigencia*». Lo mismo se reitera en el artículo 83.a).3 de la Ley 50/1980 para los seguros de vida.

En definitiva, la mayor parte del Proyecto de Ley es una transcripción prácticamente literal del texto de la Directiva. Es cierto que gran parte de las Directivas relativas a la protección de los consumidores, al incurrir en un casuismo cuasireglamentario, dejan un estrecho margen de maniobra a la hora de su trasposición al Derecho interno. Pero lo que no tiene sentido es que el Estado español arrastre un retraso de casi tres años para dar cumplimiento a lo establecido en esta Directiva, para finalmente reiterar de una manera precisa y fiel su contenido. Desde esta perspectiva resulta casi sarcástica la lectura del artículo 51.1 de la Constitución: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios...» Si tenemos en cuenta que la Directiva 2002/65/CE se publicó en el *DOCE* el 9 de octubre de 2002, el legislador español va a tardar nada menos que cinco años en transcribir literalmente su contenido. Cualquier amanuense medianamente diligente tardaría mucho menos. La cuestión, repito, mueve al sarcasmo, si no fuera porque están en liza los legítimos intereses de los consumidores y usuarios.

## FRANCIA

ELISE POILLOT y CYRIL NOURISSAT

**Bibliografía**

ELISE POILLOT \*

## 1. DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- BÉRAUDO, J.-P., y TIRARD, J.-M.: *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Academy & Finance 2006.
- FAUVARQUE-COSSON, B.: *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, 2007.
- GAUDEMET, H.: *Le pluralisme en droit international privé. Richesses et perspectives (le funambule et l'arc-en-ciel)*, Cours général à l'Académie de droit international privé de La Haye, 2006.
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G. de y NIBOYET, M.-L.: *Droit international privé*, LGDJ, coll. manuels 2007.
- GUINCHARD, S. y FERRAND, F.: *Procédure civile, droit interne et droit communautaire*, Dalloz, 28 éd., 2006.
- GUTMAN, D.: *Droit international privé*, Dalloz, coll. Cours, 5.ème éd., 2007.

## 2. INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

- FAVRET, J.-M.: *L'essentiel des Institutions de l'Union européenne et du droit communautaire*, Gualinno éd. coll. Les Carrés, 2006
- PICHERAL, C.: *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Ellipses, coll. Universités-Droit 2006.
- RIDEUA, J.: *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, LGDJ coll. manuels, 5.ème éd. 2006.

## 3. DERECHO SUSTANTIVO DE LA UNIÓN EUROPEA

- CARLIER, J.-Y.: *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, 2007.
- DUBOIS, L. y BLUMANN, C.: *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, coll. Domat, 4.ème éd., 2006.
- GAVALDA, Ch. y PARLEANI, G.: *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5ème édition, Litec, París, 2006.
- RICHEVAUX, M.: Dan Top, *Les grands principes de droit communautaire du travail*, L'Harmattan, coll. L'esprit économique, 2007.

---

\* Maître de Conférences à l'Université Jean Moulin-Lyon 3. Directora adjunta de l'Institut de Droit Comparé Edouard Lambert.

## 4. DERECHOS HUMANOS

- CHASSIN, C.-A.: *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2007
- SUDRE, F.: *Droit européen et international de droits de l'homme*, PUF, coll. Droit fondamental, 8.<sup>ème</sup> éd. 2006.
- MARTIN, D.: *Egalité et non-discrimination dans l jurisprudence communautaire*, Bruylant, coll. Centre des droit de l'Homme de l'université catholique de Louvain, 2006.
- COHEN-JONATHAN, G.; FLAUSS, J., y LAMBERT-ABDELGAWAD, E.: *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2006.

## 5. TESIS Y OBRAS COLECTIVAS

- BENLOLO CARABOT, M.: *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant coll. Droit de l'Union européenne, 2007.
- CHAINAIS, C.: *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses 2007.
- FAURE-GAUSSSEL, C.: *Droit pénal des affaires : étude comparative franco-espagnole de l'infraction*, LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2006.
- GONZÁLEZ, G. (sous la dir. de): *Laïcité, liberté religieuse et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006.
- MAGNIER, V. (sous la dir. de): *L'entreprise et le droit communautaire, quel bilan pour un cinquantenaire?*, PUF coll. Ceprisca, 2007.
- NABLI, B.: *L'exercice des fonctions d'Etat membre de la Communauté européenne. Etude de la participation des organes étatiques à la production et à 'exécution du droit communautaire: le cas français*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses 2007.
- PETITI, Ch., y FAVREAU, F. (sous la dir. de): *Handicap et protection du droit communautaire et européen*, Bruylant 2006.
- VAN COPERNOLLE, J. y TARZIA, G. (sous la dir. de), *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé*, Bruylant, 2006.
- VARIU AUCTORES: *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, coll. Précis, 2007.
- VIALLARD, V.: *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations. Etude comparée des droits communautaire et américain*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses 2007.
- ZOLYNSKI, C.: *Méthode de transposition des directives communautaires. Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses 2007.

## Legislación y jurisprudencia

CYRIL NOURISSAT \*

### Informe anual del *Conseil d'Etat* y de la *Cour de cassation*: Cuando las altas instancias judiciales francesas se europeizan...

El pasado mes de abril, con un intervalo de pocos días de diferencia, tanto el *Conseil d'Etat* como la *Cour de cassation* hicieron públicos sus informes, con importantes referencias a la construcción jurídica comunitaria. Del primero daremos cuenta rápidamente. El segundo, en cambio, merece mayor atención, aunque sólo sea por el presunto interés que se le supone al lector de esta crónica.

El informe del *Conseil d'Etat* lleva por título «*[L]'administration française et l'Union européenne: quelles influences? Quelles stratégies?*»<sup>1</sup>. En lo que ahora interesa, el informe aborda diferentes aspectos sobre el desarrollo y elaboración de las normas comunitarias y su transposición en los Estados miembros y destaca la importancia del papel de las Administraciones nacionales, especialmente la francesa. Debe subrayarse que, a diferencia de lo que era habitual, el hilo conductor del informe se puede resumir con una fórmula, ya utilizada por Florence Chaltiel: la lógica de la influencia debe suceder a la lógica de la defensa. Es decir, que es deseable un enfoque «activo», por utilizar la jerga comunitaria. Aun habría que referirse al estudio pormenorizado que realiza Jean-Eric Schoettl, secretario general del *Conseil constitutionnel*, sobre la manera en que éste aborda la primacía del Derecho comunitario. En él, el autor recuerda la evolución reciente, tal y como, por otra parte, ya se explicó en la crónica anterior.

La *Cour de cassation* dedica su informe anual de 2006 al siguiente tema: «*[L]a Cour de cassation et la construction juridique communautaire*»<sup>2</sup>. Es difícil resumir 150 páginas, muy densas, sobre las relaciones entre el más alto tribunal francés en el orden civil y el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación se dará cuenta de los aspectos más relevantes que son los que, en definitiva, muestran una evolución favorable de la jurisprudencia francesa.

El prólogo de Denys Simon al Informe del que ahora se da noticia, nos lleva a concluir que, efectivamente, la plena recepción del Derecho comunitario por parte de los jueces franceses se ha hecho de manera muy tímida. Con todo, la transformación ha sido total y, poco a poco, se aprecia la voluntad de crear un «espacio jurídico homogéneo» gracias a la toma en consideración del Derecho comunitario en la resolución de los casos. No deben ocultarse los diferentes obstáculos técnicos y psicológicos por los que se ha tenido que pasar, pero ello, finalmente, no ha impedido que tanto el juez civil como el penal puedan llegar a ser considerados realmente como «jueces comunitarios de Derecho común» que aseguran, de esta manera, «la plena aplicación del Derecho comunitario».

\* Agrégé des Facultés de Droit. Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon 3.

<sup>1</sup> *EDCE* n.º 58: Doc. fr. 2007, disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/ce/rapport/rapport2007/rap07.pdf>.

<sup>2</sup> *Rapp. Annuel* 2006: Doc. fr. 2007, disponible sur [http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour\\_cassation-rapport\\_2006.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_cassation-rapport_2006.pdf).

A modo de conclusión, el informe apunta una cuestión muy interesante. ¿Cuál es la auténtica contribución de la *Cour de cassation* francesa a la construcción del ordenamiento jurídico comunitario? ¿Es la consecuencia de una estrategia premeditada? Es decir ¿de una voluntad de establecer una «doctrina judicial»? ¿O es, más modestamente, el resultado de la yuxtaposición de soluciones convergentes? Es algo a lo que no se da respuesta y, desde luego, ésta no es nada fácil. Pero basta una observación simple para tratar de averiguarlo.

La observación se refiere a la frecuencia con la que la *Cour de Cassation* hace uso de la cuestión prejudicial. No deja de ser sorprendente que, año tras año, éstas sean escasas (3 en 2000; 2 en 2001; 2 en 2002; 1 en 2003; 4 en 2004 y 2 en 2005). El artículo 234 TCE es explícito sobre la manera de proceder del tribunal de última instancia ante cualquier duda sobre la interpretación del Derecho nacional y su conformidad con el comunitario. La *Cour de cassation* hace, pues, un uso «razonable». Y ésta es, probablemente, una opción voluntaria, tal y como demuestran los debates con no importa quién sea el Presidente de la Sala: la cuestión prejudicial no se eleva más que cuando se trata de cuestiones esenciales y, por lo demás, basta con confirmar que uno es juez de Derecho común comunitario. Por si fuera necesario demostrarlo, veamos a continuación dos ejemplos ilustrativos.

El primero se refiere a la interpretación de una noción clave del Reglamento «Bruselas II» sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. El Reglamento «Bruselas II» –luego Reglamento «Bruselas II bis»<sup>3</sup>– sobre la competencia judicial en materia de divorcio, recurre a la residencia habitual para determinar la competencia en relación con determinadas materias. Quien ha elaborado la ley, sin embargo, no ha explicitado lo que debe entenderse por «residencia habitual». En una Sentencia de 14 de diciembre de 2005<sup>4</sup> (referida al citado Reglamento «Bruselas II» y, precisamente, a la noción de «residencia habitual»), la *Première Chambre civile de la Cour de cassation* se muestra conforme con la *Cour d'appel d'Aix* y ratifica que tal noción debe interpretarse según el Derecho comunitario y no según el Derecho francés. Según la *Cour de Cassation*, la *Cour d'appel* no habría violado el artículo 2 del Reglamento de 29 de mayo 2000 al no partir de la definición de «residencia habitual» que proporciona ese texto y, por tanto, entiende que es correcto limitarse a:

*«transposer, pour l'application de ce texte, la jurisprudence par laquelle la Cour de justice des Communautés européennes a défini cette notion dans d'autres domaines et notamment en droit social».*

En consecuencia, la sentencia afirma que:

*«la résidence habituelle, notion autonome de droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts».*

<sup>3</sup> Sobre el Reglamento, H. Fulchiron, C. Nourissat (dir.), *Le Droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale: le règlement CE n.º 2201/2003, dit règlement «Bruxelles II bis»*, Dalloz, 2005.

<sup>4</sup> Civ. 1re, 14 déc. 2005, Bull. civ. I, n.º 506.



¿Es ése un razonamiento correcto? ¿No hubiera sido más razonable aplazar su decisión hasta saber cuál era la opinión del TJCE? Y, por tanto, ¿no hubiera sido preferible elevar una cuestión prejudicial para conocer qué significado daba a la noción de «residencia habitual» el TJCE? Desde luego que sí porque ¿*quid* si hubiera habido una interpretación divergente respecto de su propia jurisprudencia anterior?

El segundo ejemplo se refiere a la transposición de la directiva sobre agentes comerciales que, por lo demás, prevé un contrato sobre el cual el informe del que ahora se trata realiza amplias consideraciones. Acaso quizá excesivamente utópicas, basadas en una supuesta colaboración armónica entre los jueces, como demostrarían las cuestiones prejudiciales que la *Cour de cassation* ha tenido la ocasión de plantear al TJCE y, además, recientemente<sup>5</sup>. Ahora bien, en una Sentencia de 28 de noviembre de 2000<sup>6</sup>, la *chambre commerciale de la Cour de cassation* consideró —con razón— que las normas nacionales de transposición de la directiva no son normas de orden público internacional. Pero el caso es que, en una sentencia de fecha anterior<sup>7</sup> ¡el TJCE había establecido justamente lo contrario! Ello indica un cierto desorden y, aunque para resolver el conflicto basta con apelar al principio de primacía, desde luego tal caos no redundaría en la seguridad jurídica. Para evitar que el fenómeno se repitiera, la sala de lo mercantil esperó a conocer lo que el TJCE diría en la sentencia *Eurofood*<sup>8</sup> acerca de la interpretación de la expresión «centro de intereses principales» (que es la expresión de la que se sirve el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia), antes de hacer pública su sentencia *Daisytek*<sup>9</sup>, en un pleito que se refería exactamente a la misma cuestión.

En definitiva, una lectura atenta de las páginas que la *Cour de cassation* dedica a su propia actitud ante el Derecho comunitario, permite apreciar la particular atención que el juez nacional presta al proceso de construcción del ordenamiento jurídico comunitario. Desde luego, éste se permanece fiel al TJCE, como un leal servidor suyo, sin que en todo caso abdique de su propia *jurisdictio*. Aunque, ciertamente, a veces existen puntos de fricción, vistas las cosas globalmente, puede decirse que prevalece la armonía. Acaso sea necesario todavía prestar más atención a la influencia del Derecho comunitario sobre el nacional y, en definitiva, estar más atentos a cómo la técnica de interpretación conforme del Derecho nacional con el Derecho comunitario puede modificar la actitud y el método de razonamiento del juez francés. Por otra parte, justo es constatar que cada vez es más numerosa la jurisprudencia que no sólo trata de paliar la defectuosa o incluso total ausencia de transposición de las normas comunitarias, sino que además procura enriquecer el Derecho francés en ámbitos como el Derecho de contratos o el de la responsabilidad civil. Pero de ello no se va a tratar ahora sino, quizá, en las crónicas siguientes.

<sup>5</sup> Cass. com., 19 déc. 2006, n.º 03-12.724.

<sup>6</sup> Cass. com., 28 nov. 2000, Bull. civ. IV, n.º 183.

<sup>7</sup> TJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, C-391/98, Rec. I-9305.

<sup>8</sup> TJCE, 2 mai 2006, Eurofood, C-341/04, Rec. I-3813.

<sup>9</sup> Cass. com., 27 juin 2006, Bull. civ. IV, n.º 149. Tal y como expresa el Tribunal de la Sala mercantil: «*le retard dans le jugement du pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 4 septembre 2003 n'est dû qu'au souci de la Cour de cassation française d'attendre la décision de la Cour de Luxembourg*», en: B. Tricot, «Les enjeux de la réforme française des procédures collectives dans la mise en œuvre du règlement communautaire», RLDA 10/2006, p. 100s., spéc. p. 102.

## GRAN BRETAÑA

ALEXANDRA BRAUN \*

**Bibliografía (2006-2007)**

## 1. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

- ANTOKOLSKAIA, M. V.: *Harmonisation of Family Law in Europe - A Historical Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- ARMOUR, John y McCACHERY, Joseph A. (eds.): *After Enron. Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US*, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- BARENDRECHT, Maurits; JANSEN, Chris; LOOS, Marco; PINNA, Andrea; CASCAO, Rui, y VAN GULIK, Stephanie (eds.): *Principles of European Law, vol 2: Service Contracts*, Oxford University Press, 2007.
- BARNARD, Catherine (es.): *The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- BELL, John, y KILPATRICK, Claire (eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol 8, 2005-2006, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- BLOCKMANS, Steven, y LAZOWSKI, Adam (eds.): *The European Union and its Neighbours. A Legal Appraisal of the EU's Policies of Stabilisation, Partnership and Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- BURROWS, Noreen, y GREAVES, Rosa, *The Advocate General and EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- CASTIGLIONE, Dario, y LONGMAN, Chris (eds.): *The Language Question in Europe and Diverse Societies. Political, Legal and Social Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- CICHOWSKI, Rachel A.: *The European Court and Civil Society. Litigation, Mobilization and Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- GKOUTZINIS, Apostolos Ath.: *Internet Banking and the Law in Europe. Regulation, Financial Integration and Electronic Commerce*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- GUELLEC, Dominique, y VAN POTTELSBERGHE DE LA POTTERIE, Bruno: *The Economics of the European Patent System. IP Policy for Innovation and Competition*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- KUNER, Christoph: *European Data Protection Law. Corporate Regulation and Compliance*, 2.<sup>a</sup> ed, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MACMAOLÁIN, Caoimhín, *EU Food Law. Protecting Consumers and Health in a Common Market*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- NEBBIA, Paolisa: *Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- PIRIS, Jean-Claude, *The Constitution for Europe: A Legal Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- VON BOGDANDY, Armin y BAST, Jürgen (eds.): *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

---

\* Junior Research Fellow in Law, St. John's College, Oxford.

- WAHL, Nils, y CRAMÉR, Per (eds.): *Swedish Studies in European Law*, vol 1, 2006, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- WEATHERILL, Stephen, y BERNITZ, Ulf: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- ZIEGLER, Katja S.; BARANGER, Denis, y BRADLEY, Anthony W. (eds.): *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

## 2. DERECHO COMPARADO

- ELHAUGE, Einer, y GERADIN, Damien: *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- GIGLIO, Francesco: *The Foundations of Restitution for Wrongs*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- GLENN, Patrick H.: *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 3.<sup>a</sup> ed, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- HOYANO, Laura C. H. y KEENAN, Caroline: *Child Abuse. Law and Policy Across Boundaries*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MERINO-BLANCO, Elena: *Spanish Law and Legal System*, 2.<sup>a</sup> ed, Sweet & Maxwell, London, 2006.
- MORISON, John; McEVOY, Kieran y ANTHONY, Gordon (eds.): *Judges, Transition, and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- POUDRET, Jean-Francois, y BESSON, Sebastien: *Comparative Law of International Arbitration* (traducción a cura di Birti, Stephen y Ponti, Annette) Sweet & Maxwell, London, 2007.
- RÖVER, Jan-Hendrik: *Secured Lending in Eastern Europe. Comparative Law of Secured Transactions and the EBRD Model Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- RUSH, Michael: *The Defence of Passing On*, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- VAN DEN BERGH, Roger, y CAMESASCA, Peter D.: *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*, 2.<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell, London, 2006.

## Legislación (2006)

### *Consumer Credit Act 2006*

Con la promulgación del *Financial Ombudsman Service (FOS) scheme* para la resolución de controversias y del *Unfair Relationships Test*, el 6 de abril de 2007 supone una fecha importante en el camino hacia la realización de los beneficios que el *Consumer Credit Act 2006* prevé y que extiende tanto a las empresas como a los consumidores del Reino Unido. Efectivamente, el *Consumer Credit Act 2006* amplía el ámbito de aplicación del *Consumer Credit Act* de 1974, crea un *Ombudsman scheme*, e incrementa los poderes del *Office of Fair Trading* en lo tocante al crédito al consumo.

La completa entrada en vigor del *Consumer Credit Act 2006* tendrá lugar en octubre de 2008. A partir de abril de 2007, se aumentará la protección de los prestatarios gracias a la introducción de un nuevo «*unfair relationships test*» que les permitirá recurrir a los tribunales siempre que las relaciones entre prestamistas y prestatarios puedan considerarse desleales o abusivas («*unfair*»). A partir de la fecha indicada, los consumidores también tendrán acceso gratuito a un sistema de resolución de las controversias a cargo del *Financial Ombudsman Service*. Además, a partir de abril de 2008, los prestamistas tendrán la obligación de suministrar a sus clientes informaciones claras y regulares acerca del estado de sus cuentas; los *consumer credit businesses* se beneficiarán de un sistema de concesión de autorización de crédito y de un mecanismo de recursos mucho más eficiente y detallado.

### ***Companies Act 2006***

El pasado 8 de noviembre de 2006 se promulgó el *Companies Act 2006*. La norma sustituye a la mayoría de disposiciones en materia societaria previamente contenidas en diversas *Company Law Acts* de 1985, 1989 y 2004, introduce muchos cambios en diversas áreas del Derecho societario inglés como, por ejemplo, en relación con la constitución de sociedades, o los deberes y la responsabilidad de los administradores. El *Companies Act 2006* es el resultado de la transposición de la Directiva 2004/25/CE en materia de oferta pública de adquisiciones, así como de la Directiva 2004/109/EC sobre la armonización de los deberes de transparencia en la información de valores mobiliarios admitidos a cotización oficial, y que modifica la Directiva 2001/34/CE.

El *Companies Act 2006* entrará en vigor paulatinamente y sólo en el mes de octubre de 2008 se producirá la vigencia completa. Algunos apartados de la norma ya se aplican, como por ejemplo el relativo a las comunicaciones electrónicas, la publicidad de las participaciones accionariales o la responsabilidad por las declaraciones efectuadas. Entre las disposiciones que entrarán en vigor en octubre de 2007 cabe contar, además, con las de la Parte novena del *Companies Act* en lo que se refiere al derecho de los inversores indirectos y a los deberes de los directores generales. Las secciones dedicadas a la contabilidad, la revisión contable y los revisores, sólo serán aplicables a partir de abril de 2008. A partir de octubre de 2008, finalmente, la previsiones relativas a eventuales conflictos de intereses de los administradores.

## ITALIA

MIRKO FACCIOLI, BARBARA PASA, MAURO TESCARO Y STEFANO TROIANO

**Bibliografía**

1. DERECHO PRIVADO EUROPEO (Mirko Faccioli \*, Mauro Tescaro \*\*, Stefano Troiano \*\*\*)

DE CRISTOFARO, G. (a cura di): *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, Torino, Giappichelli, 2007.

Se trata de una obra colectiva, cuyos autores (G. De Cristofaro, E. Barge-lli, A. Ciatti, L. Di Nella, R. Di Raimo) son jóvenes docentes y estudiosos del Derecho civil italiano que, desde hace tiempo, se ocupan de la dimensión armonizadora del Derecho contractual europeo y, en particular, del Derecho de consumo. La obra trata de ofrecer una primera lectura y un primer análisis de las muchas e importantes modificaciones introducidas por la Directiva 2005/29/CE en materia de prácticas comerciales desleales entre empresas y consumidores y trata de definir cual será su impacto sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente sobre el Derecho italiano de contratos de consumo, cuando la directiva sea adoptada. Se trata de un análisis exegético y de reconstrucción sistemática y, a la vez de *iure condendo*, que ofrece instrumentos útiles de debate y propuestas para la incorporación de la directiva. Los autores proponen la elaboración de una norma con las modificaciones necesarias al *Codice del consumo* y otra relativa a la publicidad engañosa y comparativa.

VETTORI, G. (a cura di): *Codice del consumo. Commentario*, Padova, Cedam, 2007.

Es un comentario completo y puesto al día del d. legisl. 6 settembre 2005, n. 206, por el que se aprueba el *Codice del consumo*, y del d. legisl. 9 aprile 2003, n. 70, en materia de comercio electrónico. La obra se caracteriza por el esfuerzo de poner de relieve, según la típica estructura del comentario por artículos, la capacidad del Derecho de los consumidores para transmitir aspectos novedosos en la disciplina general del contrato del Código Civil.

PATTI, S.: *Diritto privato e codificazioni europee*, 2.<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2007.

Es una colección de escritos, publicados ya entre los años 1999-2006, sobre los temas siguientes: sistemática y contenido de un futuro Código europeo de contratos; evolución de la disciplina de tutela del consumidor, con especial referencia a la experiencia jurídica alemana; la regulación de los llamados contratos de adhesión; la progresiva formación de un Derecho europeo de familia.

\* Dottore di ricerca in Diritto privato europeo dei rapporti patrimoniali. Università di Verona.

\*\* Dottore di ricerca in Diritto privato europeo dei rapporti patrimoniali. Università di Verona.

\*\*\* Prof. Ordinario di Diritto Civile. Università di Verona.

SOMMA, A.: *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2007.

Se trata de contribuciones diversas del mismo autor, que se inspiran en la necesidad de valorar críticamente el proceso de formación de un Derecho privado europeo de contratos, desde el punto de vista de las implicaciones de orden económico y político del proceso.

CARRIERO, G.: *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in: *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XXXI, 2.<sup>a</sup> ed, Torino, Giappichelli, 2007.

El libro se estructura en cinco capítulos y acoge un estudio comparado de la disciplina del crédito al consumo en los principales países europeos. Se refiere a la tutela que ofrece el Derecho comunitario, define los límites subjetivos y objetivos del supuesto de hecho, analiza críticamente las categorías, instituciones y técnicas que sirven para la protección del consumidor; examina las perspectivas de futuro en relación con las nuevas técnicas de conclusión del contrato electrónico y la venta a distancia de servicios financieros.

## 2. DERECHO COMPARADO (Barbara Pasa\*)

DAIMON: *Annuario di diritto comparato delle religioni* (ed. Il Mulino).

Aparece una nueva revista anual, *Daimon*, para profundizar en un tema fascinante y actual: la relación entre la religión y el derecho.

La comparatística italiana se enfrenta a un desafío concreto. La transformación del mapa de las religiones ha puesto de manifiesto su conocimiento superficial, cuando no su total ignorancia. A parte de las nociones básicas y conocidas tradicionalmente sobre la religión católica, el resto continua siendo poco conocido. El primer y principal objetivo de *Daimon* es proporcionar un instrumento de conocimiento de las normas religiosas en los distintos de los ordenamientos jurídicos. Toda religión genera normas que guían la vía de sus fieles. El estudio de tales normas es fundamental para reconstruir y entender la nueva realidad que empieza a aparecer en Italia y, en general, en Europa. Desde esta perspectiva, el estudio pretende ir más allá del factor puramente religioso y pretende interactuar con la historia, la sociología, la teología y la psicología. Se trata, en fin, de comprender mejor la esencia de los institutos religiosos.

AJANI, G.; SERAFINO, M., y TIMOTEO, M.: *Diritto dell'Asia Orientale*, Utet, Torino 2007.

FRIGNANI, A., y PARDOLESI, R.: *Il diritto della concorrenza inquadrato nel più ampio contesto delle attuali teorie economiche*, in: AJANI, Gianmaria, y BENACCHIO, Gian Antonio (cur.): *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, VII, Giappichelli, Torino, 2007

SACCO, R.: *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007.

\* Prof. Agregado de Derecho Comparado. Università di Torino.

## Legislación

MIRKO FACCIOLI\*, MAURO TESCARO\*\*, STEFANO TROIANO\*\*\*

A comienzos del año 2007 fue promulgada la L. 6 febbraio 2007, n. 13 (G. U. 17 febbraio 2007, n. 40 – Serie generale – S. O. n. 41), *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2006*. Tiene 28 artículos y tres anexos, que confieren al Gobierno la delegación para la transposición, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de la norma, de 27 directivas relativas a las siguientes materias: medio ambiente y productividad; seguros; seguridad e higiene; instrucción y formación; trabajo; servicios financieros y crédito; seguridad e inmigración; sociedad; transporte; tratamiento de datos personales; tutela del consumidor. Entre las Directivas afectadas se encuentran, en particular, la 2005/68/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2005, sobre el reaseguro y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2002/83/CE; la Directiva 2005/56/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; la Directiva 2006/24/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. Además, la ley comunitaria 2006 ha modificado algunas normas internas de transposición de directivas, con el fin de adaptarlas al Derecho comunitario. Así y, en particular, en lo que se refiere a la tutela del consumidor, la ley comunitaria 2006 ha incorporado en el *Codice del consumo* (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) un artículo 144-bis, mediante el cual se atribuye al Ministerio de desarrollo económico la función de «autoridad pública nacional» a los fines del Reglamento CE n. 2006/2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores.

---

\* Dottore di ricerca in Diritto privato europeo dei rapporti patrimoniali. Università di Verona.

\*\* Dottore di ricerca in Diritto privato europeo dei rapporti patrimoniali. Università di Verona.

\*\*\* Professore Ordinario di Diritto Civile. Università di Verona.

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

## I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS\*

### Legislación

Información sobre la fecha de entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (*DOCE* L 94/70, de 4 de abril 2007).

El Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (*DOCE* L 299/62, de 16 de noviembre 2005), firmado el 19 de octubre de 2005, entrará en vigor el 1 de julio de 2007, de conformidad con su artículo 12 apartado 2.

Información relativa a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* L 94/70, de 4 de abril 2007).

El Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca, a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* L 299/62, de 16 de noviembre 2005), firmado el 19 de octubre de 2005, entrará en vigor el 1 de julio de 2007, de conformidad con su artículo 10 apartado 2.

Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo (*DOCE* C 61/1 de 15 de marzo de 2007). Una visión internacionalprivatista (para la perspectiva civil, *vid. infra* III).

La Comisión Europea ha elaborado el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo con el objetivo global de instaurar un verdadero mercado interior para los consumidores, estableciendo un equilibrio adecuado entre el alto nivel de protección de éstos y la competitividad de las empresas. Como dice la propia Comisión, es necesario estimular la confian-

---

\* Profesora de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESAD-Ramón Llull.



za de los consumidores en el mercado interior y al mismo tiempo es preciso que las empresas puedan beneficiarse de un entorno regulador más predecible y unas normas europeas simplificadas. El proceso de revisión afecta a ocho Directivas comunitarias de protección del consumidor. El diagnóstico de la revisión se ha llevado a cabo fundamentalmente a través de un análisis comparativo del modo en que se han aplicado las Directivas en los Estados Miembros y de la forma en que se han transpuesto en los distintos Estados miembros.

El Libro Verde señala expresamente que la «revisión no afectará a las normas comunitarias sobre el Derecho aplicable». Consecuentemente, ninguna de las cuestiones que se plantean en el Anexo I se refiere de manera expresa al Derecho aplicable. No obstante, una simple lectura del mismo muestra claramente varios conflictos potenciales con algunos instrumentos comunitarios, y lo que es más grave una falta total de coordinación en el tratamiento comunitario de las relaciones de consumo transfronterizas. Antes de analizar el impacto que el Libro verde tiene sobre las normas de Derecho internacional privado es necesaria una aclaración previa, puesta de manifiesto por el Grupo Europeo de Derecho Internacional privado en su respuesta al Libro Verde (<http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-27.htm>). Es importante recordar que el término «normas sobre Derecho aplicable» comprende no sólo las denominadas «normas de conflicto» sino también las normas unilaterales cuyo objetivo es la determinación del ámbito de aplicación internacional de determinadas normas materiales. Este tipo de normas ha sido introducido en diversas directivas comunitarias de protección del consumidor con la intención de asegurar la imperatividad de lo dispuesto en la Directiva en determinadas situaciones internacionales.

En el Libro Verde la Comisión plantea dos grandes estrategias para la revisión del acervo. Una vertical, consistente en la revisión individual de las ocho directivas afectadas. La otra horizontal, basada en la adopción de un instrumento marco para regular características comunes del acervo, combinada con algunas acciones verticales. En el marco de esta segunda opción la Comisión señala varias alternativas, entre ellas, la de adoptar un instrumento marco aplicable tanto a las transacciones nacionales como a las transfronterizas, o bien la elaboración de un instrumento que se aplique exclusivamente a los contratos de consumo transfronterizos o finalmente, elaborar un instrumento horizontal limitado a las compras a distancia, independientemente de su carácter nacional o transfronterizo.

Otra de las cuestiones que se plantea la Comisión es el grado de armonización. Las posibilidades de nuevo son varias. O bien se establece la plena armonización o bien se parte de una armonización mínima completada con una cláusula de reconocimiento mutuo o con el enfoque del país de origen. En ambos casos, los Estados conservarían la posibilidad de introducir normas más estrictas sobre protección de los consumidores en sus ordenamientos jurídicos nacionales pero tendría limitada la posibilidad de oponer esas normas imperativas a las empresas establecidas en otros Estados miembros.

Tras lo expuesto anteriormente es fácil comprender que la manera como el proceso de revisión afecte al «Derecho aplicable» variará según la estrategia que finalmente se siga. La intención de esta breve nota es simplemente mostrar la necesidad de que el Libro Verde se analice desde el prisma del derecho internacional privado puesto que de lo contrario en lugar de simplificar y mejorar la legislación existente lo único que conseguiría sería agravar el caos normativo existente actualmente y denunciado insistentemente por la

doctrina. Bastarán unos ejemplos para entender la preocupación de los internacionalistas.

La mayoría de las Directivas afectadas contienen en su articulado una norma de Derecho internacional que determina la aplicación imperativa de la Directiva en determinadas situaciones vinculadas con Estados no comunitarios. Estas normas ya presentan, de por sí, importantes conflictos con el actual artículo 5 del Convenio de Roma, así como con las normas de transposición de los distintos Estados miembros (ver STJCE C-70/03, 9 septiembre de 2004, Comisión c. Reino de España). En el supuesto de que se adoptara una Directiva marco es importante que la Comisión analice detenidamente el impacto de la introducción de una norma unilateral parecida a las existentes. Además, es asimismo fundamental que lleve a cabo ese análisis teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 del futuro Reglamento Roma I.

Si se opta por una armonización mínima combinada con el juego de una cláusula de reconocimiento mutuo o de aplicación de ley del país de origen, es importante que se estudie su relación con la solución conflictual dada por artículo 5 del futuro Reglamento Roma I. Habría que analizar detenidamente la potencial contradicción entre ambas normas. El artículo 5 del futuro Reglamento Roma I opta por la aplicación de la ley del país de residencia habitual del consumidor lo cual es difícilmente conciliable con la aplicación de la ley del país de origen (léase ley del país del vendedor).

Nada se decide en el Libro Verde sobre el caos normativo existente ocasionado por la multiplicidad de fuentes normativas que contienen normas de derecho internacional privado, ya sean normas de conflicto (Convenio de Roma, futuro Reglamento Roma I) o normas unilaterales (Directivas comunitarias de protección del consumidor, leyes de transposición de esas mismas Directivas). La solución debe pasar necesariamente por una coordinación de enfoques y no por un nuevo solapamiento. Por tanto, la revisión del acervo comunitario en materia de protección del consumidor debe hacerse teniendo en cuenta el futuro Reglamento Roma I y en particular sus artículos 5 y 3 (5).

## II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL \*

En este período se han producido novedades de orden menor para esta crónica, como la ampliación del régimen lingüístico del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, lógica consecuencia de la adhesión de Bulgaria y Rumanía (*DOCE* 29.12.2006, L 386/44 y 45). Por otra parte, el Parlamento Europeo ha dado su aprobación a los acuerdos –ya comentados en crónicas anteriores– entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, así como sobre traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, ambas cuestiones en materia civil y mercantil (*DO* 1.12.2006, C 292 E/94 y 95).

Pero sin duda, la disposición más importante aparecida en este período ha sido la definitiva aprobación del reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo.

---

\* Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR 00759.

Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOCE 30.12.2006, L 399/1).

Por fin se ha aprobado un procedimiento rápido de reclamación de deudas dinerarias en litigios transfronterizos, introduciendo en el ámbito comunitario el procedimiento monitorio, que tanta eficacia ha tenido en países como Alemania, Francia o España, pero no así en otros países de la Unión, no hay que olvidarlo. Entrará plenamente en vigor el 12 de diciembre de 2008 (art. 33).

Sea como fuere, el procedimiento que se ha configurado permite que el demandante presente de una forma teóricamente fácil –el formulario de solicitud no es sencillo precisamente para un lego en Derecho–, sin participación ni de abogado ni de procurador (art. 24), una solicitud en la que reclame un crédito, sin más motivación. Si el deudor, en el plazo de treinta días (art. 16.2) no se opone, o simplemente no responde desde que el Juzgado le haga el requerimiento de pago, el órgano jurisdiccional emitirá un título ejecutivo (art. 18.1) que debería ser considerado firme pese a que no diga nada el reglamento al respecto, puesto que su posibilidad de revisión es excepcional. Dicho título ejecutivo se deberá ejecutar normalmente en el Estado miembro donde tenga su domicilio del deudor (art. 21). Pero si se opone, incluso sin razones (art. 16.3), se pasará a tramitar el procedimiento declarativo ordinario que corresponda según el Derecho procesal nacional de que se trate, supeditando siempre la celebración de este procedimiento a la voluntad del acreedor.

Con todo, y pese a que la regulación ha sido bastante perfeccionada desde que se elaboró el proyecto (en la línea que señalé en anteriores crónicas), han quedado algunas sombras que creo conveniente destacar muy brevemente, para facilitar futuras reformas y para garantizar en la mayor medida posible, el éxito de este útil procedimiento.

En primer lugar, la competencia territorial se determina según el Reglamento 44/2000 (art. 6), lo cual va a querer decir que, en la mayoría de las ocasiones, la solicitud monitoria deberá ser presentada en los tribunales del domicilio del demandado, lo que puede frenar muchas reclamaciones ante las dificultades lógicas de litigar en otro Estado miembro. Quizá en este caso, teniendo en cuenta las garantías de fiabilidad que mutuamente se reconocen los órganos jurisdiccionales de la Unión entre sí, hubiera sido conveniente que dichas solicitudes pudieran ser presentadas ante los tribunales del fuero del demandante, realizándose lógicamente la notificación en el Estado miembro del deudor. Soy consciente de que ello hubiera supuesto un radical cambio de perspectiva en esta materia, pero hubiera sido lo mejor para facilitar la eficacia del procedimiento monitorio europeo.

Por otra parte, el artículo 7.4 contiene una norma que habrá que tratar con mucha precaución. Dispone dicho precepto que *«En un apéndice de la petición, el demandante podrá indicar al órgano jurisdiccional que se opone al traslado al proceso civil ordinario que corresponda, tal como dispone el artículo 17, en caso de oposición del demandado. Ello no obstará a que el demandante informe ulteriormente de ello al órgano jurisdiccional, pero en todo caso antes de que se expida el requerimiento»*.

Pues bien, si se desea la eficacia del procedimiento, lo más inteligente que deberá hacer el acreedor es no decir absolutamente nada sobre este extremo. Es decir, no indicar expresamente que renuncia al seguimiento del procedimiento ordinario en caso de oposición. Lo indico de este modo porque si el demandante ya informa de antemano al demandado de que no va a seguir el

procedimiento ordinario en caso de oposición, el demandado se opondrá siempre, porque de ese modo obstaculizará de un modo muy sencillo –no haciendo absolutamente nada– el pago de la deuda. La ventaja principal del procedimiento monitorio es la presión psicológica que ejerce sobre el demandado el hecho de que la reclamación del deudor venga respaldada por un pronunciamiento judicial, para que el deudor tome plena consciencia de que la reclamación va en serio. Si el deudor ya sabe de entrada que el procedimiento no seguirá adelante, esa ventaja psicológica se desvanece casi por completo. Y si además, como dice el artículo 12.4.a), el Juzgado indica expresamente en el requerimiento que no ha comprobado la realidad de la deuda del demandante, aunque ello sea siempre cierto, el demandado carecerá de estímulo alguno para responder siquiera al requerimiento.

Otro de los puntos esenciales de la eficacia del procedimiento monitorio estriba en la efectiva notificación al demandado. Y sin embargo el artículo 14.c) establece como suficiente que la notificación se deje en el buzón del demandado. Ello es claramente insatisfactorio, porque el demandado lo tendrá demasiado fácil para alegar que nunca le llegó la notificación, lo que puede sobrevenir simplemente a consecuencia de un error material del personal del Juzgado al dejar la notificación en un buzón equivocado. En el procedimiento monitorio, como digo, es imprescindible que conste muy claramente la recepción de la notificación por parte del demandado. Con esa simple notificación en el buzón, el demandado lo tendrá facilísimo para alegar, *a posteriori*, su indefensión.

Ello será muy sencillo, presentando una «revisión» prevista por el artículo 20, que será un medio de impugnación excepcional del título ejecutivo, y que carece de procedimiento alguno en el reglamento, debiendo ser integrado el mismo por el derecho nacional (art. 26) a más tardar el 12 de junio de 2008 (art. 29). Creo que no hubiera costado nada regular ya en el reglamento este procedimiento, en aras de la unificación procedimental transnacional. Pero no ha sido así.

En suma, estamos ante un procedimiento que expresa la mejor voluntad del legislador comunitario para el cobro de las deudas transnacionales. Esperemos que los inconvenientes que he señalado en las líneas anteriores no acaben frustrando la eficacia que está llamada a tener dicho procedimiento.

### III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS \*

Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo. Presentado por la Comisión europea. Bruselas, 8 de febrero de 2007 COM(2006) 744 final.

El libro verde es un nuevo paso en los trabajos de creación de un de Derecho contractual armonizado en la Unión Europea y nueva muestra del deseo de implicar a los ciudadanos en el proceso de elaboración. De los pasos ante-

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

rios se ha ido dando cuenta en las crónicas precedentes y, en ellas, también de las razones que impulsan la reforma. Se resumen brevemente en el punto 3 del libro verde (obsolescencia de alguna regulación ante el avance de los servicios electrónicos y, en particular, de las subastas; fallos derivados de la armonización mínima y, en consecuencia, falta de confianza del consumidor y, por tanto, no óptima realización del mercado interior). Con el presente Libro verde (que, por cierto, a pesar de su presentación formal en español, todavía presenta muchas de las explicaciones en inglés), se someten a la consideración del público una serie de cuestiones con cuya respuesta (inducida, a partir de un catálogo de entre dos o tres respuestas posibles) se pretende obtener las líneas directrices para completar/modificar y, en definitiva, mejorar el *acquis communautaire*, pero sólo en materia de consumo (Anexo I). Todo ello precedido de una introducción metodológica (pp. 2-14) sobre cuál debería ser la opción que permitiera abordar la reforma de la manera más eficaz, teniendo en cuenta que el objetivo (principal) de protección de los consumidores se debe combinar con el respeto al principio de subsidiariedad. La Comisión autolimita su actuación a (una parte) del Derecho de consumo, en concreto a la revisión de 8 directivas (señaladas en el Anexo II: contratos fuera de establecimientos comerciales, viajes combinados, cláusulas generales, *time sharing*, contratos a distancia, indicación de precios, acciones de cesación, garantías en las ventas de consumo).

Se propone la adopción de un enfoque vertical, que ofrece la posibilidad de una refacción sectorial de las directivas (ya en curso para algunas de ellas)<sup>1</sup>, o bien combinarlo (enfoque mixto) con la creación de un instrumento horizontal que permita generalizar algunas de las soluciones hoy sólo previstas en algunas (instrumento horizontal). La propia Comisión no delimita exactamente cuál sería el ámbito de aplicación de tal instrumento: ¿sólo los contratos a distancia? ¿sólo los transnacionales? ¿todos los contratos en materia de consumo?, pero sí que señala las ventajas e inconvenientes de todas las opciones planteadas. En cuanto al grado de armonización, parece descartarse la estrategia de una armonización absoluta [vid. COM (2002) 208], puesto que, junto a ella, se establecen tres opciones más, a adoptar caso por caso: armonización plena y, en ciertas cuestiones, reconocimiento mutuo; armonización mínima y reconocimiento mutuo; y armonización mínima con el planteamiento del país de origen. La propia Comisión reconoce que estas dos últimas propuestas no impedirían la fragmentación legislativa y que el procedimiento no incrementaría la seguridad jurídica. Cabe añadir, además, que es contrario a los esfuerzos simplificadores de la legislación que se persiguen.

Desde luego, no se menosprecia la posibilidad de mantener el *status quo*, cuya generalización, si bien no es deseable, acaso sea la mejor si no se desea abrir una brecha excesiva en los Estados miembros entre el Derecho contractual general y el de consumo o, desde otro punto de vista, que la protección al consumidor sea tan elevada que acabe eliminándose la autonomía de la voluntad. Lo primero podría suceder si acabaran siendo uniformes las normas que regularan la entrega de los bienes de consumo, en detrimento de la solución general aplicable a otro tipo de contratos. Lo segundo, por ejemplo,

---

<sup>1</sup> La Comunicación de la Comisión: estrategia comunitaria en materia de política de protección a los consumidores (2007-2013). COM (2007), de 13 de marzo de 2007, anuncia ya que propondrá modificar la Directiva sobre tiempo compartido en 2007; que ya se está trabajando en la de crédito al consumo y que, en un futuro próximo, se informará sobre la de servicios financieros, seguridad en los productos y acciones de cesación.

si se aprecia la necesidad de considerar abusivas incluso las cláusulas negociadas individualmente.

Además, si no existe la debida coordinación, la tramitación paralela del Marco Común de referencia (en el que ya se está trabajando) permite augurar algunos solapamientos o, lo que es peor, nuevas lagunas. Desde luego, las instituciones tienen en mente el problema, al afirmar que el instrumento horizontal es sólo un primer paso en el camino hacia ese Derecho contractual general europeo que se espera conseguir con el citado Marco (*vid.* Resolución del Parlamento europeo de 4 de septiembre de 2006 [detalle en la anterior crónica] y la reseña congreso «¿Adiós al BGB? El futuro del Derecho contractual europeo», realizada por Jan Gudlick, en este mismo volumen). Quizás por eso, lo mejor hubiera sido que la propia Comisión no hubiese autolimitado su consulta al Derecho de consumo.

Por lo demás, la revisión del acervo comunitario de consumo que ahora se propone incluye propuestas con escasa base en el *acquis* (v. gr. la indemnización por daños y perjuicios ante el incumplimiento del empresario, cuyo fundamento sólo viene establecido en la Directiva de viajes combinados, norma que, por lo demás, no se refiere al «consumidor» sino al «adquirente», aunque en sentido amplio quepa incluir a aquél). Por el contrario, entre los remedios generales del Derecho de contratos, que (como una opción posible), se sugiere sean ampliados al Derecho de consumo, no se contempla la ejecución forzosa, lo que abundaría en las diferencias entre las normas del Derecho de consumo y las del Derecho general de contratos en los Estados Miembros a que antes se apuntaba.

Las cuestiones de carácter sustantivo que pretenden ser resueltas con el instrumento horizontal (que podrían abordarse en el enfoque llamado mixto) son, resumidamente, las siguientes:

a) Definición de «consumidor» y «profesional», lo que incluye el planteamiento de si debe considerarse dentro de la definición del primero aquél que actúe a través de un intermediario.

b) ¿Inclusión de un deber de los profesionales de actuar de acuerdo con los principios de buena fe y lealtad profesional? Nótese bien que ese mismo deber (actuar de buena fe) no se cuestiona respecto del consumidor.

c) Ampliación de las reglas sobre cláusulas generales ¿también a las negociadas individualmente? ¿Debería ampliarse el listado? ¿Deberían referirse también al objeto y al precio?

d) ¿Qué remedios se deberían proponer ante el incumplimiento del deber de información del empresario?

e) ¿Deberían armonizarse los períodos de reflexión siempre que se otorgue al consumidor un derecho de desistimiento? ¿cómo debería ejercerse éste? ¿con qué consecuencias respecto de los costes de devolución?

f) ¿Los consumidores deben beneficiarse de los remedios contractuales generales, incluido el resarcimiento de daños? Si es que sí ¿qué daños?

Siguen luego una serie de cuestiones específicamente relacionadas con el contrato compraventa:

a) ¿Deberían ampliarse las normas sobre ventas de consumo a otro tipo de contratos cuyo objeto sean prestaciones digitales y/o bienes de segunda mano vendidos en subasta?

b) ¿Cómo debería definirse la entrega? ¿Cómo debería regularse la transmisión del riesgo en las ventas de consumo?

- c) ¿Cuáles deberían ser los plazos para denunciar la falta de conformidad?
- d) ¿Ampliación de la garantía legal tras la reparación?
- e) ¿Deberían existir normas específicas para los bienes de segunda mano?
- f) ¿Quién debería soportar la carga de la prueba de que los defectos ya existían en el momento de la entrega?
- g) ¿Qué remedios y en qué orden? ¿Deberían los consumidores estar obligados a notificar la falta de conformidad?
- h) ¿Es conveniente prever la responsabilidad directa de los fabricantes?
- i) ¿Cuál debería ser el alcance de la garantía comercial?

Finalmente, se deja abierta la posibilidad de apuntar cualquier otra cuestión que requiera un análisis más profundo en el contexto de la protección a los consumidores. Había tiempo para contestar hasta el 15 de mayo de 2007. Se espera la reacción posterior y las propuestas de la Comisión a lo largo del año 2008. En el año 2009, debería estar listo el Marco Común de Referencia.

#### IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

**SERGIO NASARRE AZNAR \***

A la espera todavía del Libro Blanco sobre el Mercado Hipotecario, que la Comisión debería realizar tras la publicación de Libro Verde en mayo de 2005, y con un año ya de retraso, algunas comisiones de trabajo han ido entregando ya sus informes sobre el estudio concreto de cuestiones planteadas en el Libro Verde. Entre ellos destaca:

a) El informe del *Mortgage funding expert group* (MFEG) (MARKT/H3/CH, 20 de diciembre de 2006). El informe parte de una idea que me parece central: la gran interrelación entre las operaciones hipotecarias activas (concesión de préstamos hipotecarios) y las pasivas (refinanciación hipotecaria por valores hipotecarios) y señala que la eficiencia en ambos mercados (operaciones activas y pasivas) en gestión de capital y reducción de costes vendrá dada por su integración europea: creación de *pools* mayores y más diversificados de hipotecas en Europa, así como una mayor variedad de productos hipotecarios. La situación actual es que el 60 por 100 de los créditos hipotecarios residenciales en Europa aún se financia por depósitos (a pesar de su poco crecimiento en los últimos años), mientras que un 17,5 por 100 lo hace mediante cédulas hipotecarias y un 10 por 100 lo hace mediante bonos de titulización hipotecaria. Señala que un mercado europeo de refinanciación hipotecaria debe ser completo (libertad para las entidades de crédito de escoger cualquier sistema de refinanciación), competitivo (eliminación de barreras de negociación de créditos transnacionales), eficiente (mayor liquidez y diversificación de los productos; se descarta la figura de la GSE estadounidense), transparente (aumentar la comprensión de los productos para los inversores y agencias de *rating*) y estable (que garantice la dispersión del riesgo hipotecario). Analizan, además, algunos aspectos relacionados con las

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

operaciones activas (naturaleza del derecho de amortización anticipada<sup>1</sup>, valoración de inmuebles, flexibilización en los requisitos de transmisión de hipotecas transnacional y registro de la propiedad, ejecución hipotecaria, protección de datos de consumidores). Respecto a las cédulas, recomiendan que los países que no tengan legislación aprobada, lo hagan y que se admitan en su cobertura créditos hipotecarios extranjeros y medidas parecidas para los bonos de titulación hipotecaria. Otros aspectos analizados son los relacionados con el *warehousing* de créditos hipotecarios y los *credit enhancements* concedidos por terceros para la mejora de los *ratings*, Basilea II y operaciones financieras diversas relacionadas con los valores hipotecarios (*swaps*, *repos*, etc.) y su tratamiento paneuropeo; en definitiva, la eliminación de restricciones y otras barreras al libre desarrollo del mercado de operaciones pasivas hipotecarias.

b) El informe del *Mortgage industry consumer dialogue group* (MICDG) (MARKT/H3/CH, 20 de diciembre de 2006), formado por banqueros y consumidores, ha versado sobre los cuatro aspectos que le encargaron en relación a la actividad de la concesión de créditos hipotecarios: información, asesoramiento, amortización anticipada y tasa anual equivalente (TAE).

aa) Sobre la información precontractual, regida hasta el momento por el Código de Conducta de 2001<sup>2</sup>, se llega a la conclusión de que es difícil señalar el momento exacto en el que debe darse dicha información, debiéndose establecer sólo un plazo mínimo; que el prestatario facilitará primero su información personal y luego se le dará la del préstamo (pero antes de cerrarlo) y dándole tiempo para comparar ofertas; los consumidores proponen mejoras en la «hoja europea de información estandarizada» (ESIS), como que se haga constar el riesgo de contratar los créditos en moneda extranjera, aunque no se ha acordado completamente su contenido ni organización de la información. Tampoco hubo acuerdo sobre la eficacia que debe tener el Código de Conducta, en el sentido de que los consumidores desean que sea obligatorio dada su insuficiente aplicación a nivel europeo, mientras que los bancos entendieron que su regulación traería rigideces indeseables al mercado.

bb) Respecto al asesoramiento, primero tuvieron que acordar las diferencias entre información (descripción de un producto), asesoramiento (recomendación sobre el producto, según la situación específica del prestatario) y advertencia del riesgo (que es avisar del riesgo financiero que el prestatario –específico– o los prestatarios –general– van a correr si contratan un determinado producto). No se llegó a un acuerdo sobre si el asesoramiento debe ser o no obligatorio, pero sí sobre algunos principios básicos, como que la información debe ser completa y precisa, que haya advertencias de riesgo (tanto generales como específicas) y que el prestamista valore la capacidad crediticia del prestatario, siendo éste sincero a su vez, con la información que facilite.

cc) Sobre la enconada lucha sobre la posibilidad (legal o contractual) o prohibición (*pacta sunt servanda*) de la amortización anticipada, las diferencias entre la banca (entiende que debe ser una opción contractual renuncia-

<sup>1</sup> Vid. *infra*. el informe del MICDG, que difiere: no hay acuerdo sobre si debe ser legal o contractual o si se puede o no renunciar; el del MFEG tiende a la contractualidad y a su renunciabilidad.

<sup>2</sup> Por cierto, no firmado por España, al entender que nuestro sistema es más garantista que el Código de Conducta.



ble) y los consumidores (debe ser un derecho legalmente previsto) son patentes, aunque coinciden que cuando se ejerza, el prestamista debe ser compensado de manera justa y objetiva, pero no acordaron qué era «justo y objetivo», si sólo los costes reales o también los potenciales.

dd) Sobre la TAE, los debates se centraron sobre la necesidad de que se armonizasen los cálculos matemáticos en Europa y entre créditos hipotecarios al consumo, acordándose esto último, aunque no en el modo de hacerlo.

Sobre la Eurohipoteca, aún no existe pronunciamiento oficial de la Comisión Europea, pero la cuestión evoluciona en el siguiente sentido:

a) Tal y como era de esperar, dada su inactividad en relación a la armonización hipotecaria en Europa durante cuarenta años y falta de iniciativa sobre esta cuestión, la *European Mortgage Federation* (mediante su *Working group on real estate collateral law in Europe*) ha declinado seguir los trabajos relacionados con la Eurohipoteca y para los que fue encargada por la Comisión Europea.

b) Algunas legislaciones europeas que no preveían el grado de flexibilidad que ofrece el Modelo de Eurohipoteca presentado en las *Basic Guidelines* han ido modificando sus legislaciones hipotecarias para aumentar la eficiencia de su mercado hipotecario con mayor o menor éxito, aproximándose cada vez más al «modelo ideal» planteado en aquel texto. De esta forma lo hizo Francia con su *hypothèque rechargeable* (Ordenanza de 23 de marzo de 2006) y lo mismo está haciendo España con el nuevo Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 2/1981 y otras normas hipotecarias<sup>3</sup>. Éste, aparte de cuestiones de maquillaje, como la regulación de un «producto hipotecario» como la hipoteca inversa (disp. ad. 1.<sup>a</sup>), por fin ha dado contexto legal a algo que ya venía funcionando desde hacía años como es la hipoteca de máximo en relación a la hipoteca en garantía de créditos en la cual sólo se hará constar «el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria», aunque críticamente señala que además se debe estar «identificando las obligaciones garantizadas», que creo debe entenderse como la «relación obligaciones básica» que ya instituyó la RDGRN 23 de diciembre de 1987<sup>4</sup> y no como que deban especificarse todas las obligaciones que se irán incluyendo bajo la «nueva» hipoteca de máximo, dado que entonces perdería gravemente flexibilidad al no poder las partes ir incorporando bajo la hipoteca las obligaciones que considerasen oportunas sino sólo las pactadas (así parece entenderlo el nuevo art. 153 bis.2 LH al referirse a «actos jurídicos básicos»).

c) Interés académico cada vez mayor por la armonización de derechos reales en Europa. Así, destacadas personalidades del Derecho Civil paneuropeo como el Prof. Van Erp de la Universidad de Maastricht, organizan eventos relacionados con las reformas y la armonización de los derechos reales en Europa (*Common Frame of Reference and property law*, 8-6-07), además de los grupos paneuropeos preocupados por la armonización del derecho civil que tradicionalmente han estudiado dicha cuestión (como la reunión anual del *Common Core* de Trento, Turín, 6-7 julio 2007<sup>5</sup>). Al tiempo, alguna doctrina patria<sup>6</sup>, ha visto en la Eurohipoteca algo antagónico al modelo

<sup>3</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-127-1 de 9 de marzo de 2007, p. 1.

<sup>4</sup> Rj 1987/9722.

<sup>5</sup> [http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/meeting\\_13\\_on%20going%20research%20projects.pdf](http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/meeting_13_on%20going%20research%20projects.pdf).

<sup>6</sup> Ver VADILLO CASERO, Teresa, *La Eurohipoteca*, «El Notario», núm. 10, nov-dic. 2006; DÍAZ FRAILE, Juan María, *Modernización del mercado hipotecario español y euro-*

propuesto en el Proyecto de Ley de Reforma del Mercado Hipotecario de 9-3-07, cuando naturalmente no es así, sino que éste ha tendido a aquél, dado que las necesidades de flexibilización en algunos mercados hipotecarios ya se había puesto de relevancia con anterioridad a partir del modelo de las *Basic Guidelines*. Así, reiteran algunos tópicos afirmando que:

aa) el modelo propuesto en las *Basic Guidelines* corresponde al modelo de la «cédula hipotecaria suiza» cuando no es así por un doble motivo: el modelo de Eurohipoteca propuesto no es de naturaleza independiente (como lo es el suizo) sino que requiere crédito (§ 3.1.2 *Basic Guidelines*) y la relación entre crédito y garantía es «contractualmente accesoria» (§ 4.1. *Basic Guidelines*); además una «cédula hipotecaria» es otra cosa completamente distinta a la *Schuldbrief* suiza (art. 12 LMH);

bb) que el modelo de las *Basic Guidelines* no está autorizado por el derecho europeo, dado que permite la adhesión de la Eurohipoteca a un título: tampoco es cierto por un doble motivo: en Alemania ello es perfectamente posible (*Sicherungsgrundschuldbrief*) y no va en contra, porque nada dice, del derecho Europeo; y dos, ello se deja como un opción para que cada estado pueda o no preverlo (§ 5.3 *Basic Guidelines*);

cc) que el modelo de las *Basic Guidelines* carece de causa y es abstracto, lo que no es cierto, dado que su causa será la misma que la que tiene la hipoteca en nuestro país, es decir, la de garantía<sup>7</sup>;

dd) que el debate sobre la mayor flexibilización debe hacerse en clave española (la hipoteca española como modelo para Europa). Esta propuesta, no sólo desconoce que fueron introducidos en las *Basic Guidelines* hasta diez elementos propios de nuestra hipoteca (ej. la Subeurohipoteca), sino que también sesga lo que debe ser una Eurohipoteca: una hipoteca válida para toda Europa, prescindiendo de modelos preexistentes únicos puesto que éstos son fruto de cada contexto jurídico particular y ninguno de ellos es óptimo para ser exportado porque cada uno dirá que es el mejor para su propio contexto, pero no está probado a nivel paneuropeo ni mucho menos para operaciones transnacionales. El modelo de las *Basic Guidelines* es un «modelo ideal» al que, debidamente debatido, ampliado y mejorado, los Estados podrían tender para mejorar su derecho nacional hipotecario, como ha hecho, por cierto, Francia y ahora España. Pero lo que no puede hacerse, como se ha pretendido hacer, es rechazarlo *ab initio*.

ee) que la UE nunca se ha preocupado de la Eurohipoteca y que es algo quimérico. Sorprende esta afirmación cuando fue la CE la que encargó al Prof. Segré en 1966 su primer informe a este respecto, y cuando ha formado parte importante del Libro Verde de 2005 de la UE, con una gran mayoría de respuestas afirmativas, algunas de ellas fervorosas (y no procedentes de Alemania, por cierto).

Finalmente informar del encuentro entre los diversos sectores doctrinales que se celebrará en Aranjuez<sup>8</sup>, dirigido por el Dr. Gómez Galligo, el cual

*hipoteca*, «Registradores de España», núm. 37, enero-febrero 2007; GÓMEZ GALLIGO, Javier, *La reforma hipotecaria desde la perspectiva del ministerio de justicia*, www.notariosyregistradores.com, 04-XI, entre otros con similar contenido.

<sup>7</sup> Lo que se había explicado ya desde NASARRE AZNAR, Sergio, y STÖCKER, Otmar, «Un pas més en la “mobilització” de la hipoteca: la naturalesa i configuració jurídica d’una hipoteca independent», *Revista catalana de dret privat*, vol. 1, dic. 2002, pp. 51-79.

<sup>8</sup> [http://www.urjc.es/fundacion/archivos/c\\_verano.htm](http://www.urjc.es/fundacion/archivos/c_verano.htm)

puede ser una excelente oportunidad para aproximar posturas y debatir sobre el modelo óptimo de hipoteca y de mercado hipotecario.

Por último reseñar que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife de 9 marzo 2006<sup>9</sup> anula, entendemos que, desde una óptica europeísta, con buen criterio, la RDGRN de 2 de julio de 2005<sup>10</sup>, que tan flaco favor había hecho a las operaciones transnacionales inmobiliarias y, en fin, a la consecución en Europa de la libre circulación de personas y capitales, inadmitiendo la inscripción de una escritura de compraventa hecha por Notario alemán. Su argumento se basó en una interpretación extensiva del artículo 4 LH y sus correspondientes artículos 36 a 38 RH, en relación a la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad español documentos extranjeros «además, en el caso de documentos que provengan de otro estado de la Unión Europea», más cuando no existe en nuestro país una norma que prohíba expresamente la inscripción de tal documento. Añade que los argumentos esgrimidos por la DGRN en dicha resolución son contrarios a los principios comunitarios de libre circulación de servicios y de capitales, previstos en los Tratados Constitutivos. El juzgador aplica además el Convenio de Roma 1980 para dar eficacia a dicha escritura en nuestro país, dado que los aspectos personales (capacidad) se regirán por la ley de los otorgantes (la alemana) lo que queda incluido en la actuación del notario alemán; la forma también se regirá por derecho alemán según el Convenio y aunque los efectos obligacionales de tal escritura deben regirse por derecho español, en ningún caso el Registrador no autorizante discute el porqué la escritura no se ajusta a nuestro derecho. Sobre los efectos traditorios de la escritura, señala la sentencia que «sin que pueda interpretarse que el artículo 1216 CC se esté refiriendo al Notario español», de manera que dicha escritura también cumple el artículo 1462.2 CC, o incluso fuera de la *traditio* mediante escritura pública, a través del *constitutum possessorium* (la compraventa además reservaba el usufructo vitalicio al vendedor, de manera que éste retenía la posesión inmediata del bien, art. 1463 CC).

## V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS\*

En esta crónica se publican los Principios de derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental, precedidos de un breve comentario introductorio.

### 1. Principios de derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental (breve presentación)

La Comisión para el Derecho europeo de familia es una organización científica que reúne a 28 especialistas que representan a 22 Estados europeos. Tiene como objetivo explorar las posibilidades de armonización del Derecho

<sup>9</sup> AC 2006/244.

<sup>10</sup> RJ 2005/2452.

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

de familia. Con esa finalidad elabora a partir de un exhaustivo trabajo de Derecho comparado Principios que pueden servir como marco de referencia y fuente de inspiración para los legisladores que deseen modernizar sus Derechos de familia<sup>1</sup>.

En 2004 se publicaron Principios en materia de divorcio y respecto a las pensiones de alimentos entre cónyuges divorciados<sup>2</sup>. Dos años después han visto la luz los Principios en materia de responsabilidad parental a los que se refiere esta nota<sup>3</sup>. Cabe esperar que a finales de 2009 se publiquen Principios en materia de régimen económico matrimonial.

El idioma de trabajo de CEFL es el inglés. Los principios se formulan, sin embargo, simultáneamente también en francés y alemán, siendo igualmente auténticas las versiones en estas lenguas. Existen traducciones al holandés, al sueco y al español. Sin embargo, los comentarios que acompañan a los Principios solamente se publican en inglés.

Para elaborar los Principios en materia de responsabilidad parental se partió de informes nacionales elaborados a partir de un cuestionario de 62 preguntas<sup>4</sup>. Sobre la base de este material y teniendo también en cuenta todos los instrumentos internacionales y europeos existentes en la materia se han elaborado 39 Principios divididos en 8 Capítulos. Cada uno de ellos se acompaña de un estado de la cuestión en los instrumentos europeos e internacionales, una presentación de la regulación en Derecho comparado así como de un Comentario que explica las razones por las que se ha adoptado el Principio y su contenido. Los Principios van precedidos de un Preámbulo.

El capítulo I de los Principios contiene diversas definiciones. En el Principio 3.1 se define la noción de responsabilidad parental como un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño. Este concepto, que se ha utilizado en instrumentos internacionales y europeos, tiene un contenido más amplio que la patria potestad en el Derecho español e implica el abandono de nociones como la tutela y la custodia.

Es titular de la responsabilidad parental cualquier persona que detenta en todo o en parte la responsabilidad parental. La responsabilidad parental puede ser detentada por personas físicas que no estén unidas al niño a través de un vínculo de filiación (p. ej. la pareja del padre o la madre) así como por personas jurídicas. Puede haber más de dos titulares de la responsabilidad parental.

Se han dedicado cinco principios a los derechos del niño (capítulo II). El Principio 3:3 establece que el interés superior del niño debe ser la consideración preponderante en todas las cuestiones relativas a la responsabilidad parental. Se hace un reconocimiento explícito de la autonomía creciente del niño conforme se incrementa su capacidad y necesidad de actuar independientemente. Ocupa un papel destacado el derecho del niño a ser

<sup>1</sup> Para más información ver <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>.

<sup>2</sup> Katharina Boele-Woelki, Frédérique Ferrand, Cristina González Beilfuss, Maarit Jänterä-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny y Walter Pintens *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Amberes: Intersentia, 2004.

<sup>3</sup> Katharina Boele-Woelki, Frédérique Ferrand, Cristina González Beilfuss, Maarit Jänterä-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny y Walter Pintens *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Amberes: Intersentia, 2007.

<sup>4</sup> Todo este material es de libre acceso a través de Internet. Se ha publicado asimismo una versión integrada de estos informes. K. Boele-Woelki, B. Braat y I. Curry-Sumner (eds.): *European Family Law in Action. Volume III: Parental Responsibilities*, Amberes: Intersentia, 2005.

oído no sólo cuando una autoridad competente toma una decisión sino también cuando el o los titulares de la responsabilidad parental toman decisiones o llegan a acuerdos. Se recoge también el derecho del niño a no ser discriminado y se establece el deber de protección de los intereses del niño en todos los casos de conflicto de intereses con los titulares de la responsabilidad parental.

El tercer capítulo se dedica a la atribución de la responsabilidad parental a los padres y terceras personas. Las personas vinculadas al niño a través de la filiación, cuestión ésta que queda fuera de los Principios, deben tener responsabilidad parental respecto al niño sin que la disolución o anulación del matrimonio o de otra relación formal o la separación jurídica o fáctica afecte a la responsabilidad parental. Eso implica que con carácter general hay dos titulares de la responsabilidad parental que son los padres del niño. Los Principios se posicionan por tanto claramente en contra de que el estado civil sea relevante en materia de atribución de la responsabilidad parental tal y como ocurre, p. ej., en Alemania donde la responsabilidad parental sobre un hijo extramatrimonial se atribuye *ex lege* sólo a la madre.

De acuerdo con los Principios cabe que se atribuya a una tercera persona que no es legalmente el padre o la madre del niño todo o parte de la responsabilidad parental. Esto cubre una diversidad de situaciones como por ejemplo las de las parejas del padre o la madre que conviven con el niño, los derechos de los abuelos u otros familiares cercanos así como situaciones en las que interviene la Administración.

El capítulo IV de los Principios se refiere al ejercicio de la responsabilidad parental. La sección A de dicho capítulo se dedica al ejercicio de la responsabilidad parental cuando sus titulares son los padres del niño. En este caso las decisiones deben en principio tomarse conjuntamente. Por razones prácticas es, sin embargo, necesario otorgar a cada uno de los padres el derecho a actuar individualmente en cuestiones relativas a la vida cotidiana. Las decisiones importantes relativas a cuestiones como la educación, los tratamientos médicos, la residencia del niño así como la administración de la propiedad deben tomarse conjuntamente. En caso de urgencia existe, no obstante, la posibilidad de actuación individual acompañada de un deber de información.

Puesto que por lo general la titularidad de la responsabilidad parental será conjunta resultará necesario llegar a acuerdos respecto al ejercicio de la responsabilidad parental. Estos acuerdos serán en principio informales aunque existe la posibilidad de homologación de los mismos a través de la autoridad competente lo que implicará su control. En caso de desacuerdo se puede acudir a la autoridad competente que promoverá el acuerdo. En caso de que éste resulte imposible se podrá dividir el ejercicio de la responsabilidad parental entre sus titulares.

La sección B del capítulo IV se refiere al ejercicio de la responsabilidad parental por terceras personas. Dicho ejercicio puede sustituir al ejercicio de la responsabilidad parental por los padres o ser adicional a los derechos y deberes que corresponden a éstos.

El capítulo V de los Principios se refiere al contenido de la responsabilidad parental. Consta de dos secciones, la primera relativa a la persona del niño y sus propiedades y la segunda sobre el mantenimiento de relaciones personales.

En la primera sección se ha prestado especial atención al establecimiento de la residencia. En caso de titularidad conjunta de la responsabi-

lidad parental debe haber acuerdo respecto a dicha cuestión. Habida cuenta que la residencia alternada del niño en los distintos domicilios de los padres que están separados («custodia compartida») es una cuestión controvertida se aborda de manera explícita dicha cuestión. Cabe establecer la residencia alternada en caso de acuerdo, sujeto a control de la autoridad competente, de los titulares de la responsabilidad parental o en virtud de una decisión de la autoridad competente. En todo caso la autoridad competente deberá tener en cuenta diversos factores tales como la edad y opinión del niño, la capacidad y disposición de los padres para cooperar así como la situación personal de los padres y las distancias entre los distintos domicilios de los padres y la escuela del niño antes de autorizar o decidir la residencia alternada.

Otra cuestión ampliamente debatida en la actualidad es el cambio del lugar de residencia (*relocation*) pues se trata de una cuestión de actualidad en el contexto de una creciente movilidad geográfica. En algunos sistemas nacionales el padre o la madre con el que el niño reside es libre de modificar su lugar de residencia, aunque son frecuentes las restricciones en caso de traslado al extranjero. En otros ordenamientos, en cambio, el cambio del lugar de residencia se sujeta siempre a acuerdo de los titulares de la responsabilidad parental. Esta última es la opción que siguen los Principios que establecen además una lista no exhaustiva de factores que la autoridad competente ha de tomar en consideración en caso de que, a falta de acuerdo, corresponda finalmente a la autoridad competente tomar la decisión.

La sección B del capítulo IV se dedica al mantenimiento de relaciones personales entre el niño y sus padres, el niño y otros familiares y el niño y terceras personas. El mantenimiento de relaciones personales se define de manera amplia incluyendo cualquier forma de comunicación oral o escrita además de las visitas.

El capítulo VI de los Principios hace referencia a la terminación de la responsabilidad parental. La responsabilidad parental termina cuando el niño llega a la mayoría de edad, fallece, contrae matrimonio o constituye una pareja registrada o es adoptado, si bien en este último caso si el niño es adoptado por la pareja de su padre o su madre la responsabilidad parental sólo se extingue en relación al otro progenitor.

Por lo que respecta a la privación y la restitución de la responsabilidad parental los Principios establecen en el capítulo VII que la autoridad competente debe privar total o parcialmente de la responsabilidad parental al titular de la misma que con su comportamiento o negligencia cause un grave riesgo a la persona o los bienes del niño. La privación puede ser solicitada por el padre o la madre titulares de la responsabilidad parental, por el propio niño o una institución de defensa de los intereses del niño o decretarse de oficio. Si desaparecen las circunstancias que motivaron la privación de la responsabilidad parental la autoridad competente podrá restituirla habida cuenta del interés superior del niño.

El último capítulo de los Principios se dedica a cuestiones de procedimiento. Se hace especial referencia a los métodos alternativos de resolución de controversias que han de ponerse a disposición en todas las disputas así como al derecho de audiencia del niño. El niño debe ser oído directa o indirectamente en todos los procedimientos de una forma adecuada a su edad y grado de madurez. En caso de que se decida no oír al niño ha de motivarse de manera específica.

## 2. Principios de derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental (texto articulado)

### PREÁMBULO

Reconociendo que, a pesar de las divergencias de los sistemas nacionales de Derecho de familia existe, no obstante, una creciente convergencia;

Reconociendo que las diferencias que subsisten obstaculizan la libre circulación de personas;

Deseando contribuir a los valores comunes europeos relativos a los derechos y el bienestar del niño;

Deseando contribuir a la armonización el Derecho de familia en Europa y facilitar aún más la libre circulación de personas en Europa;

La Comisión para el Derecho europeo de familia recomienda los siguientes Principios:

### CAPÍTULO I. Definiciones

#### Principio 3.1 *Concepto de responsabilidad parental*

La responsabilidad parental es un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño. Comprende en particular:

- a) el cuidado, la protección y la educación;
- b) el mantenimiento de relaciones personales;
- c) la determinación de la residencia;
- d) la administración de los bienes, y
- e) la representación legal.

#### Principio 3.2 *Titulares de la responsabilidad parental*

1. Es titular de la responsabilidad parental cualquier persona que tenga, en su totalidad o en parte, los derechos y deberes mencionados en el Principio 3.1.

2. Salvo en lo dispuesto en los Principios siguientes los titulares de la responsabilidad parental son:

- a) los padres del niños, así como,
- b) otras personas distintas de los padres del niño que tengan la responsabilidad parental adicionalmente o en sustitución de los padres.

### CAPÍTULO II. Derechos del niño

#### Principio 3.3 *Interés superior del niño*

En todas las cuestiones relativas a la responsabilidad parental el interés superior del niño debe ser la consideración preponderante.

#### Principio 3.4 *Autonomía del niño*

La autonomía del niño ha de respetarse teniendo en cuenta su creciente capacidad y necesidad de actuar independientemente.

**Principio 3.5** *No discriminación del niño*

Los niños no deben ser discriminados por causa de sexo, raza, color, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional, étnico y social, orientación sexual, discapacidad, patrimonio, nacimiento u otro estado, tanto si esos motivos se refieren al niño o a los titulares de la responsabilidad parental.

**Principio 3.6** *Derecho del niño a ser oído*

Teniendo en cuenta su edad y madurez el niño tiene derecho a ser informado, consultado y a expresar su opinión en todas las cuestiones que le afecten, debiéndose tener en cuenta la opinión expresada por el niño de manera adecuada.

**Principio 3.7** *Conflicto de intereses*

Los intereses del niño deben protegerse en todos los casos de conflicto con los intereses de los titulares de la responsabilidad parental.

**CAPÍTULO III. Responsabilidad parental de padres y terceros****Principio 3.8** *Padres*

Las personas respecto a las cuales se ha establecido la filiación legal del niño tienen la responsabilidad parental sobre el niño.

**Principio 3.9** *Terceras personas*

La responsabilidad parental puede atribuirse en todo o en parte a una persona distinta que el padre o la madre.

**Principio 3.10** *Incidencia de la disolución o la separación*

La responsabilidad parental no se ve afectada ni por la disolución o la anulación del matrimonio u otra unión formalizada ni por la separación legal o de hecho de los padres.

**CAPÍTULO IV. Ejercicio de la responsabilidad parental****SECCIÓN A. LOS PADRES****Principio 3.11** *Ejercicio conjunto*

Los padres que detentan la responsabilidad parental tienen en el ejercicio de la misma iguales derechos y deberes. En la medida de lo posible la ejercen conjuntamente.

**Principio 3.12** *Cuestiones de la vida cotidiana, decisiones importantes y urgentes*

1. Los padres titulares en común de la responsabilidad parental tienen derecho a actuar individualmente respecto a las cuestiones de la vida cotidiana.



2. Las decisiones importantes relativas a cuestiones como la educación, los tratamientos médicos, la residencia del niño, o la administración de sus bienes deben tomarse conjuntamente. En caso de urgencia el padre o la madre tienen derecho a actuar individualmente. El otro padre debe ser informado sin dilación.

Principio 3.13 *Acuerdos sobre el ejercicio de la responsabilidad parental*

1. Teniendo en cuenta el interés superior del niño, los padres que detentan conjuntamente la responsabilidad parental pueden llegar a acuerdos sobre el ejercicio de la misma.

2. La autoridad competente puede controlar el acuerdo.

Principio 3.14 *Desacuerdo sobre el ejercicio de la responsabilidad parental*

1. Si los padres que detentan conjuntamente la responsabilidad parental no llegan a un acuerdo respecto a una cuestión importante pueden acudir a la autoridad competente.

2. La autoridad competente ha de promover el acuerdo entre los padres.

3. Si no puede llegarse a ningún acuerdo, la autoridad competente puede dividir el ejercicio de la responsabilidad parental entre los padres o decidir la disputa.

Principio 3.15 *Ejercicio unilateral de la responsabilidad parental en virtud de un acuerdo o una decisión*

Teniendo en cuenta el interés superior del niño un padre puede ejercer individualmente la responsabilidad parental:

- en virtud de un acuerdo entre los padres conforme al Principio 3:13; o
- en virtud de una decisión de la autoridad competente.

Principio 3.16 *Ejercicio por un solo padre*

Si únicamente un padre detenta la responsabilidad parental, la ejerce sólo.

SECCIÓN B. TERCERAS PERSONAS

Principio 3.17 *Ejercicio adicional o en sustitución de los padres*

Una persona distinta que un padre puede ejercer en todo o en parte la responsabilidad parental adicionalmente o en sustitución de los padres.

Principio 3.18 *Decisiones sobre cuestiones de la vida cotidiana*

La pareja del padre o la madre que viva con el niño puede tomar parte en las decisiones sobre cuestiones de la vida cotidiana salvo en caso de objeción del otro padre que detente la responsabilidad parental.

**CAPÍTULO V. Contenido de la responsabilidad parental****SECCIÓN A. PERSONA Y BIENES DEL NIÑO****Principio 3.19** *Cuidado, protección y educación*

1. Los titulares de la responsabilidad parental deben dispensar al niño cuidado, protección y educación conforme a la personalidad del niño y a sus necesidades evolutivas.

2. El niño no debe ser objeto de castigos corporales u otros tratamientos humillantes.

**Principio 3.20** *Residencia*

1. Si la responsabilidad parental se ejerce de forma conjunta los titulares de la responsabilidad parental que vivan separados deben llegar a un acuerdo acerca de con quién de ellos ha de residir el niño.

2. El niño puede residir de forma alterna con los titulares de la responsabilidad parental, bien en virtud de un acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental aprobado por la autoridad competente, bien en virtud de una decisión de la autoridad competente. La autoridad competente tendrá especialmente en cuenta:

- a) la edad y la opinión del niño;
- b) la capacidad y la voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar en las cuestiones relativas al niño así como su situación personal;
- c) la distancia entre las residencias de los titulares de la responsabilidad parental así como la distancia con la escuela del niño.

**Principio 3.21** *Cambio de residencia*

1. Cuando un titular de la responsabilidad parental desee cambiar la residencia del niño dentro o fuera del territorio nacional debe informar al otro titular de la responsabilidad parental con carácter previo.

2. Si el otro titular de la responsabilidad parental se opone al cambio de residencia del niño, cualquiera de los titulares puede acudir a la autoridad competente para que ésta tome una decisión.

3. La autoridad competente tendrá especialmente en cuenta:

- a) la edad y la opinión del niño;
- b) el derecho del niño a mantener relaciones personales con los otros titulares de la responsabilidad parental;
- c) la capacidad y voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar;
- d) la situación personal de los titulares de la responsabilidad parental;
- e) la distancia geográfica y las facilidades de acceso;
- f) la libre circulación de personas.

**Principio 3.22** *Administración de los bienes del niño*

1. Los titulares de la responsabilidad parental deben administrar los bienes del niño con cuidado y diligencia a fin de preservar y en la medida de lo posible aumentar el valor de los bienes.

2. Al administrar los bienes del niño los titulares de la responsabilidad parental no pueden hacer donaciones salvo si obedecen a una obligación moral.

3. Las rentas derivadas de los bienes del niño que no sean necesarias ni para la adecuada administración de los bienes ni para los alimentos y la educación del niño pueden, en caso de necesidad, emplearse para las necesidades de la familia.

#### Principio 3.23 *Limitaciones*

1. Los titulares de la responsabilidad parental no deben administrar bienes adquiridos por el niño en virtud de una disposición testamentaria o una donación si el testador o el donante así lo disponen.

2. De la misma forma, las ganancias y salarios del niño no deben ser administrados por los titulares de la responsabilidad parental salvo que el niño no tenga la edad y madurez necesarias para decidir por sí mismo.

3. Cuando las transacciones puedan tener para el niño consecuencias financieras importantes será necesaria la autorización de la autoridad competente.

#### Principio 3.24 *Representación legal*

1. Los titulares de la responsabilidad parental representan legalmente al niño en todos los asuntos relativos a la persona o a los bienes del niño.

2. La representación legal se excluye en caso de un conflicto de intereses entre el niño y los titulares de la responsabilidad parental.

3. Teniendo en cuenta su edad y grado de madurez el niño debe tener derecho a representarse a sí mismo en los procedimientos que le conciernan.

### SECCIÓN B. MANTENIMIENTO DE RELACIONES PERSONALES

#### Principio 3.25 *Relaciones personales con los padres y otras personas*

1. El niño y sus padres tienen derecho a obtener y mantener relaciones personales de forma regular.

2. Deben establecerse relaciones personales entre el niño y sus familiares cercanos.

3. Pueden establecerse relaciones personales entre el niño y personas con las que el niño tiene lazos personales estrechos.

#### Principio 3.26 *Contenido de las relaciones personales*

1. Las relaciones personales comprenden la estancia del niño durante un período de tiempo limitado o el encuentro con el padre o la madre u otra persona distinta del padre o la madre con la que el niño no reside habitualmente, así como toda otra forma de comunicación entre el niño y tal persona.

2. Dichas relaciones personales deben corresponder al interés superior del niño.

#### Principio 3.27 *Acuerdo*

1. Conforme al interés superior del niño el padre y la madre y las demás personas mencionadas en el Principio 3.25.2 y 3 pueden concluir un acuerdo sobre las relaciones personales.

2. La autoridad competente puede controlar el acuerdo.

**Principio 3.28** *Restricciones*

Si el interés superior del niño lo exige, la autoridad competente puede limitar, terminar o someter a condiciones las relaciones personales.

**Principio 3.29** *Información a los padres*

El padre y la madre tienen derecho a ser informados respecto a las cuestiones que afecten a la situación personal del niño.

**CAPÍTULO VI. Terminación de la responsabilidad parental****Principio 3.30** *Terminación*

1. La responsabilidad parental termina cuando el niño:

- a) llega a la mayoría de edad;
- b) contrae matrimonio o constituye una pareja registrada;
- c) es adoptado;
- d) fallece.

2. En caso de que el niño sea adoptado por la pareja del padre o la madre, la responsabilidad parental termina únicamente en relación con su otro padre.

**Principio 3.31** *Fallecimiento de los padres*

1. Si los padres detentan conjuntamente la responsabilidad parental y uno de ellos fallece la responsabilidad parental corresponde al padre superviviente.

2. Si un padre tiene individualmente la responsabilidad parental y fallece, la autoridad competente atribuirá la responsabilidad parental al padre superviviente o a una tercera persona.

3. En caso de fallecimiento de ambos padres, de los cuales al menos uno detentaba la responsabilidad parental, la autoridad competente tomará medidas de protección respecto a la persona y los bienes del niño.

**CAPÍTULO VII. Privación y restitución de la responsabilidad parental****Principio 3.32** *Privación de la responsabilidad parental*

La autoridad competente debe privar total o parcialmente al titular de la responsabilidad parental de la misma, si su comportamiento o negligencia causa un grave riesgo a la persona o los bienes del niño.

**Principio 3.33** *Solicitud de privación de la responsabilidad parental*

1. La privación de la responsabilidad parental puede ser solicitada por:

- a) el padre o la madre titulares de la responsabilidad parental;
- b) el niño; así como
- c) toda institución de defensa de los intereses del niño.

2. La autoridad competente puede ordenar de oficio la privación de la responsabilidad parental.

Principio 3.34 *Restitución de la responsabilidad parental*

Habida cuenta del interés superior del niño, la autoridad competente puede restituir la responsabilidad parental si han desaparecido las circunstancias que motivaron su privación.

## CAPITULO VIII. Procedimiento

Principio 3.35 *Autoridad competente*

1. Todas las decisiones relativas a la responsabilidad parental deben ser tomadas por la autoridad competente, que puede ser un órgano judicial o administrativo.

2. En caso de necesidad la autoridad competente puede nombrar a una persona u órgano adecuado para investigar las circunstancias del niño.

Principio 3.36 *Resolución alternativa de controversias*

En todas las disputas relativas a la responsabilidad parental se pondrán a disposición medios alternativos de resolución de controversias.

Principio 3.37 *Audiencia del niño*

1. Conforme al Principio 3.6, la autoridad competente oír al niño en todos los procedimientos relativos a la responsabilidad parental; si decide no oír al niño deberá motivarlo de manera específica.

2. La audiencia del niño tendrá lugar bien directamente frente a la autoridad competente, bien indirectamente ante una persona u organismo designado por la autoridad competente.

3. El niño debe ser oído de una forma adecuada a su edad y grado de madurez.

Principio 3.38 *Designación de un representante ad hoc del niño*

En los procedimientos relativos a la responsabilidad parental en los que pudiera haber un serio conflicto de intereses entre el niño y los titulares de la responsabilidad parental o en los cuales pudiera estar de cualquier otra forma amenazado el bienestar del niño, la autoridad competente designará un representante *ad hoc* del niño.

Principio 3.39 *Ejecución*

1. En ausencia de ejecución voluntaria, la decisión de la autoridad competente y los acuerdos con fuerza ejecutiva relativos a la responsabilidad parental se ejecutarán sin dilación.

2. La ejecución no tendrá lugar cuando sea manifiestamente contraria al interés superior del niño.

## VI. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO\*

## 1. Legislación

Directiva 2006/115/CE del parlamento europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (*DOUE*, núm. L 376/8, de 27 de diciembre de 2006).

Esta Directiva modifica la Directiva 92/100/CE del Consejo de 19 de noviembre de 1992 sobre los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual que, a su vez, ya ha sido objeto de modificación en diversas ocasiones. La nueva Directiva 2006/115/CE procede a la «codificación» de esta materia derogando la Directiva 92/100/CE mencionada (art. 14), si bien es una «norma de mínimos».

El artículo 2 Directiva 2006/115/CE da la definición de «alquiler» y de «préstamo». Así, por el primero debe entenderse «*su puesta a disposición, para su uso, por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto*» de objetos; mientras que por «préstamo de objetos» debe entenderse «*su puesta a disposición, para su uso, por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de entidades accesibles al público*». No existirá beneficio económico cuando la cantidad que se exija no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento de la entidad.

Se excluyen determinadas formas de puesta a disposición como puede ser la puesta a disposición de fonogramas o de películas para fines de representación pública o radiodifusión, la puesta a disposición con fines de exhibición o la puesta a disposición para consultas *in situ*. Queda también excluido el derecho de alquiler y de préstamo de edificios y de obras de arte aplicadas (art. 3.2). El préstamo no incluye la puesta a disposición entre entidades accesibles al público.

Además, en el artículo 2, se define el término «película» como «*la obra cinematográfica o audiovisual o imágenes en movimiento con o sin acompañamiento de sonido*» y el término «autor y coautor» como «*el director principal de una obra cinematográfica o audiovisual*».

El derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler o el préstamo corresponde, según el artículo 3.1, al *autor*, respecto del original y de las copias, al *artista intérprete* o *ejecutante* respecto de la fijación de sus actuaciones, al *productor de fonogramas*, respecto de los fonogramas y al *productor de la primera fijación de una película*, respecto del original y las copias. En relación con el artista intérprete o ejecutante se establece una presunción de cesión de los derechos de alquiler al productor (art. 3.4), pero deberá fijarse una contraprestación por parte de los estados miembros en este caso (art. 3.6).

El artículo 5 Directiva 2006/115/CE determina el derecho irrenunciable a una remuneración equitativa para el autor o el artista intérprete o ejecutante

\* 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 Prof. 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 Prof. Ferran Badosa Coll.

en caso de ceder a un productor de fonogramas o de películas su derecho de alquiler respecto de ellas (original o copias).

En caso de préstamo público, el autor tendrá derecho a una remuneración (art. 6), aunque se deja libertad a los estados miembros para que eximan a determinados establecimientos del pago de la remuneración.

En cuanto a los *derechos afines* de los artistas intérpretes o ejecutantes se explicita el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la fijación de sus actuaciones, el derecho de las entidades de radiodifusión de autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones (art. 7), el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la comunicación pública de sus actuaciones, para los artistas intérpretes o ejecutantes y el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la radiodifusión inalámbrica, en relación con las entidades de radiodifusión (art. 8). Esta protección no afecta a la protección del derecho de autor (art. 12).

Los derechos de distribución y de poner a disposición del público mediante venta o de otra forma corresponden a artistas intérpretes o ejecutantes, a productores de fonogramas, a productores de la primera fijación de la película o a entidades de radiodifusión (art. 9). Estos derechos pueden ser objeto de cesión.

El artículo 10 Directiva 2006/115/CE establece *límites* a estos derechos cuando se trate de usos para fines privados, usos de fragmentos breves en la información sobre sucesos de actualidad, de fijación efímera por las entidades de radiodifusión y de uso para fines docentes o de investigación.

Propuesta modificada de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas al garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual [COM(2006) 168 final] presentada por la Comisión el 26 de abril de 2006.

Esta propuesta modifica la propuesta de Directiva (2005/0127 final) en aplicación de la comunicación de la comisión de 23 de noviembre de 2005 [COM (2005) 583 final] sobre las consecuencias de la sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005 (C-176/03 Comisión v. Consejo). Esta STJCE advierte que las disposiciones de derecho penal necesarias para la aplicación efectiva del derecho comunitario dependen del Tratado CE.

Las razones que justifican este propuesta de Directiva son varias. En efecto, las disparidades en los regímenes sancionadores de los diferentes estados miembros perjudican el correcto funcionamiento del mercado interior, dificulta la eficacia de la lucha contra la usurpación de marca y la piratería y añade problemas a la protección del consumidor.

En esencia, la propuesta pretende sancionar toda infracción de los derechos de propiedad intelectual (art. 1), define la expresión «persona jurídica» (art. 2), advierte que la infracción debe ser intencional (art. 3) y establece toda una gama de sanciones penales: prisión, multas, confiscación de bienes, de instrumentos de fabricación, destrucción de mercancías, cierre total o parcial de establecimientos, entre otras. Asimismo se pretende que existan equipos conjuntos de investigación al respecto entre los distintos estados miembros (art. 7).

## 2. Informes

Existen dos informes a tener en cuenta y que tienen que ver con normas tratadas en crónicas anteriores y en la presente.

Informe sobre la Recomendación de la Comisión de 18 de octubre de 2005 relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea [2005/737/CE (2006/2008/INI)], de 5 de marzo de 2007, A6-0053/2007. Ponente: Katlin Lévai.

Informe sobre la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual [COM (2006) 0168-C6-0233/2005-2005/0127(COD)], de 23 de marzo de 2007, A6-0073/2007, Ponente: Nicole Zingaretti.

### 3. **Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de septiembre de 2006 (C-479/04) en la que se refiere al artículo 4 de la Directiva 2001/29/CE de armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (Laserdiskens ApS v. Kulturministeriet).

«El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que normas nacionales establezcan el agotamiento del derecho de distribución respecto del original o de copias de una obra comercializadas fuera de la Comunidad Europea por el titular o con su consentimiento.»

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2006 (C-35/05) entre la Comisión y España por incorrecta transposición de la Directiva 92/100/CEE.

«Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 5 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, al eximir de la obligación de remunerar a los autores por los préstamos públicos de obras amparadas por derechos de autor los préstamos concedidos por la práctica totalidad, si no la totalidad, de las categorías de establecimientos.»

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2006 (C-198/05) entre la Comisión e Italia por incorrecta transposición de la Directiva 92/100/CEE.

«Declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 5 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, al haber eximido del derecho de préstamo público a todas las categorías de establecimientos de préstamo público en el sentido de la mencionada Directiva.»

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de diciembre de 2006 (C-306/05) entre SGAE y Rafael Hoteles, S. A., sobre



la Directiva 2001/29/CE de armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

«Si bien la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, la distribución de una señal por un establecimiento hotelero a los clientes alojados en sus habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, sea cual fuere la técnica empleada para la transmisión de la señal.

El carácter privado de los dormitorios de un establecimiento hotelero no impide que se considere que la comunicación de una obra en tales habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.»

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de enero de 2007 (C-175/05) entre la Comisión e Irlanda por incorrecta transposición de la Directiva 92/100/CEE

«Declarar que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 5 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, al eximir de la obligación de remunerar a los autores por los préstamos públicos de obras amparadas por derechos de autor los préstamos concedidos por la práctica totalidad, si no la totalidad, de las categorías de establecimientos.»

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

**BELÉN TRIGO GARCÍA \***

### 1. Legislación

#### A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN VIGOR

##### *Responsabilidad civil en materia de servicios*

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, *relativa a los servicios en el mercado interior* (DO L 376 de 27.12.2006 pp. 36 ss.).

\* Profesora contratada doctor de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela. Este trabajo se enmarca en el Proyecto SEJ2004-02358 (MEC) del que es investigadora principal la Prof.<sup>a</sup> María Paz García Rubio.

De acuerdo con el artículo 4 de la Directiva, se entiende por servicio cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el artículo 2.2.º excluye de su ámbito de aplicación las actividades siguientes:

- a) los servicios no económicos de interés general;
- b) los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE;
- c) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE y 2002/58/CE;
- d) los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del título V del Tratado;
- e) los servicios de las empresas de trabajo temporal;
- f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado;
- g) los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión;
- h) las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas;
- i) las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado;
- j) los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado;
- k) los servicios de seguridad privados;
- l) los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración.

A efectos de la responsabilidad civil, el artículo 23 *Seguros y garantías de responsabilidad profesional* dispone que los Estados miembros podrán hacer lo necesario para que los prestadores cuyos servicios presenten un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario, suscriban un seguro de responsabilidad profesional adecuado en relación con la naturaleza y el alcance del riesgo u ofrezcan una garantía o acuerdo similar que sea equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad. Esta Directiva entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 45).

#### *Responsabilidad por daños causados por accidente nuclear*

Directiva 2006/117/Euratom del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, *relativa a la vigilancia y al control de los traslados de residuos radiactivos y combustible nuclear gastado* (DO L 337 de 5.12.2006, pp. 21 ss.).

La Directiva 2006/117, cuya entrada en vigor estaba prevista a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 25), señala en su artículo 10 *Autorización de los traslados*, que la autorización de traslado de residuos radiactivos y combustible nuclear no afectará en modo alguno a la responsabilidad del poseedor, de los transportistas, del propietario, del destinatario o de cualquier otra persona física o jurídica implicada en el traslado.

#### *Responsabilidad por la información suministrada*

Reglamento (CE) 1781/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, *relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos (Texto pertinente a efectos del EEE)* (DO L 345 de 8.12.2006, pp. 1 ss.).

De acuerdo con los artículos 4 *Información completa sobre el ordenante* y 5 *Información que acompaña a las transferencias de fondos y mantenimiento de registros* de este Reglamento, cuya entrada en vigor estaba prevista a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, pero no antes del 1 de enero de 2007 (art. 20), el prestador del servicio de pagos del ordenante deberá suministrar información completa sobre el ordenante, debiendo asegurar que las transferencias de fondos vayan acompañadas por información completa sobre el ordenante y verificando, antes de transferir los fondos, la información completa sobre el ordenante por medio de documentos, datos o información obtenidos de una fuente fiable e independiente. Al respecto, el cdo. (16) aclara que la exactitud y completitud de la información sobre el ordenante deben ser responsabilidad del prestador del servicio de pagos del ordenante.

#### B. LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

##### *Responsabilidad por productos*

Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. *Tercer informe sobre la aplicación de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, modificada por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999*, Bruselas, 14.9.2006 [COM(2006) 496 final; DO C núm. 303, 13.12.2006, p. 91, texto disponible en EUR-Lex: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/>].

En las conclusiones del informe, la Comisión no considera necesario, en esta etapa, presentar una propuesta de modificación de la Directiva 85/374. Más concretamente, por lo que se refiere a la Resolución del Consejo de 19 de diciembre de 2002 relativa a una enmienda de la Directiva sobre la responsabilidad derivada de los productos defectuosos, la Comisión Europea considera que si se aplicara efectivamente dicha Resolución, ello constituiría una desviación respecto del objetivo de la Directiva de armonizar la legislación sobre la responsabilidad derivada de los productos defectuosos.

Sin embargo, no subestima el hecho de que podría alcanzarse también una mayor armonización estableciendo unas bases comunes tan amplias como sea posible con respecto a la interpretación de los conceptos jurídicos

de la Directiva, pues a medida que crece la experiencia en la utilización de la Directiva, las discrepancias existentes en cuanto a su funcionamiento entre los Estados miembros pueden adquirir mayor importancia práctica.

#### *Responsabilidad directa del productor*

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *relativa a la aplicación de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor* [Bruselas, 24.4.2007 COM (2007) 210 final; texto disponible en EUR-Lex: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/>].

En las conclusiones de la Comunicación, la Comisión considera que la existencia de regímenes de responsabilidad directa del productor dispares plantea un problema potencial para el mercado interior. En el momento actual, sin embargo, no dispone de pruebas suficientes para determinar si la falta de reglas de la UE en materia de responsabilidad directa del productor tiene un efecto negativo en la confianza de los consumidores en el mercado interior. Por consiguiente, la Comisión ha decidido no presentar ninguna propuesta y profundizar en esta cuestión en el contexto del Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo.

#### *Responsabilidad en el transporte marítimo*

Documento de Trabajo de la Comisión *sobre el control de las organizaciones reconocidas por la Comisión y las repercusiones del régimen de responsabilidad civil previsto en la Directiva 94/57/CE del Consejo, de 22 de noviembre de 1994, sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y peritaje de buques y para las actividades correspondientes de las administraciones marítimas*, Bruselas, 11.10.2006 [COM (2006) 588 final; texto disponible en EUR-Lex: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/>].

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo *sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar o vías navegables en caso de accidente* [COM (2005) 592] y *sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques* [COM (2005) 593 final] DO C N. 318 de 23.12.2006, pp. 195 ss.

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

#### *Protección contra la discriminación*

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (BOE núm. 71, 23.3.2007, pp. 12611 ss.).

Esta Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato; la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE,

relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. A efectos de responsabilidad, el artículo 10 *Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias* dispone que los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido (*vid.* art. 12 sobre tutela judicial efectiva y art. 13 sobre prueba). La definición de discriminación directa e indirecta y, específicamente de acoso sexual y acoso por razón de sexo, se encuentra en los artículos 6 y 7, respectivamente.

#### *Responsabilidad civil por falta de información*

Ley 6/2007, de 12 de abril, *de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores* (BOE núm. 89, 13.4.2007, pp. 16260 ss.)

Esta Ley tiene por objeto modificar la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para incorporar parcialmente al ordenamiento español dos Directivas comunitarias, la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición (Directiva de OPAS), y la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (Directiva de Transparencia).

Ambas Directivas forman parte del Plan de Acción de los Servicios Financieros aprobado por la Comisión Europea en 1999, con la finalidad de impulsar la construcción de un mercado único financiero para la Unión Europea. La primera persigue fomentar un mercado de control empresarial eficiente a la par que protege los derechos de los accionistas minoritarios de las sociedades cotizadas. La segunda trata de dotar de mayor transparencia a los mercados financieros a través del establecimiento de normas que mejoren la información que han de dar al mercado los emisores cuyos valores se negocian en mercados regulados.

En materia de responsabilidad, resulta de interés el artículo 4 por el que se introduce un nuevo artículo 35 ter *Responsabilidad de los emisores* en la Ley del Mercado de Valores, con el siguiente tenor literal: 1. *La responsabilidad por la elaboración y publicación de la información a la que se hace referencia en los apartados 1 y 2 del artículo 35 de esta Ley deberá recaer, al menos, sobre el emisor y sus administradores de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente.* 2. *De acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, el emisor y sus administradores, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores como consecuencia de que la información no proporcione una imagen fiel del emisor. La acción para exigir la responsabilidad prescribirá a los tres años desde que el reclamante hubiera podido*

*tener conocimiento de que la información no proporciona una imagen fiel del emisor.»*

Como se puede apreciar en este precepto, la transposición de ambas Directivas se completará cuando se apruebe el desarrollo reglamentario de la modificación legislativa.

## II. Jurisprudencia

### A. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 16 de noviembre de 2006 en el asunto T-333/03, interpreta el artículo 88 CE, párrafo segundo, que establece la obligación de la Comunidad de reparar los daños causados por sus instituciones de conformidad con los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros», sin limitar, en consecuencia, el alcance de dichos principios al régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad por comportamiento ilícito de dichas instituciones, en el sentido de que, dado que los Derechos nacionales relativos a la responsabilidad extracontractual permiten a los particulares, en diversos grados, en ámbitos específicos y con arreglo a distintas disposiciones, obtener ante los tribunales la indemnización de ciertos daños, incluso cuando no ha habido una actuación ilícita del autor del daño, la responsabilidad extracontractual de la Comunidad puede nacer en caso de un daño causado por un comportamiento de las instituciones de la Comunidad del que no se haya demostrado que es ilegal, cuando se cumplan acumulativamente los requisitos relativos a la realidad del perjuicio, la relación de causalidad entre éste y el comportamiento de las instituciones comunitarias, y el carácter anormal y especial del perjuicio de que se trate (*vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia Dorsch Consult/Consejo y Comisión, apartado 19). A estos efectos, se entiende que un perjuicio es, por una parte, anormal cuando supera los límites de los riesgos económicos inherentes a las actividades del sector de que se trate y, por otra, especial cuando afecta a una categoría particular de operadores económicos de forma desproporcionada respecto de los demás operadores (*vid.* Sentencias del Tribunal de Primera Instancia Förde-Reederei/Consejo y Comisión, apartado 56, y Afrikanische Frucht-Compagnie e Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/Consejo y Comisión, apartado 151).

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad: principio de precaución y responsabilidad objetiva.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2006 en el asunto T-138/03 resuelve la demanda presentada por familiares de fallecidos como consecuencia de la contaminación por la nVECJ alegando comportamiento ilegal del Consejo y a la Comisión. El tribunal juzga su acción basándose en el estado de los conocimientos científicos y en el grado de prudencia y de precaución exigibles en el momento de los hechos, concluyendo que no se ha acreditado que, si la Comisión y el Consejo hubieran adoptado las medidas cuya falta de adopción critican los demandantes, o si las hubieran adoptado antes, no se habrían producido los perjuicios alegados por éstos, aunque reconoce que una decisión más temprana de prohibir por completo el consumo y la utilización de los MER en toda la Comunidad,

aplicada de manera estricta y eficaz en todos los Estados miembros, habría podido reducir el riesgo de que los consumidores europeos fueran contaminados por la nvECJ. A su vez, los demandantes alegan que el Derecho francés, junto al régimen jurídico de imputación de responsabilidad por culpa, reconoce a las víctimas un derecho fundamental a la reparación de su perjuicio por imputación de la carga a las autoridades públicas. Dicho régimen se basa en los valores constitucionales de igualdad y de solidaridad. Sobre esta base, el legislador francés estableció, en 1991, un Fondo especial de indemnización de las personas contaminadas por el virus de la inmunodeficiencia humana a causa de la inyección de productos sanguíneos y, en 1993, una Comisión independiente de indemnización de las víctimas de una forma iatrogénica de la ECJ causada por la inyección de hormonas de crecimiento. De acuerdo con la sentencia, cuando no se reconoce la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias –en el presente caso, no ha quedado acreditada la existencia de relación de causalidad–, el Tribunal de Primera Instancia no es competente para decidir otorgar indemnizaciones a las víctimas de una enfermedad al amparo de un supuesto principio de solidaridad. Por último, añade el tribunal que, en el presente asunto, el Gobierno francés concedió a los demandantes en junio de 2004 y en enero de 2005 unos «subsidiarios de solidaridad», en razón de los perjuicios sufridos por las víctimas y sus sucesores a causa de la patología de la nvECJ. Tales reparaciones comprenden unas cantidades correspondientes a los perjuicios sufridos por cada víctima y otras cantidades que corresponden a los perjuicios sufridos por cada uno de sus familiares

## B. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad por productos.–La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 23 de noviembre de 2006, en el asunto C-315/05, tiene por objeto la petición de decisión prejudicial respecto de la interpretación de los artículos 2, 3 y 12 de la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios. En este contexto, el tribunal aclara que Directiva 85/374 no es aplicable a una situación como la aquí examinada. En efecto, la responsabilidad del distribuidor como consecuencia de infracciones de la normativa en materia de etiquetado de los productos alimenticios, que expone al referido distribuidor particularmente al pago de multas de carácter administrativo, es ajena al ámbito de aplicación específico del régimen de responsabilidad objetiva establecido por la Directiva 85/374. Por lo tanto, los posibles principios en materia de responsabilidad que contiene la Directiva 85/374 no son aplicables en el contexto de las obligaciones en materia de etiquetado que impone la Directiva 2000/13.

Responsabilidad de un Estado miembro.–La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de abril de 2007, en el asunto C-470/03, enjuicia la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 98/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros sobre máquinas, y los requisitos para que se genere la responsabili-

dad de un Estado miembro y de sus funcionarios en caso de violación del Derecho comunitario. Al respecto, el tribunal declara que el Derecho comunitario no se opone a que el Derecho interno de un Estado miembro prevea requisitos específicos en relación con la indemnización de los daños distintos de los causados a las personas o a los bienes, siempre que tales requisitos se articulen de manera que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación del daño resultante de una violación del Derecho comunitario. A su vez, en caso de violación del Derecho comunitario, éste no se opone a que, además de la responsabilidad de un Estado miembro, pueda generarse la de un funcionario, pero tampoco lo impone.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de abril de 2007 en el asunto C-282/05 aclara que la responsabilidad extracontractual de la Comunidad está supeditada a que concurren una serie de requisitos, entre los que figura, cuando se trata de determinar la ilegalidad de un acto jurídico, la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica cuyo objeto sea conferir derechos a los particulares. En relación con este requisito, el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada es la inobservancia manifiesta y grave, por parte de una institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación. Cuando dicha institución sólo dispone de un margen de apreciación considerablemente reducido o incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada (sentencia Bergaderm y Goupil/Comisión, apartados 43 y 44). Por lo tanto, el carácter general o individual de un acto no es determinante para dilucidar si ha tenido lugar tal violación (sentencias Bergaderm y Goupil/Comisión, apartado 46, y Comisión/Fresh Marine, apartado 27).

### C. TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. STS núm. 1193/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 24 noviembre.—El 21 de junio de 1994 se produce una explosión de gas butano que causa la muerte de una persona. Como consecuencia, se declara la responsabilidad civil extracontractual de la empresa suministradora. En recurso de casación, dicha empresa pretende la aplicación retroactiva de la Ley 22/1994, de 6 de julio, pues tiene por objeto la adaptación al Derecho español de la Directiva 85/374, de 25 de julio, sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos, Directiva vigente en la fecha de producción del siniestro. Al respecto recuerda el Tribunal Supremo que, de acuerdo con el artículo 2.3.º CC, el ordenamiento positivo español se inspira en el principio *tempus regit actum* o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos ulteriores a menos que ofrezcan inequívoco carácter retroactivo. Este principio de irretroactividad se recogería expresamente en la disposición final de la Ley 22/1994, según la cual «La presente Ley no será de aplicación a la responsabilidad civil de los daños causados por productos puestos en cir-



culación antes de su entrada en vigor. Ésta se regirá por las disposiciones vigentes en dicho momento». No se trata entonces, como pretende la recurrente con la cita de la STS de 9 de abril de 1992, de una Ley aclaratoria o interpretativa o que venga a suplir lagunas de otra Ley, en este caso de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, sino que se trata de una Ley que establece un régimen jurídico nuevo respecto a la materia que es objeto de regulación. Por otra parte, señala el tribunal, carece de todo fundamento pretender basar esa retroactividad en el hecho de ser la Ley 22/1994 adaptación de la Directiva Comunitaria 85/374.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. STS núm. 183/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 19 febrero.—La reclamación de responsabilidad civil extracontractual deriva, en este caso, de la pérdida por el actor de visión de su ojo izquierdo, como consecuencia del impacto recibido al explosionar el piloto de señalización central de una batería de condensadores. En el examen del recurso de casación interpuesto, el Tribunal Supremo se ocupa de precisar el concepto de producto defectuoso de la Ley 22/1994 en relación con la Directiva 85/374/CEE. Según el tribunal, el defecto contemplado en dicha normativa es un concepto jurídico indeterminado, que obliga al juzgador a valorarlo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, lo que permite que se tengan en cuenta en su valoración las expectativas de consumidor medio y de la colectividad. En todo caso, se distingue de la garantía por vicios ocultos en un doble plano. Primeramente, no puede recibir una definición contractual según el destino previsto en el contrato por las partes, porque la víctima puede ser un tercero; y no se trata de apreciar de manera general si el producto es apto para el uso para el cual había sido puesto en circulación, sino, de manera bastante más precisa, de pronunciarse sobre la seguridad que presenta. A esta distinción se refería la Memoria del Proyecto de Ley al decir que «el concepto de «defecto» viene centrado en la seguridad y no en la impropiedad para el uso o consumo, que es el núcleo del diferente concepto de «vicio oculto» y que, en cuanto tal, produce efectos en la relación contractual entre vendedor y comprador (art. 1485 CC). Por tanto, no se trata de un defecto de calidad o de vicios internos, sino de un defecto que genera un defecto de seguridad del producto.

## VIII. DERECHO DE TRUSTS EN LA UNIÓN EUROPEA

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN\*

### Loi núm. 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie

Con la *Loi núm. 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, Francia ha integrado la *fiducie* en el Código civil francés. Después de varios proyectos de ley fallidos (el anteproyecto de 7 de julio de 1989, los proyectos de 20 de febrero de 1992 y 5 de diciembre de 1994 o el intento de introducir la *fiducie* a través de la reforma del derecho societario: *Rapport Marini* de julio de 1996), la proposición de Ley núm. 178 presentada al Senado por el sena-

\* Prof. Contratada Doctor. Universidad de Cantabria.

dor Marini el 8 de febrero de 2005 ha culminado con éxito su tramitación parlamentaria. Con esta ley, el legislador francés dota a su ordenamiento de un instrumento que pretende competir con el *trust* anglosajón en los ámbitos comercial y financiero. No obstante, los temores, recelos e intereses encontrados que se venían manifestando –especialmente desde la praxis y desde el propio Gobierno– en torno a la regulación de la figura han llevado al legislador francés a hacer gala de una cautela excesiva, introduciendo ulteriores restricciones respecto de las ya previstas en la proposición inicial. Pasamos a señalar a continuación los aspectos más importantes de la nueva regulación, indicando las principales modificaciones de forma y contenido introducidas durante su tramitación parlamentaria. Por lo que se refiere al contenido, nos limitaremos aquí a tratar aspectos de derecho sustantivo.

Tras la reforma del derecho de garantías operada por *l'Ordonnance du 23 mars 2006*, quedó vacío de contenido el Libro III, Título XIV, del CC francés referente a la fianza, por lo que el primer capítulo dedicado a la *fiducie* ha ocupado su lugar. Bajo la rúbrica «Disposiciones generales», consta de 21 artículos dedicados al régimen sustantivo de la *fiducie*. El segundo capítulo de la ley lleva por título «Disposiciones relativas a la lucha contra el blanqueo de capitales» y contiene un solo artículo (art. 2) cuyo contenido se inserta en el artículo L. 562-2-1 del Código monetario y financiero. El tercer capítulo aborda las «Disposiciones fiscales» (arts. 6-11) que se insertan en los artículos ya existentes del Código general de impuestos referentes a dichas cuestiones y en una nueva sección 9, titulada *Fiducie*, que se incorpora a la primera parte del Libro I, Título I, capítulo II, de dicho código. El cuarto capítulo de la ley acoge las «Disposiciones contables» (art. 12) y el quinto, titulado «Disposiciones comunes», contiene seis disposiciones transversales o de coordinación con las normas anteriores (arts. 13-18), algunas de las cuales modifican preceptos del CC y del CCom.

El nuevo artículo 2011 CC define la *fiducie* como «*la operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, derechos o garantías, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su propio patrimonio, actúan con una finalidad determinada en provecho de uno o varios beneficiarios*». Y el artículo 2012 añade que «*la fiducie se establece por ley o contrato*». De esta forma, Francia, de acuerdo con la tradición romano-germánica, confirma su propósito inicial de sólo reconocer fiducias de origen contractual, aunque no deja de admitir la posibilidad de futuros supuestos de *fiducie* legal. Siguiendo la misma postura ecléctica que la proposición de ley, el legislador ha considerado preferible no detenerse en la delicada cuestión de la naturaleza del derecho del fiduciario y se limita a mencionar que «*cuan-do el fiduciario actúa por cuenta de la fiducie, debe hacer expresa mención de ello*» (art. 2021.1) y que «*en sus relaciones con terceros, se presume que el fiduciario dispone de los poderes más amplios sobre el patrimonio fiduciario, a menos que se demuestre que los terceros tenían conocimiento de la limitación de sus poderes*» (art. 2023). No obstante, el artículo 2011 deja claro que se «*transfieren*» bienes, derechos o garantías del patrimonio del fiduciante al del fiduciario, y que éste ha de «*mantenerlos separados*» de su propio patrimonio.

A diferencia de la proposición de ley, que distinguía las dos finalidades atribuidas a la *fiducie*, gestión y garantía, atribuyendo a cada una de ellas reglas específicas, y con el fin de dotar a la regulación de la figura de mayor flexibilidad, se ha considerado preferible dotarla de un marco único, en el

seno del cual se puedan perseguir a la vez fines de gestión y de garantía. Con todo, inopinadamente esta última no se regula en absoluto. Asimismo, se ha limitado el uso de normas de derecho imperativo y el de aquellas que tuvieran por objeto cuestiones que ya estaban reguladas satisfactoriamente por las normas de derecho común (cesión de créditos, transmisión de riesgos o ejercicio de acciones de responsabilidad). Pero aquí acaba toda la flexibilidad de la nueva regulación.

La ley sigue manteniendo, en el artículo 2013, la nulidad de la *fiducie-libéralité*. La *Commission des Lois du Sénat*, el *Sénat* y la *Assemblée Nationale* han considerado que la exigencia de una contraprestación por parte del beneficiario actúa como salvaguarda del respeto a las normas imperativas en materia de sucesiones y liberalidades y que ello constituye la mejor forma de suprimir el riesgo de utilización de la *fiducie* para el blanqueo de capitales. Esta misma preocupación ha hecho que la *Commission des Lois* incluyera entre sus conclusiones la necesidad de restringir la condición de fiduciario a «*los establecimientos de crédito mencionados en el artículo L. 544-1 del código monetario y financiero, las instituciones y servicios enumerados en el artículo L. 518-1 del mismo código, las compañías de inversión mencionadas en el artículo L. 531-4 del mismo código así como las compañías aseguradoras reguladas en el artículo L. 530-1 del código de seguros*». Es decir, a aquellos profesionales que tienen una competencia específica en materia de gestión patrimonial y cuyo sometimiento a rígidas reglas de control y transparencia ofrece mayores garantías de solvencia. En un principio la Comisión se propuso restringir la condición de fiduciario a las profesiones jurídicas reglamentadas, pero la negativa del Colegio de abogados a renunciar a sus reglas deontológicas sobre el secreto profesional hizo que la Comisión volviese a la opción del anteproyecto del Gobierno. Eso sí, no se descartaron durante la tramitación parlamentaria posibles cambios sobre este punto en un futuro próximo.

Con todo, el Gobierno francés consideró que estas precauciones no eran suficientes ante un mecanismo que, a su entender, lleva inexorablemente asociada la presunción de fraude. Como condición necesaria a la aprobación de la ley y en contra de las conclusiones de la Comisión y de la opinión de casi todos los grupos parlamentarios, ambas Cámaras se vieron obligadas a aceptar la enmienda presentada por el Gobierno y que habría de modificar profundamente la naturaleza de la institución que la proposición de ley se había propuesto introducir. De acuerdo con el nuevo artículo 2014 CC «*sólo pueden ser constituyentes las personas jurídicas sometidas de pleno derecho o por opción al impuesto de sociedades. Los derechos del constituyente a título de la fiducie no son transmisibles a título gratuito ni pueden ser cedidos a título oneroso a personas distintas que las personas jurídicas sometidas al impuesto de sociedades*». En otros términos, se ofrece una versión puramente comercial de la *fiducie*, que sólo puede ser utilizada por personas jurídicas. Sólo así –de acuerdo con los motivos dados por el Gobierno– se impide el recurso a la *fiducie-libéralité* y, con ello, la vulneración de las normas de derecho sucesorio y el blanqueo de capitales. Y sólo así se evita comprometer la efectividad de la reforma en materia de derecho de garantías (que incluye medidas en favor de personas dependientes) o que puedan darse situaciones de fraude al régimen tuitivo de las personas discapacitadas. Además, el Gobierno entiende que así como en el ámbito comercial la necesidad de la *fiducie* es innegable, no ha quedado acreditada la necesidad de utilización de este instrumento por parte de las personas físicas, que ya disponen de los

institutos regulados en el CC en el ámbito de la gestión y la garantía. Tras tanta cautela no tenía ya sentido circunscribir a la *fiducie-sûreté* (como sí sucedía en la proposición de ley) la posibilidad de que el fiduciario fuera beneficiario. Ahora, el artículo 2016 admite expresamente que «*el constituyente o el fiduciario puede ser el beneficiario o uno de los beneficiarios del contrato de fiducie*».

Otra de las modificaciones significativas respecto al texto de la proposición de ley que, además, aleja la figura francesa del instituto anglosajón, de la regulación prevista por el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre «ley aplicable al *trust* y su reconocimiento» y de la de los «Principios Europeos sobre el Derecho de *Trusts*» de 1999, es la previsión introducida por la Comisión en el actual artículo 2025, párrafo 2.º, CC. A pesar de que este mismo artículo comienza diciendo que «*sin perjuicio de los derechos de los acreedores del constituyente, titulares de un droit de suite respecto de una garantía publicada anteriormente al contrato de fiducie y fuera de los casos de fraude a los derechos de los acreedores del constituyente, el patrimonio fiduciario no puede ser agredido sino por los titulares de créditos nacidos de la conservación o gestión de ese patrimonio*», consagrando con ello la separación de patrimonios bajo la titularidad del fiduciario –ya mencionada en el artículo 2011–, a continuación añade que «*en caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario, el patrimonio del constituyente constituye la prenda común de sus acreedores, salvo estipulación contraria del contrato de fiducie que ponga todo o parte del pasivo a carga del fiduciario*». Y por si no fuera complicar suficientemente las cosas, el párrafo 3.º establece que «*El contrato de fiducie puede igualmente limitar la obligación al pasivo fiduciario al solo patrimonio fiduciario. Tal cláusula no es oponible a los acreedores que no la hayan aceptado expresamente*». Es decir que de la separación de patrimonios, a efectos de la limitación de la responsabilidad patrimonial, queda bien poco. A no ser que las partes, con el consentimiento expreso de los acreedores del patrimonio fiduciario, hubiesen limitado la responsabilidad por las deudas contraídas con ocasión de la conservación o gestión de dicho patrimonio a los bienes existentes en el mismo, el patrimonio del constituyente o el del fiduciario responderán subsidiariamente de tales deudas.

Ulteriores mecanismos de control y sanción frente a la posible utilización de la figura con fines ilícitos son los destinados a asegurar la publicidad de la *fiducie*. Ésta debe contener, bajo sanción de nulidad, las menciones obligatorias señaladas en el artículo 2018 (entre ellas su duración, que no puede exceder treinta y tres años, frente a los noventa y nueve que preveía la proposición de ley) e inscribirse, junto con aquellos actos que la modifiquen, los que conlleven transmisión de derechos resultantes del contrato de *fiducie* y el que pudiera tener por objeto la designación del beneficiario, «*en el plazo de un mes a contar desde su fecha en el service des impôts del domicilio del fiduciario o en el service des impôts de los no-residentes si el fiduciario no se encuentra domiciliado en Francia*». En el caso de que el contrato de *fiducie* tuviera por objeto bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios deberá, bajo la misma sanción de nulidad, cumplir con las formalidades previstas en los artículos 647 y 657 del código general de impuestos (art. 2019). El legislador prevé además la creación de un registro nacional de *fiducies* que se constituirá «*según las modalidades fijadas por Decreto*» (art. 2020).

Coherente con la naturaleza contractual de la *fiducie*, el artículo 2022 establece que «*el contrato de fiducie define las condiciones en que el fiduciario rinde cuentas de su misión al constituyente. El fiduciario rinde cuen-*

tas de su misión al beneficiario y al tercero designado en aplicación del artículo 2017, a su requerimiento, según la periodicidad fijada por el contrato». La posibilidad de que «el constituyente pueda en todo momento designar un tercero encargado de asegurar la preservación de sus intereses en el marco de la ejecución del contrato y que puede disponer de los poderes que la ley concede al constituyente» (art. 2017) fue juzgada oportuna por la Comisión, al admitirse la posibilidad de que el fiduciario fuera uno de los beneficiarios, inclusive el único beneficiario de la *fiducie*. Ante el incumplimiento del fiduciario o la puesta en peligro de los intereses que le fueron confiados, el artículo 2027 prevé la posibilidad de que «el constituyente, el beneficiario o el tercero designado en aplicación del artículo 2017 pueda solicitar el nombramiento judicial de un fiduciario provisional o la sustitución del fiduciario», sin perjuicio de la obligación del fiduciario de responder, con su propio patrimonio, «de las faltas cometidas con ocasión del ejercicio de su misión» (art. 2026).

En definitiva, bienvenida sea la ley, porque ello da muestra de una incipiente apertura del *trust* o fiducia en los países de *Civil Law*; sin embargo, la parca regulación y los límites impuestos a la autonomía de la voluntad, no aconsejan seguir en exceso el modelo francés, supuesto que el legislador español decidiera acometer algún día la regulación del instituto. La propia *Assemblée Nationale* era consciente de las carencias de la ley cuando afirmaba encontrarse ante «un dilema»: adoptar la versión del Gobierno o mejorarla, impidiendo, de optar por esta segunda alternativa, la aprobación de la ley. Consideró preferible asegurar su aprobación e introducir *a posteriori* los retoques que, a la luz de la práctica, se consideren necesarios.

## Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (enero-mayo 2007)

HELENA TORROJA MATEU \*  
DAVID BONDÍA GARCÍA \*\*

### **Asunto Tysiac c. Polonia (demanda 5410/03), de 20 de marzo de 2007.** Artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar).

La demandante, Alicja Tysiac, sufría desde 1977 una fuerte miopía que se iba agravando de forma progresiva. Al quedar embarazada de su tercer hijo decidió consultar a los médicos sobre los efectos que su embarazo y posterior parto podían generar sobre los cambios patológicos que sufría en su retina y sobre los riesgos de perder la vista. Después de diversas consultas con oftalmólogos, ginecólogos y endocrinos, éstos emitieron diversos dictámenes, algunos de ellos contradictorios. En uno de estos informes se certificaba que el embarazo de la demandante constituía una amenaza para su salud. Apoyándose en este certificado, la demandante entendía que existía suficiente base legal para poder abortar conforme a la legislación polaca. Se dirigió a la clínica pública de ginecología y obstetricia de Varsovia para proceder a la interrupción de su embarazo. El examen que le realizaron en esta clínica, de forma precipitada, negligente y sin prestarle demasiada atención, estableció que los riesgos para su salud no eran lo suficientemente graves para proceder a realizar un aborto terapéutico. La demandante dio a luz, mediante cesárea, en noviembre de 2000. En marzo de 2001, sufrió hemorragias en la retina, deteriorándose de forma grave su visión, corriendo incluso el riesgo de quedarse ciega. En mayo de 2001, un colegio de médicos emitió un certificado en el que constataba una importante causa de invalidez y una imposibilidad de hacerse cargo por sí sola del cuidado de sus tres hijos debido a su escasa visión.

La demandante inició posteriormente un procedimiento disciplinario contra los médicos que la atendieron en la clínica por su negligencia al impedirle interrumpir su tercer embarazo.

Ante el TEDH, la demandante alegó que los hechos relatados comportaban una violación del artículo 8 del CEDH puesto que el respeto al derecho a su vida privada y familiar y a su integridad física y moral fueron conculcados tanto en el plano moral –al no beneficiarse de un aborto terapéutico legal–, como sobre el plano de las obligaciones positivas que incumben a los Estados –al no establecerse un cuadro legal competente para proteger sus derechos.

El TEDH aprecia que el derecho interno aplicable –una ley polaca de 1993– prohíbe el aborto, aunque introduce algunas excepciones. El artículo 4 a, 1.1 de esta ley dispone que el aborto es legal en cualquier momento del embarazo cuando éste pone en peligro la vida o la salud de la mujer, teniendo que ser certificado por dos médicos.

---

\* Profesora Lector de Derecho Internacional Público. Universitat de Barcelona.

\*\* Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Universitat de Barcelona.

Después de analizar todas las circunstancias del caso, el TEDH establece que no ha quedado demostrado que la legislación polaca contenga mecanismos eficaces que permitan determinar si las condiciones a cumplir para poder beneficiarse de un aborto legal se reunían en el caso de la demandante. No se puede afirmar que mediante la creación de recursos jurídicos que permitan establecer la responsabilidad civil de los médicos, el Estado polaco haya satisfecho la obligación positiva que le incumbe de tener que proteger el derecho de la demandante al respeto de su vida privada –en el marco de una falta de acuerdo sobre el punto de saber si tenía el derecho de beneficiarse de un aborto terapéutico o no–. En definitiva, el TEDH concluye que existe violación del artículo 8 del CEDH puesto que las autoridades polacas no han respetado su obligación positiva consistente en asegurar a la demandante el respeto efectivo de su vida privada.

Esta sentencia del TEDH está acompañada de una opinión disidente del juez español que difícilmente podemos compartir, mas cuando realiza afirmaciones tales como que «Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Aujourd'hui, la Cour a décidé qu'un être humain était né à la suite d'une violation de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Selon ce raisonnement, il existe en enfant polonais, âgé actuellement de six ans, dont le droit de naître va à l'encontre de la Convention. Je n'aurais jamais pensé que la Convention aille si loin, et je trouve cela effrayant».

**Asunto Apostolidi y otros c. Turquía (demanda 45628/99), de 27 de marzo de 2007.**—Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho a la propiedad), artículo 6 del CEDH (plazos excesivos).

Los demandantes, cinco ciudadanos griegos, alegan contra la República de Turquía que la anulación por las jurisdicciones turcas de su declaración de herederos había violado el artículo 1 del Protocolo núm. 1 y el artículo 14 de la CEDH; a su vez, alegaban falta de equidad en el procedimiento y excesiva duración ante el tribunal de primera instancia (art. 6 de la CEDH). Los demandantes son nietos de Elenko Karasuluoğlu (Elenko), de origen griego que adquirió la nacionalidad turca al casarse con Vasil Karasuluoğlu (Vasil), muerto en 1946. A su muerte en 1984, Elenko, quien fallece sin descendencia, es propietario de un apartamento sito en Beyoglu. Un segundo bien objeto de litigio es un terreno sito en Sisli inscrito inicialmente a nombre de Vasil y desde 1987, a nombre de una fundación turca, pues los tribunales consideraron que Vasil había muerto sin herederos. Los demandantes tras conseguir un reconocimiento como herederos por parte de los tribunales turcos, inscribieron el apartamento de Beyoglu a su nombre; a su vez, solicitaron la transferencia del terreno sito en Sisli, lo que les fue denegado por no estar claro el parentesco entre Vasil y los demandantes. Paralelamente en 1991, Teodos Asimiadis (Teodos) solicitó la anulación de la declaración de herederos alegando el parentesco de su madre con Elenko y solicitando la inscripción a su nombre; Teodos murió ese mismo año dejando como herederos a su mujer y su hijo. Tras un largo proceso judicial (desde 1991 hasta 2001), los tribunales anularon el certificado de herederos de los demandantes, alegando que no se cumplía el principio de reciprocidad entre Turquía y Grecia con relación al derecho de propiedad de griegos y turcos respectivamente en cada uno de estos Estados. Paralelamente, tras otro proceso en 2006 el Tribunal de gran instancia anuló el título de propiedad del apartamento de los demandantes y ordenó la inscripción a nombre del hijo de Teodos.

Sobre el fondo del asunto, el TEDH con relación al terreno de Sisli, afirma que no hay pruebas que demuestren que la propiedad de este bien se había transferido a Elenko (lo que podría permitir a los demandantes solicitar legalmente la inscripción del bien a su nombre), por lo que no puede concluir que exista un bien en el sentido del artículo 1, Protocolo núm. 1.

Con relación al apartamento de Beyoglu, el TEDH estima que los demandantes eran titulares de un derecho de propiedad en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1, durante el período de validez de la declaración de herederos. El TEDH llega a la conclusión de que la anulación de esta declaración ha sido una injerencia en el derecho de los interesados al respeto de sus bienes; una injerencia no legal conforme al artículo 1 del Protocolo núm. 1. El TEDH destaca especialmente que el principio de reciprocidad alegado por la administración turca para anular la declaración de herederos no es conforme a las obligaciones objetivas que establece el CEDH. En síntesis, Turquía alegaba que dado que en Grecia no se permite adquirir propiedades a nacionales turcos, en Turquía no puede autorizarse la adquisición de propiedades a griegos. Para el TEDH, además de que tal alegación no es del todo conforme al derecho interno turco –como analiza con detalle–, debe tenerse presente que el CEDH protege el derecho a la propiedad de forma objetiva, con independencia de las relaciones sinalagmáticas bilaterales entre Estados; así, «en concluant la Convention, les États Contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit» (párr. 71). Por ello, el TEDH concluye que la injerencia litigiosa es incompatible con el principio de legalidad y que no es conforme al artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Sobre la violación del artículo 14, la Corte estima que no ha lugar examinar separadamente si hubo discriminación en razón de su nacionalidad. Sobre la violación del artículo 6.1. de la CEDH (equidad en el procedimiento), el TEDH estima que esta demanda está absorbida por la violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1; el TEDH sí considera que hubo una duración del proceso excesiva (más de diez años) que no responde a la exigencia de un plazo razonable, por lo que hubo violación del artículo 6.1 de la CEDH. No se considera aplicable, de momento, el artículo 41 de la CEDH, en atención a un eventual acuerdo entre las partes.

#### **Asunto Evans c. Reino Unido (demanda 6339/05), de 10 de abril de 2007.**

Artículo 2 del CEDH (derecho a la vida), artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar), artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación).

En el presente caso, la Gran Sala confirma una sentencia pronunciada por una Sala del TEDH de fecha 7 de marzo de 2006. El origen del asunto se encuentra en una demanda presentada en 2005 por Natallie Evans contra el Reino Unido por los hechos que se relatan a continuación. En julio de 2000, la demandante y su compañero (J.) iniciaron un tratamiento en una clínica especializada en la procreación médica asistida. En octubre del mismo año, después de una inspección médica, la demandante y J. fueron informados que las pruebas preliminares revelaron que ella tenía graves tumores precancerígenos en los dos ovarios y que debería ser intervenida mediante una ovariectomía.



tomía bilateral. Se les indicó que sería posible, dado que el tumor se estaba desarrollando lentamente, extraer algunos óvulos antes de la ablación para ser fecundados *in vitro* (FIV). Se les explicó a ambos que, antes de la intervención, deberían firmar cada uno un formulario para poner de manifiesto sus mutuos consentimientos para el tratamiento de FIV y que, de conformidad con las disposiciones de la ley de 1990 sobre la fecundación y embriología humanas (*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*), cada uno de ellos tendría, en todo momento, la posibilidad de retirar este consentimiento antes de que los embriones no hubiesen sido ya implantados en el útero de la demandante.

El 12 noviembre de 2001, la pareja acudió a la clínica para extraer y fecundar once óvulos. Mediante dicho procedimiento, se fecundaron seis embriones y fueron conservados. El 26 de noviembre, a la demandante le fueron extirpados sus dos ovarios y se le informó que debería esperar dos años antes de intentar implantar un embrión en su útero.

En mayo de 2002, la relación entre J. y la demandante se terminó, quedando pendiente el futuro de los embriones. El 4 de julio de 2002, J. escribió a la clínica para informar sobre la separación de la pareja y sobre su deseo de que los embriones fueran destruidos. La clínica comunicó a la demandante la retirada del consentimiento de J. para la posterior utilización de los embriones e informó de la obligación legal de tener que destruirlos.

La demandante acudió ante las diversas instancias internas disponibles para evitar la destrucción de los embriones y éstas, en todo momento, consideraron que el objetivo de la ley británica de 1990 consistía en autorizar solamente la implantación de un embrión si las dos partes consentían y que no podían reconocer o establecer un principio de dispensa contrario a lo acordado por el legislador.

Agotados los recursos internos, la demandante acudió ante el TEDH alegando la violación de los artículos 2, 8 y 14 del CEDH. Sobre la violación del artículo 2 (derecho a la vida) el TEDH constató que en ausencia de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida forma parte del margen de apreciación que generalmente debe ser reconocido a los Estados en este ámbito. Así, constató que no podía pronunciarse sobre una violación de este derecho puesto que en la legislación del Reino Unido no se reconocía al embrión la cualidad autónoma de sujeto de derecho y, por tanto, no estaba autorizado a prevalecerse de este derecho.

Por lo que respecta al artículo 8 del CEDH, el TEDH estimó que el carácter absoluto en lo referente al tema del consentimiento que se establece en la ley de 1990 no era incompatible con las disposiciones del CEDH. La decisión del legislador de adoptar disposiciones que no permitieran ninguna excepción, con la finalidad que toda persona donante de gametos para un tratamiento de FIV pudiera tener la certeza de que no podrían ser utilizados sin su consentimiento, procedían de la necesidad de hacer compatibles el respeto de la dignidad humana y de la libre voluntad, así como del deseo de establecer un justo equilibrio entre las partes en el tratamiento de FIV. En ausencia de un consenso europeo sobre la materia, la Gran Sala estimó que no podía otorgar un derecho preferente a la demandante en lo concerniente a su elección de convertirse en madre en el sentido genético de la palabra sobre el derecho de J. al respeto de su voluntad de no querer tener un hijo biológico con ella.

Así, en definitiva, teniendo en cuenta que las disposiciones del derecho interno no tenían ningún tipo de ambigüedad, que eran conocidas por la

demandante y que establecían un justo equilibrio entre los intereses en conflicto, la Gran Sala estimó que no existía violación del artículo 8 del CEDH. Estos mismo argumentos le sirvieron al TEDH para constatar también la ausencia de violación del artículo 14.

**Asunto Dimitri Popescu c. Rumanía (núm. 2) (demanda 71525/01), de 26 de abril de 2007.**—Artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar).

El 23 de abril de 1998, el demandante fue detenido en la comisaría de Baia Mare por ser sospechoso de haber participado en los acontecimientos ocurridos, la noche del 16 al 17 de abril en el aeropuerto militar de Otopeni, cuando se descargó una gran cantidad de tabaco de un avión de nacionalidad ucraniana y se introdujo de forma ilegal en el territorio rumano. El 28 de julio de 1998 fue puesto en libertad. Posteriormente, por estos mismos hechos, fue juzgado, junto con otras personas, por un tribunal militar territorial de Bucarest. Las pruebas para inculparlo fueron obtenidas mediante escuchas telefónicas que se realizaron desde las redes de telefonía móvil utilizadas por los sospechosos. Finalmente, fue condenado a catorce años de prisión y a la privación de sus derechos civiles.

El demandante alegó ante el TEDH una violación del artículo 8 del CEDH puesto que consideró que la interceptación de sus comunicaciones telefónicas por parte de las autoridades rumanas podía constituir una injerencia injustificada al respeto de su vida privada y familiar.

Para el TEDH, en el contexto de la vigilancia secreta ejercida por las autoridades públicas, el derecho interno debe ofrecer una protección contra la injerencia arbitraria en el ejercicio del derecho de un individuo. La ley debe utilizar una terminología clara para indicar a los individuos de forma suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a las autoridades públicas para adoptar medidas secretas. Si bien es verdad que jamás se puede descartar completamente la eventualidad de una acción irregular de un funcionario deshonesto o negligente, son las probabilidades que tal acción se lleve a cabo y las garantías establecidas para protegerse frente a ella las que importan para el control que debe realizar el TEDH.

En este caso concreto, el TEDH constata la existencia de unos cambios legislativos en el ordenamiento jurídico rumano en lo referente a las escuchas telefónicas. Sin embargo, estos cambios son insuficientes y posteriores a los hechos denunciados por el demandante. De esta forma, el TEDH estima que el demandante no ha gozado del grado mínimo de protección contra la arbitrariedad que establece el artículo 8 puesto que, en la legislación rumana y en su aplicación, existe una falta de independencia de las autoridades competentes para autorizar una injerencia, una ausencia de todo control *a priori* de las autorizaciones, una ausencia también de control *a posteriori* sobre el fundamento de la injerencia autorizada por una autoridad independiente e imparcial, una falta de garantías a propósito de la salvaguarda del carácter intacto y completo de las escuchas y de su destrucción y una falta de independencia de la autoridad que debería certificar la realidad y la fiabilidad de las escuchas. Es por todo ello que el TEDH considera que Rumanía ha violado el artículo 8 del CEDH.

## Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LIDIA ARNAU RAVENTÓS \*

**STJCE de 26 de octubre de 2006, Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium.**—Petición de decisión prejudicial. Audiencia Provincial de Madrid. Apreciación de la nulidad de un convenio arbitral que contiene una cláusula abusiva por el órgano jurisdiccional nacional que conoce del recurso de impugnación contra el laudo. Interpretación de la Directiva 93/13/CE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El asunto trae causa de un contrato de abono a una línea de telefonía móvil. Contenía una cláusula compromisoria que sometía cualquier litigio derivado de la interpretación o cumplimiento del contrato al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad. Iniciado el procedimiento arbitral, el consumidor se limitó a presentar alegaciones en cuanto al fondo mas sin impugnar ni el procedimiento arbitral ni el laudo. La nulidad de la cláusula compromisoria se alega, sin embargo, en el recurso judicial interpuesto contra la resolución arbitral. Entiende el TJCE que a fin de garantizar al consumidor una protección efectiva de sus derechos, a veces ignorados por el propio consumidor, es preciso reconocer al Juez la facultad de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula. La protección debe alcanzar incluso al consumidor que no llega a invocar el carácter abusivo. Siendo ello así, con más razón debe reconocerse al órgano jurisdiccional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral estimar la nulidad de la cláusula arbitral por abusiva cuando esta pretensión la deduce el consumidor en el procedimiento judicial pese no haberla invocado en el arbitral. En este mismo sentido, el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral por infracción de normas nacionales de orden público, se extiende también a la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo. Y ello rige independientemente de que dicha infracción haya o no sido alegada en el procedimiento arbitral.

**STJCE de 26 de octubre de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana.**—Oponibilidad a terceros de las cláusulas de reserva de dominio. Interpretación del artículo 4.1 de la Directiva 2000/35, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. A tenor del precepto, los Estados miembros dispondrán, conforme la normativa nacional aplicable de conformidad con el Derecho Internacional Privado, que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula

---

\* Profesora Lector de Derecho civil. Universidad de Barcelona. El trabajo es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes. La República Italiana supedita la oponibilidad de la cláusula de reserva de dominio a los acreedores del comprador a su confirmación en cada una de las facturas de entrega sucesiva que tengan fecha cierta anterior al procedimiento de embargo y figuren regularmente registradas en los libros de contabilidad. Se plantea si la necesidad de dicha confirmación equivale a imponer al vendedor un requisito suplementario, que excedería del simple pacto entre vendedor y comprador previsto en la Directiva. El TJCE entiende que el artículo 4.1 Dir. 2000/CE no pretende afectar a normas distintas de las que prevén, por una parte, la posibilidad de que vendedor y comprador pacten expresamente una cláusula de reserva de dominio antes de la entrega de los bienes y, por otra, la posibilidad de que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio. Cualquier otra cuestión, como la de la oponibilidad de las cláusulas de reserva de dominio a terceros no afectados por la Dir. 2000/35, queda al margen de dicha normativa y continúa rigiéndose por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. En consecuencia, la República Italiana no ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4.1 de la Dir. 2000/35.

**STJCE de 14 de diciembre de 2006. ASML Netherlands BV c. Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS).**—Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación del artículo 34.2 del Reglamento (CE), núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A tenor de dicha disposición las resoluciones dictadas en un Estado miembro no se reconocerán en otro cuando se dictaren en rebeldía del demandado. Ello será así en tanto no se le hubiere entregado cédula de emplazamiento o documento equivalente de tal forma y con tiempo suficiente para poder defenderse, a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución *cuando hubiera podido hacerlo*. Se plantea si a efectos de entender que ha existido esta posibilidad de recurso, debe haberse notificado previamente al demandado la sentencia dictada en rebeldía o si, por el contrario, es suficiente con que haya tenido conocimiento de su existencia en el procedimiento de ejecución en el Estado requerido. El TJCE destaca: primero, que el artículo 34.2 del Reglamento alude a la cédula de emplazamiento o documento equivalente, pero nada dice acerca de la resolución dictada en rebeldía; segundo, que a diferencia de otros textos (así, el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) el Reglamento pone el acento, no en la regular entrega de la cédula de emplazamiento, sino en el respeto efectivo del derecho de defensa; tercero, que este derecho de defensa del demandado en rebeldía se garantiza por una doble vía: en primer lugar, el juez que conoce del asunto principal está obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir la cédula de emplazamiento o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse. En segundo lugar, y ya en el marco del procedimiento de reconocimiento y ejecución en el Estado requerido, si el demandado interpone un recurso contra la resolución por la que se despache ejecución, el juez del Estado requerido puede apreciar si concurre un motivo de denegación del reconocimiento y la ejecución como el previsto en el artículo 34.2. La posibilidad de defensa efectiva que este precepto contempla como excepción a la denegación del reconocimiento y ejecución de resolu-

ciones dictadas en rebeldía, exige que el demandado haya podido conocer el contenido de la resolución dictada en rebeldía. No es suficiente, pues, con haber tenido conocimiento de ella; es preciso haber tenido acceso a su motivación, lo cual exige la previa notificación de la Sentencia o haberse garantizado de otro modo su conocimiento por el demandado con tiempo suficiente para defenderse y recurrir en el Estado de origen (se aplicaría así, por analogía, lo previsto en el art. 34.2 en materia de cédula de emplazamiento o documento equivalente). En consecuencia, no existió posibilidad de defensa si el demandado sólo tuvo acceso al contenido de la resolución dictada en rebeldía en el marco del procedimiento de ejecución iniciado en el Estado requerido.

**STJCE de 15 de febrero de 2007. Eirini Lechouritou, Vasileios Kar-Koulías, Georgios Pavlopoulos, Panagiotis Brátsikas, Dimitrios Sotiropoulos, Georgios Dimopoulos c. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias.**—Petición de decisión prejudicial. Efeteio Patron (Tribunal de Apelación de Patras, Grecia). Interpretación del artículo 1 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se plantea si se incluyen en el ámbito de aplicación material del Convenio las acciones de indemnización ejercitadas por personas físicas contra un Estado contratante, como responsable civil de actos u omisiones de sus fuerzas armadas. El TJCE constata que el Convenio no define ni el contenido ni el alcance de la expresión «materia civil y mercantil», sobre la que pivota la delimitación de su ámbito de aplicación. Su interpretación, como concepto autónomo, debe realizarse al amparo de los objetivos y sistema del Convenio y de los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales. A su amparo, el TJCE entiende que deben excluirse de su ámbito de aplicación los litigios surgidos entre una persona de derecho privado y una autoridad pública en tanto actúa en ejercicio del poder público. Se estima que son una manifestación de esta soberanía estatal las operaciones de las fuerzas armadas. Por ello, una acción judicial entablada a fin de obtener una indemnización por los daños derivados de una ocupación militar escapa de los límites del Convenio, a pesar de la naturaleza exclusivamente resarcitoria de la pretensión.

**STJCE de 13 de marzo de 2007. Unibet (London) Ltd, Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern.**—Petición de decisión prejudicial. Högsta domstolen (Suecia). Interpretación del principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario. Se plantea si el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario debe interpretarse en el sentido que exige que en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales con el artículo 49 CE. El TJCE entiende que ello no es preciso en tanto exista alguna vía jurisdiccional nacional que permita, siquiera de modo incidental, garantizar la tutela judicial efectiva de aquellos derechos. En este sentido, es preciso que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar aquellos derechos no sea menos favorable que la referencia a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni que haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos en el derecho comunitario (principio de efectividad). El principio de tutela

judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario exige además que, con arreglo al derecho nacional, se puedan acordar medidas cautelares hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de las disposiciones nacionales con el derecho comunitario, cuando la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resuelva sobre la existencia de tales derechos. Entre dichas medidas debe figurar la suspensión de las disposiciones nacionales.

**STJCE de 19 de abril de 2007. Elaine Farrell c. Alan Whitty, Minister for the Environment, Ireland, Attorney General, Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI).**—Petición de decisión prejudicial. High Court (Irlanda). Interpretación del artículo 1 de la Directiva 90/232/CEE, del Consejo, de 14 de mayo de 1990, Tercera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles. Dispone aquel precepto que el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles cubrirá la responsabilidad por daños corporales de todos los ocupantes, con excepción del conductor, derivados de la circulación de un vehículo. Se plantea si, a su amparo, los Estados miembros deben establecer la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil por los daños causados a las personas que viajan en una parte del vehículo automóvil no diseñada ni fabricada con asientos para pasajeros. A juicio del TJCE debe abogarse por una interpretación amplia del concepto «ocupantes», toda vez que la Directiva no excluye a ningún viajero. Por ello, el seguro de responsabilidad civil debe cubrir los daños ocasionados a todos los ocupantes, aun cuando se trate de un vehículo no destinado al transporte de personas ni esté equipado para ello. Siendo ello así, se plantea en segundo lugar si el artículo 1 de la Tercera Directiva confiere derechos que los particulares pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales. El TJCE recuerda que, según jurisprudencia reiterada, las disposiciones contenidas en una Directiva tienen efecto directo si, desde el punto de vista de su contenido, no están sujetas a condición alguna y son lo suficientemente precisas. A su juicio, el artículo 1 reúne estos requisitos: queda plenamente identificada tanto la obligación del Estado miembro como los beneficiarios y su contenido es incondicional y preciso. En consecuencia, el artículo 1 puede invocarse frente al Estado a fin de dejar inaplicadas las disposiciones de Derecho nacional que excluyan de la garantía del seguro obligatorio a las personas que viajan en cualquier parte de un vehículo que no esté diseñada ni fabricada con asientos para pasajeros. Esta alegación no procederá frente a particulares pero sí frente a un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a estos efectos, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.

**STCE de 3 de mayo de 2007. Color Drack GmbH c. Lexx International Vertriebs GmbH.**—Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación del artículo 5, número 1, letra *b*), primer guión, del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Contempla aquel precepto la

posibilidad de demandar en el territorio de un Estado Miembro distinto al del domicilio del demandado. Así, en materia contractual, es competente el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda, identificándose dicho lugar, tratándose de una compraventa de mercaderías y salvo pacto en contrario, con el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías. Si plantea si en los supuestos de compraventa con pluralidad de lugares de entrega, la elección del Tribunal competente corresponde al comprador. Recuerda el TJCE que la regla del artículo 5.1, que expresamente no contempla el supuesto de pluralidad de entregas, responde a un objetivo de proximidad y viene motivada por la existencia de un estrecho vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo. Siendo ello así, estima el Tribunal que a efectos de determinar el tribunal competente deberá optarse por el del lugar que presente un vínculo de conexión más estrecho con el contrato. Corresponderá, en la mayoría de casos, con el lugar de la entrega principal, que deberá determinarse en función de criterios económicos. Sólo en caso de no poderse determinar aquel lugar, podrá el demandante elegir, de entre los tribunales correspondientes a los distintos lugares de entrega, ante cuál interpone la demanda.

## Jurisprudencia Nacional (octubre 2006 a abril 2007)

MIRIAM ANDERSON\*

### TRIBUNAL SUPREMO

#### Cláusulas abusivas

– STS (Sala Civil) de 21 de marzo de 2007 (TOL1.050.547). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Propiedad horizontal: constitución unilateral del régimen una vez vendidos elementos privativos en documento privado. Se confirma la sentencia de apelación que entendió que ciertas reservas a favor de la constructora que estableció un régimen de propiedad horizontal no pueden ser consideradas abusivas, en la medida en que de la prueba practicada, que no compete revisar en casación, se deduce que los adquirentes conocían o podían conocer esas reservas en el momento de elevar a público el documento privado de compra.

#### Principios del Derecho europeo de los contratos

– STS (Sala Civil) de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/321). Ponente: Encarnación Roca Trías. Se citan los PECL, en materia de compensación, para destacar que esta operación no puede perjudicar a ninguna de las partes. FJ 3.º: «[...] como afirma la sentencia ahora recurrida, se cumplen las finalidades buscadas con la compensación, a saber, «la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento» de la obligación, y por ello, cuando una sentencia debe contener diferentes condenas dada la reclamación de obligaciones diferentes por las partes en litigio, resulta una necesidad técnica la emisión de una única condena que tenga por objeto el saldo. Ello será posible, evidentemente, siempre que no se perjudiquen los intereses de ambas partes (art. 13:102 de los Principios del Derecho europeo de contratos), cosa que no ha sucedido en el presente litigio [...]».

– STS (Sala Civil) de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007/307). Ponente: Juan A. Xiol Ríos. A la hora de valorar si la falta de idoneidad del local arrendado para el ejercicio de una determinada actividad constituye incumplimiento resolutorio, el Tribunal se hace eco de su reiterada jurisprudencia en el sentido de exigir que el incumplimiento sea esencial y afirma que este criterio se ajusta a las previsiones de los artículos 25 y 49 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, y se menciona que el artículo 8:103 de los PECL se pronuncia en el mismo sentido (FJ 3.º).

---

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



– STS (Sala Civil) de 31 de octubre de 2006 (RJ 2006/8405). Ponente: Juan A. Xiol Ríos. En su FJ 5.º, al valorar la concurrencia de incumplimiento resolutorio del contrato de compraventa de una finca sobre la que pesaba una anotación preventiva de demanda, la Sala se refiere a la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 y al artículo 8:103 de los PECL, en idéntico sentido al que recoge la STS de 22 de diciembre de 2006, que se acaba de reseñar, añadiendo que: «El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada *lex mercatoria* [Ley comercial] comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretenden ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el artículo 1124 CC siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica.» Junto con la ya reseñada de 22 de diciembre, pueden verse también en el mismo sentido las STS (Sala Civil) de 20 de julio de 2006 (RJ 2006/7305), FJ 8.º y STS (Sala Civil) de 5 de abril de 2006 (RJ 2006/1921), FJ 3.º

– STS (Sala Civil) de 27 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8631). Ponente: Encarnación Roca Trías. FJ 3.º: «El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los artículos 1258 CC y 57 del Código de comercio porque de acuerdo con el criterio de la buena fe, podía la recurrente producir todo el material previendo futuros pedidos de M. y no sólo la media aritmética a cuyo pago ha condenado la sentencia recurrida. Ciertamente el criterio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales es un principio que integra los contratos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1258 CC, que ha sido excluido de la casación por su carácter genérico (Sentencia de 24 octubre 2005, RJ 2005\8280). Este criterio, sin embargo, no impone a la parte acreedora la obligación de pagar todo lo que ha fabricado la deudora en previsión de futuros pedidos que aun no se han realizado; en este sentido las reglas generales permiten al acreedor rechazar un ofrecimiento de ejecución realizado antes del vencimiento del plazo pactado, como claramente se deduce del artículo 7.103 (1) de los Principios del Derecho europeo de contratos.» Nótese que se prefiere acudir a este precepto antes que al artículo 1127 CC.

### **Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil**

– STS (Sala Civil) de 6 de marzo de 2007 (TOL1.049.892). Ponente: Encarnación Roca Trías. Pese a que se acaba decidiendo que no hay responsabilidad por acto ajeno (art. 1903 CC), el Tribunal entiende que: «En todos los casos resueltos por esta Sala, se han llevado a cabo actividades por parte de empleados del Banco actuando en función de tales, cuya conducta ocasionó daños a los clientes del propio Banco, porque éste no ha cumplido lo que el artículo 6:102 de los Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil, denomina «el estándar de conducta que le era exigible en la supervisión» ([t]o the required standard of conduct in supervisión [sic]) o lo que es lo mismo, se había negligido el deber de vigilancia.»(FJ 3.º). La referencia a un «estándar de conducta que le era exigible en su supervisión» (required standard of conduct in supervision) se encuentra, con esta misma expresión, en el artículo 6:101 («Liability for minors or mentally disabled persons»),

mientras que el artículo 6:102 («Liability for auxiliaries») alude al «estándar de conducta exigible» (the required standard of conduct).

### **Responsabilidad de la Administración por el correcto funcionamiento de la sanidad pública: jurisdicción competente**

– STS (Sala Civil) de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007/300). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones contra particulares y contra la Administración por causación de daños. Aplicabilidad al caso de la doctrina jurisprudencial generada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa y de la reforma del artículo 9.4 LOPJ por la Ley Orgánica 6/1998. FJ 2.º: «[...] La doctrina de esta Sala, después de unas iniciales vacilaciones, se ha decantado de manera resuelta por declarar la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de los juicios que tienen por objeto las pretensiones resarcitorias fundadas en la responsabilidad patrimonial de la Administración concurrentemente –y de forma solidaria– con la de los particulares, en el marco de las acciones de responsabilidad extracontractual derivadas de los artículos 1902 y siguientes CC, y ejercitadas tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, de desarrollo de la anterior en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero con anterioridad a la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, que añadió al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial un segundo párrafo con un inciso según el cual «si a la producción el daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional (Contencioso-Administrativo)». La entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la reforma operada por la citada Ley Orgánica 6/1998 en materia de competencia de los tribunales de este orden, junto con la modificación de la Ley 30/1992 llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, constituyen el punto de inflexión en el mantenimiento de la señalada doctrina jurisprudencial, en la medida que configuran un marco competencial, material y jurisdiccional, que sitúa de manera decidida en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas conjuntamente contra las Administraciones Públicas y los particulares, poniendo fin de este modo a la divergencia de las respuestas judiciales de los tribunales de los distintos órdenes al examinar estas cuestiones con anterioridad a ese nuevo marco normativo, y ajustándose, por ende, a los designios del legislador comunitario de concentrar las reclamaciones contra la administración en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-Administrativa –art. 215 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.»

### **Responsabilidad por productos defectuosos**

– STS (Sala Civil) de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8136). Ponente: Pedro González Poveda. Responsabilidad objetiva de la empresa suministradora por muerte causada por una explosión de gas butano. La empresa suministradora pretendía que se aplicase al caso la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos,

planteamiento que el Tribunal rechaza por carecer esta norma de efectos retroactivos (disposición transitoria única de la Ley 22/1994), sin que a ello se oponga el hecho de estar ya en vigor la Directiva 85/374 al tiempo de producirse el siniestro. Por tanto, resulta de aplicación al caso la norma de responsabilidad «cuasi objetiva» contenida en el artículo 28 LGDCU (no rige, en consecuencia, la previsión contenida en la disposición final primera de la Ley 22/1994, conforme a la cual no son de aplicación los arts. 25 a 28 LGDCU a los productos recogidos en su art. 2, entre los cuales figura el gas).

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

### **Cláusulas abusivas: apreciación de oficio**

– SAP Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>) de 28 de noviembre de 2006 (JUR 2007/84097). Ponente: Ramón Belo González. Se declara abusiva la cláusula contenida en un contrato de reserva de curso de enseñanza de pilotos conforme a la cual el alumno se obliga a pagar el precio del curso aunque finalmente no lo tome, cuando lo único que debería perder es el precio de la reserva. El carácter abusivo se aprecia de oficio. FJ 3.º: «Pero es que además, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se sostiene, en las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo, del Pleno de 27 de junio de 2000 en los asuntos C-240/1998, C-241/1998, C-242/1998, C-243/1998 y C-244/1998 acumulados, de la Sala Quinta de 21 de noviembre de 2002 en el asunto C-473/2000 y de la Sala Primera de 26 de octubre de 2006 en el asunto C-168/2005 que, el juez nacional, debe apreciar «de oficio» el carácter abusivo de una cláusula contractual (aunque no fuera ni invocado el carácter abusivo por el demandado) para, de ese modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (con desestimación de la demanda basada en esa cláusula abusiva).»

### **Cláusulas abusivas: repercusión de impuestos**

– AAP Asturias (Sección 4) de 12 de febrero de 2007 (JUR 2007/80797). Ponente: Francisco Tuero Aller. Pese a no ser de aplicación al supuesto la nueva redacción que la Ley de 26 de diciembre de 2006 ha dado a los artículos 10.bis y 13, se considera argumento valioso a tener en cuenta a la hora de estimar abusiva la cláusula incorporada a un contrato de compraventa de vivienda conforme a la cual se repercutía al comprador un impuesto, como el que grava la plusvalía, cuyo sujeto pasivo es el profesional-transmisor. Se trata de un criterio que ya regía con anterioridad y que la nueva redacción viene a confirmar. Véase en cambio la SAP Asturias (Sección 6.<sup>a</sup>) de 21 de noviembre de 2006 (JUR 2007/67915). Ponente: José Manuel Barral Díaz.

### **Cláusulas abusivas: sumisión a arbitraje, apreciación en ejecución del laudo**

– AAP Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) de 6 de octubre de 2006 (JUR 2007/114057). Ponente: Luis Garrido Espá. Se reproduce la doctrina defendida por la propia AP de Barcelona (Sección 14.<sup>a</sup>), en auto de 25 de febrero

de 2004 (JUR 2004\122355), en el sentido de declarar nula, por abusiva, la cláusula de sumisión a arbitraje distinto del de consumo o de juntas arbitrales previstas institucionalmente para sectores específicos, contenida en un contrato de alta de un servicio de telefonía móvil. Todo ello, en concordancia también con la jurisprudencia del TJCE. En consecuencia, se deniega la pretensión de ejecución del laudo de condena al consumidor. En idéntico sentido, AAP Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) de 6 de octubre de 2006 (JUR 2007/114064), Ponente: Jordi Lluís Fogars Folch, Y, de la misma Audiencia, sección y fecha JUR 2007/114065, ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

### Concepto de consumidor

– SAP Cuenca (Sección 1.<sup>a</sup>) de 15 de noviembre de 2006 (JUR 2007/14649). Ponente: Leopoldo Puente Segura. No ostenta la condición de consumidor el adquirente de un taladro para utilizarlo en su taller de carpintería. FJ 2.º: «[...] A nuestro juicio, sin embargo, si se considera acreditado en la resolución recurrida que el taladro fue adquirido para emplearlo como instrumento de trabajo o medio de producción en el taller de carpintería del demandado, ha de entenderse que el bien adquirido quedaba integrado en el proceso de producción de éste o, por decirlo con las mismas palabras empleadas por la Directiva comunitaria aludida, no se adquiere para un uso que pueda considerarse ajeno a la actividad profesional del comprador, lo que, necesariamente, obliga a entender que éste no ostenta la condición de consumidor a los efectos de protección de la norma, quedando la operación comercial extramuros de la normativa que se contiene en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre. [...]».

– SAP Cantabria (Sección 2.<sup>a</sup>) de 10 de noviembre de 2006 (JUR 2007/14755). Ponente: Miguel Carlos Gernández Díez. No ostenta la condición de consumidor quien compra «a través» de una sociedad mercantil. FJ 2.º: «[...] El argumento esgrimido es que aunque el comprador formal es una sociedad mercantil, la compra se efectuó para satisfacer las necesidades privadas y lúdicas del vehículo adquirido. Ha de decirse que la argumentación del recurso raya la temeridad pues a la postre pretende de un órgano jurisdiccional la consagración de un fraude tributario. Se razona en el propio recurso que la compra se efectuó por la mercantil para ahorrarse el IVA, imputar en la contabilidad de la sociedad la amortización del bien etc. Cuando la compra del vehículo Jaguar tenía como finalidad principal el uso con fines privados y lúdicos. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea las personas jurídicas, condición que ostenta la recurrente, no tienen la consideración de consumidores o usuarios tal y como establece la STJCE de 22 de noviembre de 2001, y que si bien en la legislación interna española el artículo 1.2 de la LGDCU no excluye del concepto de consumidor a las personas jurídicas por su condición de tal, el artículo 1.3 del indicado texto sí excluye a quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieren el bien con el fin de entregarlo en procesos de comercialización o prestación a terceros. Bien se adquiera el vehículo Jaguar para atender a las necesidades comerciales de imagen de la compradora, bien para el uso de sus administradores o directivos, resulta evidente que tal adquisición se encuadra en el apartado 3 del artículo 1 de la LGDCU careciendo en consecuencia la recurrente de la condición de consumidor o usuario, lo que lógicamente excluye la aplicación de dicha normativa.»

– SAP Burgos (Sección 2.<sup>a</sup>) de 11 de octubre de 2006 (JUR 2006/293883). Ponente: Mauricio Muñoz Fernández. Adquisición de ordenadores para una sociedad limitada distribuidora de papelería: no es aplicable la LGVBC. FJ 2.º: «En el presente caso la mercantil adquirente es una Sociedad Limitada, el producto adquirido han sido unos ordenadores, que se remitieron y ubicaron en la sede de la sociedad y el uso de aquéllos es compatible con su integración en el proceso de producción o comercialización de la empresa distribuidora de papelería. La sola manifestación del Letrado en el acto de la vista asegurando que aunque situado en la empresa y adquirido por ésta, su destino era personal y privado del representante legal de la parte demandada, es insuficiente para justificar su condición de consumidor [...]» y además venía contradicha por el hecho de ser usados los ordenadores por distintas personas.

– AAP Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) de 6 de octubre de 2006 (JUR 2007/114058). Ponente: Ignacio Sancho Gargallo. No cabe analizar el carácter abusivo o no de la cláusula de sumisión al arbitraje que dio lugar al laudo que se ejecuta por no tratarse de un contrato con consumidores. FJ 2.º: «GRANJA JM, SCP, es una sociedad civil de carácter privado que, conforme a los artículos 1665 y siguientes CC, en relación con el artículo 35 del mismo, tiene una personalidad jurídica perfectamente delimitada. Sin embargo, lo importante a los efectos que este recurso plantea no es tanto su condición como tal, pues el artículo 1.2 de la LGDCYU admite en efecto que puede ostentar la condición de consumidor una persona jurídica, sino si puede ser considerada como consumidora porque adquiere, utiliza y disfruta los bienes y servicios en cuestión como destinataria final de los mismos. Y en este sentido, en coherencia con cuanto establece la doctrina, la normativa comunitaria (Directiva 93/13, de 5 de abril) y la autonómica (Ley 3/1993, de 5 de marzo de la Generalitat de Catalunya) y viene señalando la jurisprudencia (por ejemplo, STS 13 de marzo de 1999, 21 de septiembre de 2004 ó 15 de diciembre de 2005), la contratación por la sociedad ejecutada de ocho líneas de teléfono móvil para la realización de su actividad social y profesional no puede considerarse compatible con su pretendida condición de consumidora, esto es, destinataria final del servicio prestado [...]».

De la misma Audiencia, sección y fecha pueden verse otros tantos autos en el mismo sentido [JUR 2007/114059-114063 (ponente: Luis Garrido Espá)-114060-114-061-114062 (ponente: Blas Alberto Gonzáles Navarro) –118356 (ponente: Ignacio Sancho Gargallo)], con la diferencia de que, al ser la demandada una sociedad mercantil, se presume que la contratación de servicios de telefonía móvil se integra en la actividad de prestación de servicios que desarrolla, a los efectos del artículo 1.2 LGDCU.

### Contratos atípicos

– SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.<sup>a</sup>) de 4 de octubre de 2006 (JUR 2007/8349). Ponente: Emilio Fernández Suárez Díaz. Adquisición de semanas vacacionales en un Club de Vacaciones. La Sala reafirma la doctrina mantenida por esta AP desde 2002 en el sentido de entender que estas compras son perfectamente válidas y suelen producirse a raíz de la visita de turistas a las instalaciones del Club y tras recibir información adecuada. Se entiende que estos contratos no contravienen la LGDCU e incluso cumplen las previsiones de la Ley 7/1995, de Ordenación del Turismo de Canarias. FJ 2.º: «[...] se ha de señalar que los mismos [los contratos] están redactados en el

idioma de los demandantes, en un lenguaje perfectamente claro y de comprensión directa, sin que sea apreciable oscuridad alguna, ajustándose a los principios de buena fe y justo equilibrio de prestaciones, indicándose el objeto, clase de alojamiento vacacional (incluso visitaron el establecimiento hotelero recibiendo una información completa y veraz, al menos no consta lo contrario), precio, forma de pago, duración y forma de ejercicio del derecho que se trata. En segundo lugar, también se ha razonado que se trata de dos actos jurídicos distintos y perfectamente diferenciados, los actos previos de captación de la clientela y el contrato firmado en los locales de las demandadas, siendo éste el acto cuya nulidad se solicita. En tercer lugar, se plantea la cuestión de que no se determine en el contrato la fecha en que se utilizarán las semanas vacacionales, de lo que la parte actora deduce que dicha indeterminación supone que se deja la elección a la exclusiva voluntad de las demandadas; pues bien, con independencia de que ello no es exactamente así, sino que lo pactado es que el momento de utilización se basa en el acuerdo de las partes, ya se ha dicho también que en este tipo de contratos la indeterminación puede favorecer al cliente, que no quiera comprometerse de antemano para semanas ya prefijadas, eligiendo cada vez la que mejor le convenga; es cierto que esa libertad puede implicar un riesgo, que no logre la seleccionada si no reserva con la suficiente antelación, pero ése es el mismo sistema que el seguido con los bonos de hotel que se adquieren por anticipado y, en todo caso, no se ha intentado siquiera por los demandantes exigir el cumplimiento de las obligaciones de la demandada, presumiendo de antemano que no será posible. [...]»

### **Deber de información**

– AAP Cuenca (Sección 1.<sup>a</sup>) de 14 de febrero de 2007 (JUR 2007/80758). Ponente: Fernando de la Fuente Honrubia. En ejecución de sentencia se declara la nulidad del contrato de aprovechamiento por turno celebrado por el ejecutado, y en el que no se cumplieron los requisitos de información previa, incluida la relativa al desistimiento; igualmente, se declara la ineficacia del préstamo vinculado, que estaba siendo objeto de ejecución, a la cual se pone fin.

– SAP Toledo (Sección 2.<sup>a</sup>) de 29 de diciembre de 2006 (JUR 2007/599995). Ponente: Juan Manuel de la Cruz Mora. Compraventa sobre plano. Falta de instalación de un tejadillo proyectado. FJ 1.º: «[...] En las ventas sobre plano de viviendas en construcción, las viviendas no tienen una existencia actual, sino futura, aunque gráficamente prefigurada y en vías de conformación: en ellas, al consentimiento contractual se otorga en contemplación a las características –orientación, configuración, distribución, superficie, etc.– resultantes del plano incorporado al contrato, que en estos casos no sólo tiene una función descriptiva del objeto contractual, sino que ejerce también su papel objetivamente normativo para el promotor-vendedor, en cuanto le obliga a construir o hacer construir las viviendas vendidas de forma que reúnan aquellas condiciones. A la obligación de entregar la posesión, inherente a la compraventa (art. 1461 CC) se halla en tales casos indisolublemente unida, como premisa o presupuesto de un exacto cumplimiento, la de ejecutar u ordenar ejecutar la obra de modo que la vivienda construida se ajuste a las previsiones del plano incorporado al contrato. Cualquier desviación, no consentida, sobre ella debe pues ser enjuiciada en el contexto del

incumplimiento del contrato y no en el de errónea representación del objeto al tiempo de su perfección (SAP Madrid 10.<sup>a</sup>, 12-5-2004). La Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios consagró como un derecho básico de éstos la «información correcta sobre diferentes productos o servicios» y la educación o divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute (art. 2.1.2) señalando expresamente que éste, junto con los demás derechos de los consumidores y usuarios, serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado (art. 2.2). La vivienda –dice la exposición de motivos del citado RD 515/1989– constituye en la actualidad uno de estos productos de uso ordinario y generalizado. En utilización mediante compra constituye una actividad no sólo cotidiana, sino de gran trascendencia en la vida del consumidor. La propia Ley 26/1984 así lo entendió como se desprende del hecho significativo de la expresa mención a la vivienda en tres de sus artículos que son los 5.2 j), 10.1 C) y 13.2 en los que se tratan aspectos como los materiales de construcción, gastos que pueden repercutir en el comprador y documentación a entregar en la adquisición de una vivienda. Por ello el Real Decreto de referencia surgió ante la necesidad de regular de forma sistemática un aspecto de especial trascendencia para el consumidor como es la información que ha de serle suministrada en la adquisición de una vivienda. [...]». Incorpora abundante cita de jurisprudencia del TS, tanto anterior como posterior a la LGDCU.

– SAP de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>) de 12 de diciembre de 2006 (JUR 2007/89752). Ponente: Ramón Belo González. El contenido de la publicidad para la venta de una vivienda, celebrada entre un profesional y un consumidor, pasa a integrar el contenido de la compraventa y, en consecuencia, el comprador podrá exigir su cumplimiento específico e incluso resolver el contrato si concurren los requisitos precisos para ello (FJ 3.<sup>o</sup>). En sentido parecido, SAP Pontevedra (Sección 3.<sup>a</sup>) de 29 de noviembre de 2006 (JUR 2007/38317), ponente: Francisco Javier Romero Costas, donde, para el caso de las diferencias de cabida, entiende desplazada la regulación civil prevista en los artículos 1469 y siguientes CCE por las previsiones de la LGDCU y del Real Decreto 515/1989, de modo que competen al comprador los remedios ante el incumplimiento contractual. En el caso, al tratarse de mayor cabida que la proyectada y al haber optado los adquirentes por aceptarla, se les impone un incremento en el precio, sin perjuicio de que puedan reclamar los daños y perjuicios pertinentes, cosa que no hicieron en este pleito (FJ 7.<sup>o</sup> y 8.<sup>o</sup>). Véase en cambio SAP Madrid (Sección 9.<sup>a</sup>) de 4 de octubre de 2006 (JUR 2007/46777), ponente: Carlos Ceballos Norte, donde se razona que el incumplimiento de ciertos deberes de información (entrega de documentación exigida por la LGDCU y RD 515/1989) no es suficiente para reclamar la devolución de las arras dobladas. Se relaciona esta doctrina con la que ha desarrollado el recurso a la resolución ex artículo 1124 CCE como remedio para supuestos de incumplimiento sustancial.

### **Defensa de la competencia: aplicación de la normativa comunitaria**

SAP Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) de 27 de octubre de 2006 (AC 2007/84). Ponente: Enrique García García. Contrato de agencia no genuino para la comercialización de carburantes, que ha de sujetarse al régimen previsto en el artículo 81.1 TCE y a la restante normativa europea sobre competencia,

dada la cuota de mercado que ostenta la empresa comitente (FJ 5.º). En los FJ 5.º a 9.º se desgana el análisis del cumplimiento o no de los requisitos que establece la referida normativa para este tipo de acuerdos verticales de distribución, inclinándose por estimarlos cumplidos.

### **Propiedad industrial: utilización de términos en lengua extranjera**

– AAP Madrid (Sección 28.ª) de 11 de octubre de 2006 (AC 2007/96). Ponente: Gregorio Plaza González. No se conceden las medidas cautelares solicitadas. La Sala discurre sobre el valor descriptivo o no de vocablos en lengua extranjera. FJ 3.º: «[...] En relación a las denominaciones en lengua extranjera la jurisprudencia sentó como regla general su consideración como denominaciones de fantasía, sin perjuicio de admitir diversas excepciones. No obstante hay que advertir que esa idea se inspiraba en el desconocimiento de las lenguas extranjeras, de forma que sólo determinados vocablos que adquieren significado por su frecuencia o intensidad de uso podrían equipararse al significado que tienen en español y apreciar así su carácter genérico o descriptivo. Al margen de que esa justificación inicial sea cada vez menos sostenible, por la extensión que adquiere especialmente la lengua inglesa, que se manifiesta en algunas resoluciones que inciden en el nivel cultural de la sociedad española (STS, Sala Tercera, de 25 de febrero de 1997 [RJ 1997/1520]) dicho planteamiento no resulta acorde con las exigencias del mercado único europeo caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías (art. 3.1.c TCE). Precisamente dichas exigencias se relacionan con los fundamentos de la prohibición antes expuestos, dada la necesidad de salvaguardar la competencia. Una interpretación de este tipo resulta conforme a las normas del Tratado y evita que se creen barreras a la importación de productos. No hay razón en este caso para ofrecer una solución distinta de la prevista para la marca comunitaria, considerando los requisitos para el registro en relación a las distintas lenguas oficiales (art. 7 RMC y STPI, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2002, asunto T-219/00 que confirmó la R. OAMI de 15 de junio de 2000, as. R 385/1999-1). Igualmente absurdo resultaría no admitir como propias las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas, ya que si el término es genérico o descriptivo en alguna el registro debe denegarse, sea o no ampliamente conocido dicho término.– Como puede comprobarse, sin perjuicio de que la inclusión de algún vocablo genérico o descriptivo no sea determinante de la nulidad de una marca, no es posible crear un monopolio sobre el vocablo en sí, careciendo la marca de eficacia ofensiva frente a su uso por terceros competidores. Al afectar la controversia a un término de la lengua inglesa, la apreciación del mismo como mera denominación caprichosa o de fantasía no aparece tan clara como pretende el solicitante de las medidas cautelares y ello basta para rechazar la solicitud, de manera que debe ser en la sentencia definitiva donde se valoren diversas circunstancias, como la extensión de dicha lengua, la utilización del término en el mercado o el alcance de la prohibición en lo relativo a otras lenguas distintas del español.»

### **Viajes combinados**

– SAP Soria (Sección 1.ª) de 23 de enero de 2007 (JUR 2007/88772). Ponente: José Miguel García Moreno. La cancelación de un vuelo por el hecho de estar afectada la zona de despegue por un huracán constituye un



supuesto de fuerza mayor; en cambio, la avería de uno de los motores constituye caso fortuito, «[...] en la medida en que se trata de un acontecimiento que se produce en la esfera o círculo de la actividad empresarial de la compañía aérea codemandada, la cual, en consecuencia y por aplicación del ya citado artículo artículo 5.3 del Reglamento núm. 261/2004, viene obligada a responder de los daños y perjuicios provocados al actor como consecuencia de la cancelación de ese vuelo y del retraso del retorno a España en un día. En el mismo sentido, las previsiones del artículo 11.1 y 2.c) «a contrario» de la Ley 21/1995, reguladora de los Viajes Combinados, imponen la responsabilidad contractual de la compañía organizadora codemandada [...], solidariamente con la compañía aérea [...], por los perjuicios derivados de la cancelación del vuelo del día 29 de agosto de 2005 y del retraso del retorno del actor-apelante a España en un día [...]» (FJ 2.º).

– SAP Madrid (Sección 9.º) de 15 de diciembre de 2006 (AC 2007/389). Ponente: Juan José Sánchez Sánchez. Se estima que se produjo incumplimiento total del viaje combinado contratado al haber contraído los actores una gastroenteritis a los pocos días de haber llegado a su destino. Se considera probado que la afección fue producida por la comida ofrecida por el hotel. Corresponde la devolución total del precio, porque «[...] lo contratado por los hoy actores Bartolomé y Teresa fue un viaje combinado, o sea, un «paquete turístico», no aisladamente un viaje en avión de ida y vuelta, o aisladamente un alojamiento en un hotel o unas determinadas prácticas deportivas; no, lo contratado era un todo indivisible, que tenía que desenvolverse en varias prestaciones obligacionales. Consiguientemente, no puede decirse que existió cumplimiento del contrato porque se hubiera realizado el viaje en avión o se hubieran alojado unos pocos días en un hotel, porque, por definición un «viaje combinado» es aquel que tiene por objeto la realización de un viaje turístico o vacacional, mediante la prestación de un conjunto de múltiples servicios (transporte, alojamiento, práctica de determinadas actividades, etc.) que integran un «paquete turístico» retribuido mediante un precio global [...]» (FJ 2.º). Pero con ello siguen sin cubrirse los daños y perjuicios causados, entre los que se incluye el daño moral, para cuyo cálculo se tiene en cuenta, entre otras circunstancias, que se trataba de su viaje de novios (FJ 4.º).

Libros sobre Derecho Privado Europeo.  
Recensiones y noticias breves

**AZPARREN LUCAS, Agustín (dir.): *Hacia un Código del consumidor, Manuales de Formación continuada, T. 34, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial (coord.), Madrid, 2005. ISBN 84-96518-56-6; ISSN 1575-8735. 860 pp.***

Un nuevo volumen de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial se ocupa, esta vez, de la europeización del Derecho privado en España y, en concreto, del Derecho de los consumidores. El título de la obra adelanta lo que debería ser objeto de una iniciativa legislativa, largamente demorada. Sin embargo, no se ocupa de todos los aspectos del Derecho de consumo. En concreto, se estudian, por este orden: el concepto de consumidor (Alberto Bercovitz-Rodríguez Cano), la tutela procesal de los consumidores y usuarios (José Luis Seoane Spielberg), las condiciones generales puras o simples en la contratación (Ramón Durán Rivacoba), las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Nuria Antón Medrano), la evolución del Derecho comunitario y, especialmente, de los consumidores, incluyendo un análisis concreto de la Dir. 85/577/CEE, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles (Bernardo Hernández Bataller), los derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de vivienda (Julio Picatoste Bobillo), la responsabilidad del productor y el prestador de servicios (Rafael Martínez del Peso) y, finalmente, las garantías en la venta de bienes de consumo (Pablo José Moscoso Torres). Se trata de una recopilación extensa y meritoria en la que se analizan y ponen al día algunos de los temas más importantes del Derecho de consumo. Sin embargo, a la vista de la numerosa participación de magistrados entre los autores, se echa en falta un análisis transversal de la jurisprudencia española en el que se explicara cómo perciben nuestros jueces el Derecho comunitario, qué dificultades encuentran en su interpretación y aplicación y con qué frecuencia se recurre a la doctrina del acto claro para evitar una cuestión prejudicial. Todo ello ayudaría a entender mejor el Derecho de consumo y, por tanto, permitiría una elaboración más cuidada del código al que se aspira.

Esther ARROYO I AMAYUELAS  
Universitat de Barcelona

**BRAUN, Alexandra: *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna, Il Mulino, 2006. 560 pp. ISBN 88-15-11348-7.**

Alexandra Braun escribe un libro magnífico en el que aborda la relación entre jueces y doctrina en Inglaterra. Es una novedad –y grata sorpresa– para el lector español, poco acostumbrado a este tipo de lecturas en su país. Gra-

cias a su formación jurídica y desde su posición privilegiada de becaria postdoctoral del prestigioso St. John's Collage (Oxford), Alexandra Braun se hace eco de esa «otra tradición literaria» y escribe un libro en el que la historia del Derecho y el Derecho civil se combinan perfectamente para proporcionar una importante y decisiva aproximación (también sociológica) al estudio de la formación del jurista en Inglaterra que, en no menor medida, contribuye igualmente a la descripción de la evolución de las fuentes del Derecho (entendiendo éstas en sentido amplio y asumiendo que la teoría es distinta en el *Common Law* y en el *Civil Law*). En su investigación, Braun cuenta con una ingente literatura que ya antes que ella ha analizado ese mismo proceso –lo que de ningún modo excluye el análisis de fuentes originales, aunque éste sea proporcionalmente menor– pero su lectura crítica le lleva a rebatir ciertas afirmaciones que, hasta la fecha, se tenían por verdades inconcusas. El libro, a pesar de estar escrito por una comparatista, no ofrece elementos de Derecho comparado (salvo referencias puntuales a Italia y Alemania, de carácter histórico, a propósito de la prohibición de citar autores en las sentencias, pp. 288-291). Sin embargo, quien lo lea no puede dejar de comparar lo que Alexandra Braun explica con la evolución de las cosas en su propio país.

De forma sucinta, el libro de A. Braun se podría dar a conocer al lector explicando que, en nueve capítulos, divididos en tres partes, y un total de 560 páginas, incluido el listado bibliográfico y los índices de sentencias, conceptos y nombres (del que, por cierto, ella se excluye), la autora se ocupa, con una magnífica prosa y un aparato de citas exhaustivo, de las etapas más sobresalientes de la evolución del cuerpo académico en Inglaterra y, esencialmente, de la evolución de la educación universitaria y de la literatura jurídica, e individualiza con detalle los cambios que en ellos han tenido lugar. Se analiza igualmente el proceso de creación de un cuerpo de profesores en Inglaterra a la vuelta del s. XIX y se concluye demostrando con numerosos ejemplos el impacto que la «doctrina» (en terminología civilista) ha tenido en la labor de los jueces. Para ello, como botón de muestra, Braun examina la evolución del Derecho sobre el enriquecimiento injusto y, en el ámbito del Derecho penal, cuyo desarrollo también narra, la explicación se centra en la figura de la tentativa de delito. Para una exposición más detallada del contenido, remito a Antoni Vaquer, que también efectúa una reseña de la obra en: 9 (2007) *Revista Catalana de Dret Privat* (en prensa).

La conclusión de la autora es que directa (formulando principios) e indirectamente (sistematizando ideas, sugiriendo conceptos), la academia o *legal writings* ha hecho evolucionar el *Common Law* gracias a la recepción voluntaria por parte de los jueces de críticas, comentarios y reflexiones de los profesores. Aquéllos, aun no siempre compartiendo la idea del autor de referencia, normalmente tienden a hacer gala de haber leído la literatura científica relevante para caso que se juzga. Éste es un primer elemento de reflexión para el lector no inglés porque, normalmente, en la tradición de *Civil Law*, eso no es así. En los países civilistas, la doctrina no es fuente *formal* (conviene subrayar el adjetivo) del Derecho (no, al menos, en los países europeos que a continuación se relacionan) y de ahí que, a diferencia de lo que sucede con la ley, los jueces no tengan por qué hacer mención de ella en sus sentencias. Así es generalmente en Italia, aunque en este ordenamiento la razón se encuentra en que el artículo 118.3 de las Disposiciones de actuación del Código procesal civil (1942) prohíbe la cita de autores. En realidad, ello no prohíbe a los jueces que tengan en cuenta la doctrina; el

precepto tan sólo prohíbe dejar constancia de los nombres y las obras de los juristas consultados. Por tanto, que no aparezcan las citas no significa que «la academia» no haya sido tenida en cuenta. Por lo demás, que aparezcan no quiere decir que la sentencia pueda anularse [Alexandra Braun, «Professors and Judges in Italy: it takes two to tango» 26 (2006) *Oxford Journal of Legal Studies*, 665, 658-670]. Tampoco en Francia están los tribunales autorizados a citar en sus sentencias ni doctrina, ni otras referencias jurisprudenciales, ya sean de Derecho nacional o extranjero. Las sentencias de las jurisdicciones superiores son extremadamente breves, fruto de un razonamiento deductivo y de un culto a la ley que impide explicar tanto los hechos como el razonamiento mediante el cual se llega a la solución del litigio, aunque se aprecian indicios de cambio, en el sentido de que actualmente ya es público el informe presentado por el ponente o juez encargado de representar la opinión del tribunal, que explica tanto los hechos como las diversas soluciones, que luego se discute y, en su caso, se aprueba colectivamente [Guy Canivet, «La pratique du droit comparé par les Cours suprêmes: brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne: en commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke "Le juge en tant que comparatiste"» 80 (2005) *Tulane Law Review* 221, 235]. Por el contrario, ni España (*vid.* arts. 218.2 LEC) ni Alemania conocen restricciones a la admisibilidad de citas de autores en las sentencias, pero mientras que en nuestro país aquéllas no son frecuentes (existen, pero son excepciones que confirman la regla general contraria y, aun así, sería necesario un estudio que permitiera saber cuál es el peso real de tales citas), sí lo son en Alemania, donde, por lo demás, existen estudios que demuestran la secular interacción entre jueces, legisladores y juristas [Stefan Vogenauer, «An Empire of Light. II, Learning and Lawmaking in Germany Today» 27 (2007) *Oxford Journal of Legal Studies* 627-663].

Según se puede leer en el libro de Alexandra Braun, el diálogo entre jueces y doctrina es intenso en Gran Bretaña en los últimos treinta años. En este sentido, su libro rompe con un tópico: el de creer que los jueces ingleses todavía juzgan exclusivamente con base en el precedente como, sin duda, tal y como la autora demuestra en los primeros capítulos de su obra, sí fue así históricamente, no sólo por el peso del *stare decisis*, sino también como consecuencia de la escasa producción literaria universitaria de entonces. Que hoy no sea ya así depende, sin duda, tal y como destaca Braun, de un cambio de mentalidad de los jueces y, a su vez, de su cada vez mayor preparación académica [*vid.* en este sentido los gráficos que explican la evolución de las cifras de *Law Lords* con y sin *Law Degree* (pp. 134-137) y el Apéndice (pp. 483-486)]. Pero ¿acaso no será también consecuencia de que la doctrina es cada vez mejor, más selectiva y más crítica? Sin duda, el lector español encontrará aquí otro elemento de reflexión si desea comparar con la situación en España.

Para concluir, quien tenga interés en la historia y el desarrollo de la enseñanza del Derecho y le preocupe el problema de cómo abordar la preparación de nuestros futuros juristas, encontrará en el libro de Alexandra Braun información adecuada, detallada y enormemente sugerente. Tras leerlo, seguro que más de uno se planteará el interrogante de por qué este tipo de investigaciones no se desarrollan también en la Universidad española.

Esther ARROYO I AMAYUELAS  
Universitat de Barcelona

**DROBNIG, Ulrich; SNIJDERS, Henk J.; ZIPPRO, Erik-Jan (eds.): *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, Sellier, European Law Publishers, 2006, ISBN-10 3-935808-96-8, 240 pp.**

Este volumen recoge las ponencias presentadas en las Jornadas que tuvieron lugar en la Universidad de Leiden los días 1 y 2 de septiembre de 2005. El referido encuentro, así como esta recopilación de materiales, se presentan como continuadores de las reflexiones plasmadas por C. von Bar y U. Drobing en su conocido estudio *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe* (Sellier, ELP, 2004).

Como se explica en la introducción, a cargo del propio Drobing y de los otros dos editores de la obra, H. J. Snijders y E.-J. Zippro, el trasfondo que sirve de contexto a ambos trabajos es el mismo: a raíz de la iniciativa de las instituciones de la Unión Europea de elaborar –veremos finalmente con qué alcance– el llamado Marco Común de Referencia, de base netamente contractual, como lo han sido hasta la fecha la inmensa mayoría de las disposiciones comunitarias en materia de derecho privado, surgió la necesidad de averiguar si se producían interacciones entre la armonización y eventual unificación en este ámbito, y las divergencias entre los distintos sistemas nacionales en cuanto a la regulación de la responsabilidad extracontractual y de los diversos sistemas de derechos reales, en particular por lo que se refiere a los mecanismos de constitución y transmisión.

En esta ocasión, no obstante, el objeto de análisis es mucho más restringido, puesto que se dejan de lado las cuestiones relativas al derecho de daños y, en cuanto a la problemática de los derechos reales, los trabajos recopilados se centran en las garantías mobiliarias de origen contractual y, en especial, en las que comportan la transmisión de la propiedad. En consecuencia, las posibles interacciones entre el derecho contractual europeo y los sistemas de adquisición y transmisión de los derechos reales no son abordados sino en el contexto de la problemática que generan las garantías mobiliarias.

El título, por tanto, es algo equívoco. Pero tiene la virtud de anunciar, en su segunda proposición, cuáles van a ser las dos preguntas sobre las que giró la discusión, a saber: si las divergencias entre las legislaciones nacionales relativas a las garantías mobiliarias conllevan el mantenimiento de barreras al mercado interior y, si la primera cuestión se responde de modo afirmativo, cuáles son las posibles soluciones a estos problemas.

Como era de esperar, las respuestas de los participantes a estas dos grandes cuestiones estuvieron lejos de converger. Respecto de la primera cuestión, hubo quien hizo un paso atrás y se preguntó en primer lugar si efectivamente los operadores percibían la existencia de problemas prácticos de entidad. Así, por ejemplo, desde la óptica del análisis económico del derecho (B. Bouckaert), la respuesta era en líneas generales afirmativa, al menos en el sentido de que la supresión de diferencias mejoraría el funcionamiento del mercado interno (G. Affaki). Pero desde otras perspectivas se sugiere que las divergencias en el marco del sistema de derechos reales obedecen a distintos procesos nacionales de decantación a favor de un determinado equilibrio de intereses, y que los costes para el operador de otro Estado miembro, habida cuenta que será tratado legalmente del mismo modo que un nacional, no son distintos a los que le supondrá, pongamos por caso, tener que aprender el idioma o tener que cumplir la normativa fiscal de un Estado distinto al suyo: el conocimiento del derecho será un factor más a tener en cuenta a la hora de decidir si se lleva a cabo o no la inversión, pero hay otros datos (como el tipo

de interés, el coste de la mano de obra o la referida normativa fiscal) que tendrán mayor peso en esta fase (Verstijen).

Pasando ya a determinar si las divergencias en este ámbito implican el mantenimiento de barreras al mercado interior, las respuestas son también variopintas, desde los que entienden que suponen una mera «influencia», hasta los que entienden que la falta de armonización en este ámbito contraviene esta libertad de mercado. Sin que sea posible olvidar, no obstante, la voz discordante de Weatherill (U. Oxford) quien, haciendo honor al manido tópico del euroescepticismo británico, analiza qué es una barrera al mercado interior y cuándo una norma de este tipo puede estar justificada, para concluir que no se sabe con certeza por qué debería legislar la Unión Europea en este ámbito y remarcar que, con demasiada frecuencia, las instituciones europeas extienden sus potestades normativas sin razonar la necesidad de legislar ni la legitimación para hacerlo. Usa como argumento a favor de su postura la doctrina del TJCE, que en casos como *Keck y Tobacco Advertising*, dejaría traslucir que es preciso dejar espacio a la diversidad en este punto.

En respuesta a la segunda gran cuestión que centró el coloquio –cuál es la mejor solución ante la constatación de que las divergencias suponen un obstáculo al correcto funcionamiento del mercado interior– las propuestas son también variadas. Diversos participantes (Verstijen, Snijders) apuntan como mejor solución a corto plazo la regulación de un derecho de garantía europeo [ESR(M), *European Security Right (over Movables)*], que se añade a los sistemas nacionales vigentes, quizá con un sistema de registro on-line de bajo coste. Esta garantía europea, no obstante, se suele ver como un paso previo a la unificación o, al menos, la armonización, que se intuye lenta y trabajosa (Snijders). Esta solución, sin embargo, tampoco está exenta de problemas, entre los cuales destacan los de adecuación o ajuste a las distintas normativas estatales en distintos ámbitos, señaladamente en materia de insolvencia (Kieninger). Otros abogan por dejar que se vaya produciendo una gradual evolución tendente a la armonización de sistemas, cosa que ya tendría un reflejo embrionario en las D. 2000/35 y D. 2002/47 (Dirix). Algunos de los participantes, por el contrario, entendieron que el mejor sistema era el de la armonización a través de Directivas, señalándose en algunas intervenciones que la regulación europea debería ser de mínimos y en ningún caso detallada (Vriensdorp, Rank).

De todos modos, cada intervención tiene su propio planteamiento, de ahí que convenga advertir al lector de que no se deje guiar por la introducción, que contiene un breve resumen de las principales intervenciones. Cuando la leí pensé que prácticamente holgaba esta reseña, pero la verdad es que en ocasiones el contenido de las intervenciones presenta tintes muy distintos a los que se le atribuyen en la introducción –y, dicho sea de paso, también en las conclusiones (a cargo de K. Cox) de manera que casi parece como si sus respectivos relatores hubiesen asistido a congresos distintos.

De lo dicho, incluyendo la propia presentación del volumen, a la que me acabo de referir, se desprende una vez más que siempre habrá división entre partidarios acérrimos de la uniformización y detractores de la misma, y que cada norma de los Tratados Constitutivos podrá ser interpretada de un modo u otro –como lo son las intervenciones en estas Jornadas– dependiendo del punto de partida –¿o tal vez prejuicio? Sólo así se explica que en un mismo ámbito, el de las garantías reales mobiliarias, podamos encontrar autores que entienden que no es precisa –ni legítima– la armonización, otros que la estiman conveniente aunque no ven qué problemas prácticos pueden plan-

tearse y otros que parten de su necesidad y se lanzan a averiguar cuál es la mejor vía para alcanzarla, propugnando en algunos casos incluso la plena uniformización.

En cualquier caso, la materia es lo suficientemente sugerente como para dedicar un tiempo a la lectura de estos materiales. Y quizá conviniese que nos empezásemos a plantear la cuestión inversa, es decir, hasta qué punto el derecho ( eminentemente contractual) europeo está haciendo mella en los sistemas nacionales de derechos reales.

Miriam ANDERSON  
Universitat Barcelona

**FENOY PICÓN, Nieves: *El sistema de protección del comprador*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral (ed.), 2006, ISBN 84-96347-80-X, 335 pp.**

Nieves Fenoy nos ofrece una nueva aportación destinada a convertirse en obra fundamental en el ámbito contractual, de lectura muy recomendable y formativa, conscientes de que leer una de sus obras es invertir sobre seguro. Es evidente que la autora posee las connotaciones de los estudiosos cimeros: equilibrada, constructiva, pensadora de oficio, y exhaustiva en los análisis. Sigue la estela, pues, de su maestro, Antonio Morales Moreno, referente imprescindible de todo civilista.

Si se me permite la expresión, aprovechando y distorsionando figuras que se estudian en el libro, me atrevería a decir que la obra es un *alius plus alio*, aporta más de lo que exige la temática de la obra y en ningún caso se aporta información superflua o desproporcionada con el tema de análisis, al contrario: las notas son de una generosidad jurídica abrumadora.

Si tuviera que expresar en pocas palabras lo que resulta más impactante de la obra sería lo siguiente:

a) La tesis defendida por la autora: la defensa de la incompatibilidad de la falta de conformidad con otros sistemas de protección del consumidor. Defensa que realiza con una fundamentación, claridad y elegancia jurídica envidiable. No hay vacíos argumentales, ni dudas. El orden y la sistemática seguida son ejemplares.

b) La defensa de la modernización del Derecho de obligaciones: El libro es un grito a una necesaria revisión de nuestro Derecho de obligaciones, necesidad que ya anunciaba la autora en su obra *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996. Las últimas corrientes legales (por ejemplo, la Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional de Objetos Muebles Corporales –LUCI–, los principios de UNIDROIT, la Convención de Viena, Código civil Holandés, los Principios de Derecho Europeo de Contratos elaborados por la Comisión sobre Derecho europeo de Contratos –PECL–, o la revisión del Código alemán) han instaurado un régimen de las obligaciones y de los contratos adecuado a los nuevos tiempos, una «modernización del Derecho de las Obligaciones contractuales», que sería preciso seguir. Así existe una nueva construcción del contrato según la cual el deudor garantiza un determinado resultado lo que hace que el incumplimiento tenga un amplio campo de aplicación. El incumplimiento, por tanto, se expande y ello conlleva problemas de sola-

pamiento con otros remedios que es preciso solventar. Lo importante es determinar el régimen que hoy en día es adecuado para la entrega de una cosa con anomalías cualitativas. Y la orientación actual es hacia la falta de conformidad y a la unidad de régimen de las distintas relaciones contractuales (entre profesionales y consumidores, entre dos profesionales, entre dos particulares). En España, el problema es que se ha comenzado por construir lo especial sin tocar lo general (p. 306). Y «el actual derecho de las obligaciones contractuales requiere una reforma de mayor calado; una reforma de carácter general».

c) El fácil manejo, correcto uso y excelente interpretación que muestra la autora de los textos nacionales e internacionales, al igual que las ricas aportaciones de los trabajos que se están realizando en nuestro país orientados hacia la modernización del Derecho de Obligaciones, como es la exposición de la Propuesta de Anteproyecto del Modificación de Código civil en materia de contrato de compraventa.

La falta de conformidad es definida por la autora como aquel desajuste entre el objeto real entregado y el ideal, diseñado en el contrato, es decir, lo pactado no se corresponde con lo entregado.

El libro analiza cómo se inserta, relaciona y coordina la falta de conformidad con otras figuras, especiales o generales, con las que, total o parcialmente, coincide en el supuesto de hecho. Lo cierto es que la falta de conformidad crea «cortocircuitos jurídicos» con otros sistemas de protección de nuestro ordenamiento, en particular, con el saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 ss. CC), la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU; el incumplimiento (arts. 1096, 1124 CC), el error, y el dolo vicios del consentimiento (arts. 1266, 1269, 1270 CC). Como muy bien se expone en el prólogo del libro por parte del profesor Morales Moreno, la Ley 23/2003 delimita una manifestación del incumplimiento del vendedor y determina los remedios correspondientes al mismo en este tipo de ventas, pero «este sistema de protección del comprador, consumidor, aunque sea equilibrado y suficiente (si se completa con la indemnización), no ha dejado de plantear problemas de concurrencia con otros sistema de protección que, por supuesto, pueden concurrir en caso de falta de conformidad». Nieves Fenoy estudia en este libro cada una de estas manifestaciones de concurrencia de remedios, gravitando sobre su investigación la idea de que es menester delimitar sus espacios. Todo ello lo hace con una sistemática que nos recuerda a los comentaristas del siglo XIV y su técnica de los *pros, contras, solutio*, etc.

El libro, con la exquisita claridad y sistematización que caracteriza las obras de la autora, tras anunciarnos el objetivo que se pretende, se estructura en cinco grandes bloques donde se analiza la concurrencia de remedios a la que aludíamos anteriormente: la falta de conformidad y el saneamiento por vicios ocultos; la falta de conformidad y la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU; la falta de conformidad y el incumplimiento; la falta de conformidad y el error; y, finalmente, la falta de conformidad y el dolo del vendedor. Y termina el estudio con unas consideraciones finales.

La obra parte de la Ley 23/2003, pero como se anuncia en el prólogo, su propósito y perspectiva desbordan los límites concretos de esta ley.

La falta de conformidad y el saneamiento por vicios ocultos: La autora presenta ambas figuras como dos regímenes distintos de tratamiento de un mismo problema: la entrega de una cosa con anomalías cualitativas. Y la diferencia radica en que se trata de figuras surgidas en momentos históricos diversos (en el siglo XIX el saneamiento y en el siglo XX la falta de conformi-



dad resultado de la aproximación entre el sistema anglosajón y los continentales) y excluyentes. Es un claro ejemplo de la evolución del Derecho adaptándose a los nuevos tiempos.

La Ley 23/2003, respecto a la concurrencia de acciones, sólo se manifiesta respecto al saneamiento por vicios ocultos, olvidando todos los demás sistemas que pueden concurrir con la falta de conformidad. En este sentido, la DA I de la LGVBC establece que «el ejercicio de las acciones que contempla esta ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos». Aunque en un inicio pueda parecer que la DA I es clara, la autora nos hace ver la complejidad que puede esconder la palabra «incompatible».

La tesis de la autora es la siguiente: «el saneamiento por vicios ocultos no es aplicable a las compraventas regidas por la LGVBC; ello porque las ventas de consumo cuentan con un régimen específico para el problema de la entrega de una cosa con anomalías cualitativas, el de la falta de conformidad» (p. 32). Para fundamentar dicha postura se apoya, por una parte, en la Exposición de motivos de la ley, donde se habla de «sustitución» de las acciones edilicias por las acciones de reparación y sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato. Por otra parte, se apoya en el significado y función de la falta de conformidad, dado que la falta de conformidad ha venido a sustituir al saneamiento. Así pues, el régimen de saneamiento no es aplicable a las ventas de consumo porque ha sido desplazado por el de la falta de conformidad de la LGVBC.

Sin embargo, no es esta una opinión unánime. La autora recoge, en particular y con exquisito respeto, las tesis discrepantes de dos autores. Por una parte la opinión de Bercovitz Rodríguez-Cano, quien interpreta la incompatibilidad de la DA I LGVBC como la imposibilidad del ejercicio simultáneo de ambos remedios, lo que supone que el consumidor puede optar por acudir al saneamiento o a la falta de conformidad. Esta interpretación permite a la autora hacer un análisis del significado de la incompatibilidad concluyendo que puede distinguirse una incompatibilidad procesal (es decir, no cabe el ejercicio simultáneo de remedios) y otra incompatibilidad de regímenes (como imposibilidad de que el comprador acuda al saneamiento por quedar desplazado por la falta de conformidad), decantándose por esta última por las antecedentes discusiones doctrinales sobre la naturaleza de las acciones edilicias.

Por otra parte recoge la tesis de Navas Navaro quien considera que la DA I LGVBC señala la imposibilidad de ejercicio simultáneo del régimen de saneamiento y de la falta de conformidad, pero defiende una compatibilidad cronológica sucesiva de los mismos. Es decir, primero, durante los dos años siguientes a la entrega (plazo de garantía establecido en la LGVBC) el consumidor ha de acudir a la falta de conformidad y transcurrido ese plazo, si en la cosa no se manifestó ninguna falta de conformidad pero después se descubre un defecto, el comprador podrá acudir al saneamiento. Para profundizar en esta tesis Nieves Fenoy incide en la superación de la distinción entre la compraventa genérica y específica en el supuesto de falta de conformidad. Concluyendo que la falta de conformidad presupone un concepto unitario, amplio y aglutinador del incumplimiento y al separar los requisitos exigibles y límites para cada uno de los remedios, permite al legislador dar una solución más adecuada a las peculiaridades del caso concreto.

Pero la autora no cierra aquí el capítulo, sino que pone en evidencia la crónica enfermedad de Derecho de consumo: el engarce de los conceptos y

reglas que utiliza este Derecho con el resto de ordenamientos. Hay tal proliferación de leyes protectoras del consumidor que no siempre existe coordinación entre ellas. Y esta descoordinación se pone en evidencia también en la materia que se trata en el libro, en concreto entre la DA I LGVBC y el artículo 61.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista. Este último precepto, al contrario de la DA I LGVBC que señala la incompatibilidad del saneamiento con la falta de conformidad, presenta ambas figuras en plano de igualdad (por motivos de economía procedimental). El motivo de la discordancia normativa era que se acercaba el límite para transponer la ley de garantías y hubo una pequeña avanzadilla en un tiempo en que aun se estaba discutiendo la transposición de la ley y no estaba perfilada todavía la falta de conformidad y el saneamiento. El legislador se arriesgó con la Ley 7/1996 y se equivocó en la predicción, sin que posteriormente se haya reformado.

La falta de conformidad y la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU. Nada advierte la LGVBC en torno al tema. La autora, desde un principio se pronuncia sobre ello con la contundencia, la claridad y reflexión que le caracteriza. Defiende que la falta de conformidad de la LGVBC deroga tácita y parcialmente del artículo 11 LGDCU, regulador de la garantía comercial pero que en España ha sido simultáneamente y en lo que al mínimo legal se refiere, una garantía legal (pp. 103 y 131). Defiende esta idea y expone la opinión al respecto de otros autores como Carrasco Perea/Cordero Lobato/Martínez Espín; Vérguez, Verda y Beamonte, y Pita Ponte.

La verdad es que el artículo 11 LGDCU no ha destacado precisamente por la claridad. Ha generado cierta polvareda doctrinal puesto que a la vez que regula (regulaba) la garantía legal, regula también la garantía comercial (surgida por voluntad del garante y que debe ser superior a lo que por ley se otorga al consumidor).

La falta de conformidad y la garantía mínima del artículo 11.2 y 3 LGDCU son dos regímenes legales de protección del consumidor no conciliables, en remedios y plazos puesto que, comparados entre sí, no son totalmente coincidentes y se articulan de manera distinta. Por una parte, el artículo 11.2 y 3 LGDCU, ante una anomalía cualitativa manifestada durante los seis meses siguientes a la entrega, contempla en primer lugar la reparación del bien (pudiéndose acumular sólo en este caso la indemnización por daños y perjuicios) y, en su defecto, la opción entre su sustitución o la resolución del contrato. Respecto al plazo de ejercicio de la acción siempre hubo polémica (los mismos seis meses; otro plazo de seis meses; quince años). Por otra parte, la falta de conformidad de la LGVBC debe manifestarse durante los dos años desde la entrega, en cuyo caso el consumidor, en primer lugar, podrá optar entre la reparación o sustitución del bien, y en su defecto, podrá optar entre la reducción del precio o la resolución contractual. En cuanto al plazo de ejercicio de los remedios es de tres años. Hay otra diferencia destacable en ambos sistemas y es la necesidad de denunciar la falta de conformidad que establece la LGVBC a diferencia de la LGDCU que no alude a tal circunstancia.

Estas diferencias permiten a la autora concluir que «se está ante dos sistemas legales que regulan, en lo fundamental, el mismo problema jurídico (las anomalías cualitativas del objeto). Ambos tienen un diseño distinto e incompatible». La derogación tácita del artículo 11.2 y 3 LGDCU la fundamentará en estos dos argumentos: en primer lugar, en la aplicación de la regla según la cual la ley posterior deroga la anterior, con lo que el régimen de la falta de conformidad sustituye al de la garantía legal (comercial) del artículo

lo 11.2 y 3 LGDCU, en relación con el vendedor. En segundo lugar, en el modo en que la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, reforma el artículo 12.2 LOCM., dado que de la DF 1.<sup>a</sup> de dicha ley puede inducirse que el legislador entendía y preveía que la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU iba a tener una vigencia limitada y breve en el tiempo, porque la transposición de la Directiva 1999/44/CE implicaría su derogación.

Ahora bien, tratándose de una derogación tácita la del artículo 11.2 y 3 LGDCU, la derogación opera sólo en el ámbito en que la antigua regulación y la nueva resulten incompatibles. En el ámbito residual en el que la nueva regulación no ha incidido, ha de admitirse la subsistencia de la regulación anterior. Por ejemplo, sería el caso de la aplicación del artículo 11.2 y 3 LGDCU a los arrendamientos de bienes muebles (alquiler de coches), puesto que no es aplicable ahí la LGVBC; y a propósito de la naturaleza de los bienes, el artículo 11.2 y 3 LGDCU también incluiría la vivienda.

La falta de conformidad y el incumplimiento. Si la falta de conformidad implica incumplimiento, habrá que ver el tipo de relación que media entre el sistema de remedios previstos *especialmente* para ella y el sistema general de los remedios fundados en el incumplimiento. En este capítulo la autora considera que entre estos dos sistemas de protección «el consumidor debe utilizar el sistema de remedios previstos para la falta de conformidad, salvo que el vendedor hubiere actuado con dolo» (pp. 157 y 172) puesto que la falta de conformidad es un régimen jurídico específicamente diseñado para el problema de las anomalías cualitativas y la concreta relación entre un profesional y un consumidor. Esta postura es, además, la tendencia favorable (con más o menos matices) de los autores que han tratado el tema (Morales Moreno, Manuel J. Marin López, Reyes López, Navas Navarro).

Las diferencias entre ambos sistemas son las siguientes:

a) Los remedios regulados en la LGVBC se jerarquizan (reparación o sustitución y en su defecto, rebaja del precio o resolución contractual), en cambio, en el sistema general de incumplimiento los remedios (la pretensión de cumplimiento y la resolución) actúan en plano de igualdad sin jerarquizarse.

b) Otra diferencia entre el régimen de la falta de conformidad y el general del incumplimiento es el plazo de ejercicio: tres años en el primer o quince en el segundo.

Compatibilizar ambos sistemas sería ir en contra del espíritu de la LGVBC, ya que podría sabotarse el escalonamiento de remedios y los plazos en ella regulados, cuando la LGVBC defiende el *favor contractus*, a partir de la idea de que, siendo posible la reparación o la sustitución, el interés típico del comprador ya puede quedar satisfecho (admitiendo a su vez la indemnización del retraso).

El capítulo finaliza con la alusión al *aliud pro alio*, en el sentido de que éste tiene encaje en la LGVBC, excepto si el vendedor es doloso. La entrega de una cosa distinta de la pactada es una de esas cualesquiera faltas de conformidad del bien de las que responde el vendedor, por lo que los remedios aplicables son los de la LGVBC no los generales del incumplimiento. El artículo 1474 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa, así se manifiesta. El régimen del *aliud pro alio*, pues, es el de la falta de conformidad según la autora, consciente de la no expresa inclusión del mismo en la LGVBC y los riesgos que ello conlleva.

La falta de conformidad y el error. Dado que el supuesto de la falta de conformidad puede coincidir con el error vicio de la voluntad contractual (art. 1266 CC), el problema en este nuevo capítulo es analizar si la falta de conformidad excluye o no el régimen del error, cuestión tampoco solucionada en la LGVBC. Según Nieves Fenoy «la situación debería regirse por la regla de la incompatibilidad, o dicho de otro modo, el consumidor debería acudir a la falta de conformidad». Para su estudio parte de un muy apropiado análisis de la Convención de Viena (de donde se deduce que lo aplicable es la falta de conformidad no la regulación interna del error), los principios de UNIDROIT (donde también se excluye el error en beneficio de incumplimiento) y los PECL (aquí es distinto, puesto que se permite que el contratante utilice cualquiera de los remedios: el error o el incumplimiento. Esta postura considera la autora que es fruto de una actitud de prudencia en el diseño de unos principios que deben ser aceptados por todos los Estados miembros). Tras ello concluye que «la solución más razonable es la incompatibilidad [entre el error y la falta de conformidad], pero reconozco también lo complicado de la cuestión y la dificultad de aplicar tal solución para el Derecho interno español. La creciente expansión del error a partir del yusnaturalismo seguramente sirvió para suplir las limitaciones de concepto de incumplimiento» (p. 215).

La verdad es que hay argumentos a favor y en contra de la compatibilidad e incompatibilidad del error y la falta de conformidad. A favor de la compatibilidad –postura que Nieves Fenoy augura como triunfadora (recogiendo los autores favorables a ellos)– la autora menciona la circunstancia de que la formación del contrato y el cumplimiento operan en distintos planos; o el hecho favorable para el consumidor de poder elegir él entre todos los remedios que operaran en plano de igualdad; o el hecho de ser la postura de los PECL Morales Moreno, el mayor especialista en la materia, admite la compatibilidad, aunque reconoce que es más adecuada la incompatibilidad.

La incompatibilidad, sin embargo, también puede defenderse. Por ejemplo, por la circunstancia de que la falta de conformidad de la LGVBC es un régimen específicamente diseñado para la entrega de una cosa con anomalías cualitativas en las ventas de consumo, o por el hecho de que la LGVBC se ha inspirado en la Convención de Viena, donde se hacen incompatibles.

Como apuntaba al inicio de esta recensión, el libro que se presenta es un grito a la reforma del régimen del incumplimiento de nuestro Código civil y en este capítulo, al analizar la Convención de Viena, los principios de UNIDROIT y los PECL, incide en ello. Ya se han levantado voces al respecto (Morales Moreno, Pantaleón Prieto, o la propia autora, entre otros) y en este capítulo se analiza la propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación de Código civil en materia de contrato de compraventa, de la Comisión General de Codificación, que se ha publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, de 1 de mayo de 2005.

En esta propuesta de Anteproyecto se justifica la necesidad de reformar las normas del Código civil sobre el contrato de compraventa en el hecho de que el sistema de responsabilidad civil del vendedor es distinto al que han ido diseñando la evolución jurisprudencial y las nuevas corrientes del Derecho Uniforme y Comunitario. El nuevo Derecho de obligaciones contractuales se caracteriza por utilizar un concepto unitario de incumplimiento, entendido como la no ejecución de cualquier obligación, con independencia de que aquél sea o no imputable al deudor. Además, el incumplimiento desencadena la aplicación articulada de una serie de remedios (la pretensión de cumplimiento, la reduc-

ción de precio, la resolución y la indemnización de daños). Los saneamientos desaparecen sustituyéndose por una regulación acorde con las reglas generales del Derecho de obligaciones: la idea de unificar el sistema de responsabilidad contractual.

Los aspectos más destacables de esta propuesta son expuestos con suma delicadeza:

*a)* Se suprime el artículo 1460 CC que regula la imposibilidad inicial decretando la nulidad la compraventa celebrada si se pierde la cosa en su totalidad, y lo desplaza hacia el incumplimiento. Ello es así porque la pérdida total del objeto no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes.

*b)* El artículo 1468.1 CC que impone al vendedor la obligación de entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse la venta, en la propuesta afirma que el vendedor tiene el deber de entregar la cosa conforme al contrato.

*c)* La existencia de falta de conformidad constituye incumplimiento del contrato de compraventa, y como tal, faculta al comprador para ejercitar los remedios propios del incumplimiento. El nuevo artículo 1482 los enumera: facultad de exigir el cumplimiento, reducir el precio, resolver el contrato y pedir indemnización.

*d)* Se define el contrato de compraventa sin el requisito de que la cosa sea determinada, para no pensar que la regulación de la compraventa solo se refiere a la específica y no a las genéricas.

*e)* En cuanto a la incidencia de la falta de conformidad en el riesgo, en el actual Código Civil el comprador asume los riesgos de la pérdida o deterioro de la cosa desde la perfección del contrato. En la propuesta toda pérdida o deterioro casual de la cosa que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor: la pérdida de la cosa provoca el incumplimiento de la obligación de entregar y el deterioro de la misma desemboca en el incumplimiento de la obligación de entregarla en conformidad con el contrato. El problema del riesgo ha de ser tratado hoy como un problema de incumplimiento. El momento de traslación del riesgo al comprador se sitúa en el de la entrega de la cosa vendida, pero la entrega puede producirse bajo diferentes modalidades. Lo que importa para la transmisión del riesgo es que el vendedor haya realizado todo lo que le incumbe, según la modalidad de entrega prevista en el contrato (puesta a disposición del comprador –en este caso se exige además que el comprador retire el bien o haya incidido en retraso en su recepción–, la remisión, ponerla en poder del primer transportista, o la traslación hasta el lugar previsto en el contrato).

La falta de conformidad y el dolo del vendedor. La LGVBC no se ocupa del caso en el que el vendedor conoció la falta de conformidad y no informó de ella al comprador (dolo del vendedor). A la autora no le parece correcto que se aplique la LGVBC en estos casos y le sorprende que la LGVBC no trate este supuesto como se hace en la Convención de Viena o en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa. La autora apunta aplicar a estos supuestos el régimen general del incumplimiento del Código Civil, consciente de los problemas que puede acarrear dicha solución (p. 279). Pero también advierte que el caso del vendedor doloso puede encajar en el dolo vicio de consentimiento. Ante

la concurrencia del dolo vicio y el régimen general del incumplimiento defiende su compatibilidad, a elección del comprador.

Así, Nieves Fenoy expone tres aspectos de la LGBVC que considera no aplicables a los vendedores dolosos.

a) Considera que la jerarquía de remedios establecida en la Ley debe desaparecer y que éstos deben operar con carácter alternativo a elección del consumidor

b) El plazo de garantía y el de ejercicio de la acción no deberían ser los de dos y tres años respectivamente. Respecto el plazo de ejercicio de los remedios debería empezar a prescribir desde que el comprador conociera o no pudiera ignorar la falta de conformidad. En cuanto al plazo de garantía defiende uno más amplio que la bianualidad pero consciente de la dificultad de establecer dicho plazo.

c) Si hay dolo la autora es partidaria de suprimir la exigencia de denuncia de falta de conformidad al vendedor. La autora aprovecha la ocasión para manifestarse en torno a las consecuencias de la no denuncia por parte del consumidor de la falta de conformidad cuando ello es obligado.

Tras el análisis de la concurrencia de sistemas protectores del consumidor, el libro finaliza con tres consideraciones finales.

En primer lugar, alude a la circunstancia de la posibilidad de trasladar a las relaciones de consumo, la regulación de la falta de conformidad aplicable a las relaciones entre profesionales.

En segundo lugar, destaca el peligro que para la armonización del Derecho ha supuesto la posibilidad que otorga la Directiva 1999/44/CE de que los Estados miembros opten por establecer la compatibilidad o incompatibilidad con otras figuras protectoras del Derecho interno. Como ejemplo de ello expone la transposición de la Directiva en diversos países europeos.

En tercer lugar, considera que su interpretación de la LGVBC (la incompatibilidad de la falta de conformidad) se ajusta al principio de protección de los consumidores y lo fundamenta.

Esta obra pone en evidencia la indudable probidad científica de la autora y su elegante y personal estilo. A ello se añaden unas magníficas dotes para la argumentación jurídica lo que la convierten en un referente imprescindible de la doctrina civilística actual al estilo de su maestro Morales Moreno. No sólo les recomiendo leer esta obra, sino cualquiera que lleve su nombre, puesto que les advierto –como anuncia Morales Moreno en el prólogo respecto al libro comentado– que les hará reflexionar y aprender.

Esther TORRELLAS TORREA  
Universidad de Salamanca

**GHIDINI, Gustavo: *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, Inc., 2006, ISBN-13: 978 1 84542 135 9, pp. 164.**

El libro que tiene el lector ante sí parte de una tesis nítida: la existencia de un vínculo inevitable entre el derecho de la competencia y los derechos tanto de propiedad industrial (patentes, marcas, diseño industrial) como intelectual (autor), todos ellos recogidos bajo la terminología «*intellectual property*».

Estos derechos tienen –deben tener– una función no sólo *innovadora* sino también *procompetitiva* y para que ambas funciones se cumplan realmente debe disminuir el nivel de protección que se otorga a los derechos referidos. Sin embargo, esta no ha sido la política seguida ni por la Unión Europea ni, caso que estudia también el Prof. Ghidini, por Italia. Nosotros nos atreveríamos a afirmar ni por los estados miembros de la Unión Europea que han incorporado las Directivas que al respecto se han ido dictando por las instancias comunitarias. En efecto, la línea que se ha trazado ha sido la de extender cada vez más el ámbito de protección rebajando el nivel de exigencia para hacerse merecedor de dicha protección, ampliación de los plazos de protección y disminución de los requisitos para que una obra, una marca o un diseño, por ejemplo, sean merecedores de protección. Con ello, se ha concedido el monopolio de un derecho a un sujeto (persona física o jurídica) concreto que ha visto como podía obtener beneficios de una única creación durante un largo período de tiempo, lo que lo ha desincentivado para invertir en innovación, ha frenado la competencia en el mercado y ha impedido el intercambio de informaciones e ideas («*free flow of information or of ideas*»). A partir de esta constatación, Gustavo Ghidini propone, de forma elocuente, replantear los términos de la política legislativa seguida por la Unión Europea, para lo cual, tiene en cuenta el modelo norteamericano, en orden a que no todos los objetos se protejan y cuando sean protegidos, lo sean por un período de tiempo no demasiado extenso.

La primera esfera que el autor aborda es la del *derecho de patentes*, donde parte de la diferencia entre *basic research* y *applied research* (p. 19). Sólo la segunda es la protegida por el derecho de patentes, no la primera. Tradicionalmente, se ha exigido para obtener la protección dos requisitos (pp. 32 ss): la *novedad* (elemento extrínseco) y la *originalidad* (elemento intrínseco). Sin embargo, la evolución interpretativa que se ha seguido tanto del *Convenio Europeo de Patentes de 5 de octubre de 1973* como de los *Acuerdos TRIPs* (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, sobre aspectos de derechos de propiedad intelectual relativos al comercio, suscritos en Marrakech el 15 de abril de 1994 y contenido en el anexo C del Acuerdo constitutivo de la OMC a su vez aprobado por la Comunidad europea en virtud de la Decisión 94/800/CE, del Consejo de 22 de diciembre de 1994) ha sido la de rebajar el nivel de exigencia del requisito de la originalidad, con lo cual se ha rebajado significativamente el nivel de invención. Esta parece ser la línea seguida por la *Directiva 98/71/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre protección jurídica de los dibujos y modelos* (DOUE L núm. 8, de 28 de octubre de 1998). Frente a esta situación, Gustavo Ghidini hace varias propuestas, de entre las cuales, destacan las siguientes (pp. 41 ss.): establecimiento de más normas que impongan licencias obligatorias (*non-voluntary licences*), reducción de los plazos de protección, exigencia de un mayor nivel de innovación y promoción de *low-cost* arbitrajes para resolver los conflictos que se presenten.

El segundo campo jurídico objeto de atención son los *derechos de autor*, de los que, además de destacar la disminución significativa que ha sufrido el requisito de la originalidad para que una obra merezca protección, pone de relieve cómo han ido paulatinamente, pero de modo importante, acercándose a ámbitos tecnológicos de los que antes estaban ausentes. En este sentido, pone como ejemplo a los programas de ordenador (pp. 65 ss.); también otros ámbitos de la sociedad de la información, en los que, a tenor de la *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001*,

relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOCE L núm. 167/10, de 22 de junio de 2001) el principio que se impone es el del pago por la utilización de cualquier trabajo que sea distribuido *on-line*.

El tercer ámbito objeto de estudio es el *derecho de marcas* (pp. 79 ss.). En él destaca el autor que hasta la incorporación de la *Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros en materia de marcas* (DOCE L núm. 40, de 11 de febrero de 1989) y el *Reglamento (EC) núm. 40/94, del Consejo de 20 de diciembre de 1993, sobre marca comunitaria* (DOCE L núm. 11, de 14 de enero de 1994), el paradigma clásico del derecho de marcas se centraba exclusivamente en la protección de la función *distintiva* de ese signo. Posteriormente, esta protección se extendió a otros signos distintivos, entre los que destacan los *nombres de dominio*. Con el advenimiento de nuevas técnicas de marketing y de una incesante actividad publicitaria el esquema tradicional del derecho de marcas se puso en cuestión. Las *marcas notorias y renombradas* con su fundamental *selling power* contribuyeron a ello ya que, entonces, era posible considerar a la marca como un autónomo objeto de derecho sin conexión con la persona física o jurídica que la había creado (p. 83). Esto determina que la protección jurídica se extienda más allá del ámbito para el que nació. De este modo, lo resume el propio autor en la p. 86: «*The pillars of the reform, described above, indicate a clear emphasis on a multi-faceted exploitation of the selling power of trademarks in order to turn them into a tool for obtaining greater economic benefits (for owners, assignees and licensees) than would have been possible within the previous system*». Sin embargo, no se le oculta al Prof. Ghidini que esta situación puede comportar un alto riesgo de confusión frente a los consumidores (pp. 90 ss.). En esta dirección, aboga no por volver a la función clásica de la marca, sino por reformar el derecho de marcas en el sentido de proteger realmente el interés del público en general y de los consumidores en particular (p. 94).

Obligado es reconocer –y así lo hace el autor– que entre estos tres ámbitos destacados y el derecho de defensa de la competencia junto al derecho de competencia desleal debe existir un diálogo ya que, a pesar de que los objetivos de cada una de las disciplinas son diferentes, muchas veces, existen fines sinérgicos, lo que genera una interacción que puede contribuir a eliminar las situaciones en las que se obstruyan las dos finalidades esenciales: *innovación* y *competencia*. Esta idea es la que debería estar presente, sino primar, en la política legislativa de la Unión Europea y en la aplicación jurisprudencial de la misma por parte del Tribunal de Justicia, a partir de las propuestas que va haciendo el autor a lo largo de su obra, y que nosotros hemos sintetizado al inicio de esta recensión.

Susana NAVAS NAVARRO  
Universitat Autònoma de Barcelona

**IORIATTI FERRARI, Elena: *Codice civile europeo – Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, Cedam, 2006, ISBN 88-13-26189-6, 340 pp.**

Monografía dedicada al análisis del actual debate sobre el concepto de «código», ya desde el punto de vista supra nacional, ya nacional. La codifica-



ción civil europea es el tema elegido por la autora para delinear las diferentes aproximaciones de la doctrina europea: desde el *bottom up* de la ciencia jurídica italiana, al histórico de la doctrina alemana, pasando por la perspectiva *rule oriented* de la que se sirven los grupos Lando, Von Bar, Gandolfi, por citar sólo algunos de los que hoy trabajan en la construcción de un Derecho privado europeo. La autora relata también una breve historia de la cultura jurídica europea, deteniéndose en la época de la codificación.

Además, como no podía ser de otra manera, se aborda la posición de las instituciones comunitarias y, en particular, la competencia de la Unión Europea para codificar el derecho privado europeo. Se analizan los artículos 65, 94, 95, 293, 308 TCE, base de la armonización del Derecho privado europeo.

Finalmente, se aborda la fase más reciente, sobre la oportunidad de llevar a cabo la armonización o unificación en las áreas que repercuten sobre el mercado interno, especialmente, el Derecho privado contractual europeo. Se propone el recurso al «contrato» como instrumento para la intergración del mercado y social en Europa.

Barbara PASA  
Università di Torino

**NOGUEROLES PEIRÓ, Nicolás (Dir.): *Secure transactions in South East Europe? Land Registration Systems, The Global Law Collection, 2006, Pamplona, Aranzadi. ISBN: 84-9767-727-7. 217 pp.***

Nos encontramos ante una interesante y peculiar obra, escrita íntegramente en inglés, dada su atípica temática en nuestro país<sup>1</sup>: el estudio de los sistemas de transmisión del dominio, del Registro de la Propiedad, de la hipoteca y del sistema de ejecución en diversos países de la Europa central y del este, en concreto, Albania, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Kosovo, Macedonia y Serbia. Naturalmente, es mucho el interés, tanto teórico como práctico (inversiones), que despierta la evolución del sistema de organización inmobiliaria e hipotecaria en estos antiguos territorios comunistas, es decir, el comprender el derecho sustantivo de las hipotecas, titularidades inmobiliarias y modos de transmisión y el derecho registral para dar certeza al dominio

<sup>1</sup> Como referentes de esta temática en derecho comparado pueden verse las siguientes: a) El estudio llevado a cabo por el Prof. Christoph Schmid en el European University Institute de Florencia sobre sistemas hipotecarios comparados (<http://www.iue.it/LAW//ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/ProjectRealPropertyLaw.shtml>); sobre la zona objeto del libro ahora recensionado está Eslovenia); b) VON BAR, Christian: *Sachenrecht in Europa: systematische Einführung und Gesetzestexte*, Osnabrück 2000; c) HORN, Norbert y PLEYER, Klemens: «Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa», *Schriften des Rechtszentrums für Europäische und Internationale Zusammenarbeit*, vol. 5, Berlín y Nueva York, 1997, Ed. Walter de Gruyter; d) El reciente STÖCKER, Otmar (Red.): *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa. Band I*, Band 23, Berlín, 2006, Verband Deutscher Pfandbriefbanken (se estudian Bosnia, Eslovenia y Croacia, entre otros). En concreto, sobre los modelos de hipoteca flexible en la Europa del Este, ver NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar: «Models d'hipoteca independent en dret comparat. La regulació d'un dret real de garantia independent a Catalunya», *Revista catalana de dret privat*, Dic. 2003, vol. 2, pp. 155 a 188.

y publicidad de las cargas. Sin todo ello, cualquier negocio inmobiliario deviene imposible (todo ello es parte del sistema de crédito territorial)<sup>2</sup>.

El libro tiene su origen en unos trabajos realizados por Registra Slu (sociedad limitada unipersonal titularidad del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España) para el Banco Mundial. La estructura se compone de una introducción general, un capítulo para cada país estudiado, un penúltimo capítulo de recomendaciones y, finalmente, cuatro propuestas de acción para mejorar el entorno jurídico en las áreas analizadas. A diferencia de obras similares, los subíndices de cada capítulo no están armonizados (en algunos se estudia el condominio, en otros el modo de transmisión de inmuebles, notarios, catastro, etc.), aunque el Registro y las hipotecas son comunes a todos ellos.

El estudio revela las incertidumbres legales en las que se mueven aquellos sistemas y la necesidad de reformas legislativas. Aunque los sistemas entre sí tengan raíces comunes, existen entre ellos diferencias. Así, respecto a la organización registral, en algunos de ellos se realiza a través de jueces y en otros a través de funcionarios, pero en ninguno existe un cuerpo de registradores especializado y la mayoría distan de funcionar correctamente (ej. la responsabilidad de una deficiente llevanza sería del Estado, pero los mecanismos para saciar al damnificado son ineficientes). La reciente normativa de la segunda mitad de los años 90 y principios del siglo XXI en relación al derecho registral en aquellos países ha optado por el sistema de inscripción del título (sistema alemán) más que el sistema de inscripción de documentos (sistema francés), siguiendo el sistema de folio real y de inscripción constitutiva. A menudo, Catastro y Registro se encuentran unidos.

A parte de la normativa propiamente registral, los diferentes sistemas se enfrentan a cuestiones relacionadas con la falta de un adecuado derecho civil sustantivo: carencia de Código Civil, ausencia de regulación de la propiedad horizontal, reconocimiento judicial de derechos no inscritos en contextos de inscripción constitutiva, etc. Por lo que se refiere a los documentos que acceden al Registro, los ordenamientos estudiados siguen o bien el sistema notarial de redacción y/o autenticación de documentos o bien la validación judicial, siendo las potestades calificadoras de los Registradores muy limitadas, excepto en Croacia, donde sigue el sistema austríaco. Los problemas siguen con los mercados hipotecarios de la zona, que se encuentran en diferentes estados de desarrollo, con problemas en la ejecución hipotecaria e incertidumbre del dominio, al igual que la implementación de medios telemáticos para la llevanza del Registro.

Albania, por ejemplo, carece de un sistema adecuado para reconciliar la legislación con la situación real del país, analizándose cada uno pormenorizadamente, como la privatización de inmuebles, el registro de construcciones ilegales, la coexistencia de sistemas registrales, etc. Se establece, además, una jerarquía entre los estados más desarrollados en materia registral e hipotecaria (Eslovenia y Croacia) y las menos desarrolladas (como Macedonia y Kosovo), situándose entre ambos grupos Bosnia-Herzegovina, con problemas derivados de la falta de registros efectivos y de la resolución de la situación inmobiliaria tras la época comunista y la guerra civil. En Serbia, por su parte, coexisten tres tipos diferentes de sistemas registrales pro-

---

<sup>2</sup> Término acuñado en NASARRE AZNAR, Sergio: *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid y Barcelona, 2003, Marcial Pons, pp. 29-33.

venientes de diferentes tradiciones jurídicas (austríaca, turca y unificación con el Catastro).

Las recomendaciones generales que los autores del libro realizan se basan, esencialmente, en el sistema registral español, como la inscripción sólo constitutiva para hipotecas y para el resto de derechos efectos meramente declarativos frente a terceros proponiéndolo como un incentivo para animar a la inmatriculación de fincas y a la inscripción de los derechos, coordinación Registro-catastro, mayor organización de las oficinas registrales, profesionalización de los registradores, auto-financiación de los Registros, etc., además de algunos consejos relacionados con el derecho sustantivo, financiero y procesal. Posteriormente realizan una serie de recomendaciones para cada país, intentando solventar los problemas antes discutidos.

Las últimas veinticuatro páginas están dedicadas a cuatro propuestas de actuación en el contexto geográfico estudiado: la necesidad de regular la propiedad horizontal (a la que se refieren como *condominium*, aunque mejor se podrían haber referido a ella como *commonhold*, al estilo del nuevo estate creado en 2002 en Inglaterra y Gales), la regulación de tipos de hipotecas especiales adecuadas para los promotores (como la española hipoteca de máximo en garantía de créditos), de un eficiente sistema de ejecución hipotecaria y la implementación de un programa de formación de los registradores locales.

En definitiva, un libro dirigido tanto para estudiosos del derecho hipotecario, registral e inmobiliario comparados, como para prácticos que deban asesorar sobre inversiones inmobiliarias en la zona, realizado desde una óptica registral española aunque, dada su adecuadamente realizada síntesis, requiere de lecturas complementarias más profundas. No obstante, cumple perfectamente con la finalidad de poner al día al lector interesado sobre la constante evolución del derecho inmobiliario e hipotecario en el sudeste europeo.

Sergio NASSARRE AZNAR  
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

**OSSORIO SERRANO, Juan Miguel (ed.): *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Granada, Universidad de Granada, 2005. ISBN 84-338-3339-1, 238 pp.**

El libro publica en castellano e italiano los resultados de una acción integrada entre la Universidad de Roma Tre y la Universidad de Granada, aunque incluye ponencias de otros profesores de la Università Parthenope (Nápoles) y de la Università Luiss (Roma). Fundamentalmente, tiene por objeto un recorrido por algunas de las materias que integran el Derecho privado y, en especial, el Derecho de consumo. En concreto, se estudian las siguientes:

a) Derecho de contratos. A él van dedicado el mayor número de contribuciones, 10 en total, que se ocupan de los siguientes temas: la noción de contrato en el Derecho contractual europeo (Francisco Javier Sánchez Calero); el principio de buena fe (Juan Miguel Ossorio Serrano); la causa (María del Mar Méndez Serrano); alteración sobrevenida de las circunstancias (Esperanza Alcaín Martínez); el principio de conformidad en las ventas de consumo (Concepción Rodríguez Marín); incumplimiento y remedios (María

Luisa Palazón Garrido); viajes combinados (Laura Gázquez Serrano); contratos celebrados con un *falsus procurator* (Blanca Sánchez-Calero Arribas) [cuya contribución, por error, no aparece señalada en el índice de materias]; el estatuto del consumidor en Italia (Liliana Rossi Carleo) y el derecho de desistimiento (Rosaria Giampetraglia).

b) Las sociedades de capital y la persona jurídica. Son tres contribuciones referidas al Derecho italiano, que se reparten de la siguiente manera: la reforma de la sociedad de capital (Michele Sandulli), análisis de la reforma de la disciplina de la persona jurídica en el Código Civil (Mario Nuzzo), y perspectiva sobre la evolución de las fundaciones (Lourdes Fernández del Moral Domínguez)

c) Responsabilidad extracontractual por defectos de calidad (Francesco Macioce) o falta de seguridad (Elena Bellisario);

d) La tutela procesal colectiva del consumidor (Enrico Minervini).

Se analizan tanto los diferentes anteproyectos y principios doctrinales que actualmente pueden servir de base para una hipotética codificación del Derecho de obligaciones en Europa, como algunas directivas y sus respectivas leyes de transposición en los ordenamientos jurídicos español e italiano. Se trata de estudios breves, algunos incluso sin notas al pie, con bibliografía sucinta, que en la mayoría de casos son descripción concisa del estado de la cuestión. El enormemente sugerente título, sin embargo, daba a entender un mayor contenido de Derecho comparado y la superación de la estricta óptica nacional en el análisis para, de esta manera, comprender mejor qué Derecho europeo rige el destino de los ciudadanos en Europa. Sea bienvenida, en todo caso, lo que en palabras de la Prof. Rossi Carleo sólo pretende ser un *aggiornamento* de los Derechos español e italiano en una recopilación que ella misma define como meramente *introdutiva* y que, modestamente, sólo aspira a ser una primera muestra de una discusión que debe ser continuada en el futuro.

Esther ARROYO I AMAYUELAS  
Universitat de Barcelona

**PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW (ed): *Review of the Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG), 2003-2004*, Sellier, European Law Publishers, München, 2005, ISBN-10 3-935808-29-1, 317 pp.**

Se trata de una nueva entrega, la correspondiente al período 2003-2004, de la *Review of the Convention on Contracts for International Sale of Goods*, publicación editada por la Pace International Law Review, de periodicidad anual y escrita íntegramente en inglés.

El volumen consta de tres apartados:

Dos trabajos integran la primera parte (*Articles*). El primero, de Patrick C. Leyens (University of London), versa acerca del régimen jurídico del error en la CISG (*CISG and Mistake: Uniform Law vs. Domestic Law. The Interpretative Challenge of Mistake and the Validity Loophole*). El punto de partida es el artículo 4 (a) CISG que, como norma general y salvo disposición en contra prevista en la propia Convención, excluye de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la validez del contrato o a la de alguna de sus cláusulas. Sien-

do ello así, se suscita si dicha exclusión permite aplicar, en materia de error, el régimen jurídico previsto en el derecho nacional. La cuestión se suscita especialmente en los supuestos de error en las cualidades de las mercancías. El autor alude a las distintas posturas doctrinales mantenidas sobre el particular; así, a la de quienes admiten el recurso al derecho nacional y, en consecuencia, permiten que el debate se plantee en términos de validez y posible impugnación del contrato. Hay quien, por el contrario, descarta esta vía y opta por identificar el supuesto con uno de falta de conformidad, al que sí resultaría aplicable la CISG (art. 35 y concordantes). Esta aplicación impediría la alegación del derecho interno (*displacement theory*). La cuestión, y las consecuencias que resultan de una y otra lectura, se abordan con profundidad tras traer a colación, de la mano del artículo 7. 2 CISG, la regulación que en materia de error proporcionan los Principios UNIDROIT (arts. 3.4, 3.5, 3.6 y 3.7).

El segundo estudio es de Florian Mohs (University of Basel). Se da inicio al estudio con una referencia al artículo 82 (2) (c) CISG. El precepto recoge una de las excepciones a la regla general prevista en el artículo 82.1, que prevé la pérdida de la facultad de solicitar la resolución del contrato o la sustitución de las mercaderías recibidas en aquellos casos en que resulte imposible al comprador devolver las que le fueron entregadas en el mismo estado en que las recibió. Esta norma no rige si el comprador, antes de que descubriera la falta de conformidad o debiera haberla descubierto, hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas en el curso normal de sus negocios o las hubiera consumido o transformado conforme a su uso normal. Esta inicial referencia al artículo 82.2 es equívoca: el estudio no pretende centrarse en él, o sólo en él. Se traen a colación también los artículos 46 (2) y (3) (pretensión de sustitución y de reparación) y el artículo 50 (pretensión de reducción del precio) a fin de plantearse si la falta de conformidad (*lack of conformity*) que desencadena todas estas medidas o remedios cubre todos los supuestos de cumplimiento defectuoso o sólo los consistentes en defectos de calidad. Se estudia, en particular, si con aquella expresión se engloban también los llamados *defects of title* o supuestos de reclamación de un tercero y, en especial, las reclamaciones de tercero basadas en derechos de propiedad intelectual o industrial (arts. 41, 42 y 43 CISG).

En la segunda parte del volumen se reproducen algunas de las ponencias que se impartieron en el seminario organizado por el *Institute of International Commercial Law of the Pace University School of Law* y celebrado en Nueva York, el 26 de septiembre de 2003. Se transcriben tres intervenciones. La primera, *Of Words and Issues. Finding a common language for common issues*, es la de Peter Schlechtriem. Plantea la necesidad de encontrar, al servicio de un derecho uniforme o un derecho al menos armonizado, un lenguaje jurídico común. La segunda, de John P. McMahon, se intitula *Primary Differences between the UCC and the CISG*. La intervención pretende sintetizar las más importantes diferencias entre la CISG y el *Uniform Commercial Code* (art. 2). Entre ellas destaca, por ejemplo, las normas que regulan el proceso de negociación. Se ponen frente a frente el artículo 2-207 UCC y el artículo 19 CISG. A tenor del primero una comunicación puede considerarse aceptación de la oferta aun cuando introduzca cláusulas adicionales o diversas de las ofrecidas; en el segundo se interpreta el supuesto como rechazo de la oferta y a su vez como contraoferta. En materia de revocabilidad de la oferta, el artículo 2-205 UCC prevé un plazo máximo de irrevocabilidad, que alcanza los tres meses; no existe plazo similar en el artículo 16 CISG. Otro ejemplo resulta de la comparación del artículo 2-508 UCC, que contempla la

posible sustitución de las mercaderías entregadas cuando se hubieren puesto a disposición del comprador antes de expirar el plazo de cumplimiento, y el artículo 37 CISG que, en este mismo caso, permite no sólo la sustitución sino también la reparación. Es más: el artículo 48 CISG permite incluso que aquella reparación o sustitución sea asumidas por el vendedor a su costa tras la fecha de entrega... El autor de la última intervención, *Electronic Communications under the CISG*, es Jan Ramberg. Entre otras cuestiones, se aborda especialmente la relativa a la perfección de las declaraciones o comunicaciones realizadas por vía telemática, esto es, cuándo y cómo debe entenderse que una oferta llega («reaches») a su destinatario, cuándo y cómo se despacha la aceptación («dispatch») (arts. 15 y 16 CISG) o cuándo y cómo debe entenderse que esta llega al oferente (art. 18 CISG).

La tercera parte del volumen se dedica al comentario jurisprudencial. Destaca el trabajo de Francesco G. Mazzotta, *CISG Article 78: the endless disagreement among the commentators. Much less among the courts*. El estudio, relativo a la obligación de intereses ex artículo 78 CISG, se acompaña de un anexo indicativo de resoluciones judiciales dictadas en distintos Estados que ilustran acerca de los distintos métodos de cálculo del interés que resultan de aplicar las normas de derecho internacional privado a las que se remite el artículo 7.2 CISG.

Lidia ARNAU RAVENTÓS  
Universitat de Barcelona

**ROSSI, Piercarlo: Il Diritto privato europeo nella comparazione tra sistemi giuridici nazionali. Analisi linguistica e contesti interpretativi, Torino, Giappichelli, 2005, ISBN 88-348-5726-7, pp. 124.**

La breve monografía se ocupa de un tema muy querido de la «escuela torinesa» de Derecho comparado del profesor Rodolfo Sacco: Derecho y lengua. El libro se ocupa de algunos aspectos lingüísticos del Derecho privado europeo. Discute la coherencia de este último, asumiendo como punto de partida el *Acquis communautaire*. En particular, el autor se refiere al papel de los traductores y a la definición de los términos jurídicos. Concluye con algunas reflexiones sobre lengua, derecho y taxonomía jurídica.

Barbara PASA  
Università di Torino

**TIETZE, Andrea; MCGUIRE, Mary-Rose; BENDEL, Christian; KÄHLER, Lorenz; NICKEL, Nicole; REICH, Barbara; SACHSE, Kathrin; WEHLING, Eileen (Hrgs.): Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004: Europäisches Privatrecht, Stuttgart, Richard. Boorberg, 2005, ISBN 3-415-03573-5, 436 pp.\***

Veinticuatro autores, especializados en diferentes áreas del Derecho privado, se dan cita en este volumen que contiene las intervenciones del 15.º

\* Una versión reducida de esta recensión se ha publicado en 1 (2007) GPR 22.

Congreso de la Asociación de «jóvenes» civilistas (todavía no profesores, según el sistema alemán de acceso a la Universidad) íntegramente dedicado al Derecho privado europeo, celebrado entre el 8 y el 11 de septiembre de 2004, en la *Georg-August Universität Göttingen*. Se ofrecen reflexiones especialmente críticas con el *status quo* –esto es: con la calidad y la cantidad de los actos comunitarios y con la enorme actividad doctrinal proyectada en el desarrollo de *soft law*– y extraordinariamente sugerentes. Son comentarios que en ocasiones cuestionan los planteamientos de civilistas ya no tan jóvenes (frente a los planteamientos de Zimmermann, *vid.* I. Kroppenber, «Amnesia und Autorität-Potenzial und Grenzen des rechtshistorischen Beitrags zu einem europäischen Privatrecht in Europa der Kodifikation», a partir de p. 63) y, por eso, con su lectura no sólo se disfruta sino que, sobre todo, aprendemos los juristas que procedemos de países en los que el Derecho privado europeo no está todavía a la altura que merece. No, al menos, en lo que a planteamientos metodológicos se refiere, lo que, en este libro, ocupa casi la mitad de las contribuciones. Son de destacar las que critican el propósito codificador que se esconde tras el Marco Común de Referencia (Plan de Acción de la Comisión, 2003) y la labor de la doctrina en ese proceso. Predomina en ellas el escepticismo (v. gr. K. Reidl, «Vom Unsinn wissenschaftliche Kodifikationsprojekte», 31 ss.; M. Kenny, «Der Igel und der Fuchs: Die engen Parameter des *Ius Commune-Ansatzes*», 99 ss.; A. Colombi, «Der Aktionsplan der Europäischen Comisión für ein kohärenteres Vertragsrecht: Wo bleibt die Rückbindung an die Europäische Verfassung?», 151 ss.).

La otra mitad de los trabajos está específicamente dedicada al análisis de concretos instrumentos comunitarios o a la jurisprudencia del TJCE, tanto en el ámbito del Derecho civil (Derecho de contratos o garantías personales) como del Derecho mercantil (Derecho de sociedades), o el Derecho procesal (competencia internacional); esto es, en materias que afectan al Derecho patrimonial. No se aborda ni el Derecho de Familia ni el de Sucesiones. Los temas se analizan casi siempre desde la perspectiva del Derecho alemán. Son pocas y muy meritorias las contribuciones que utilizan el Derecho comparado o recurren a bibliografía extranjera en el análisis de las instituciones (*vgr.* J. F. Stagl, «Der Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen-Gedanken über die Methode der Rechtsvereinheitlichung am Beispiel der Study Group on a European Civil Code», 369 ss.; S. J. Geibel, «Auf dem Weg zu einem europäischen Recht der Kreditsicherheiten», 335 ss.), lo que permite discutir con mayor amplitud propuestas *de lege ferenda*; otros lo hacen en relación con la jurisprudencia (M. Stürner, «Common Law, Civil Law und Europäisches Privatrecht- zur Angleichung methodischer Ansätze in den Gemeinschaftsordnungen», 79 ss.; I. Klöckner, «Möglichkeit und Grenzen einer grenzüberschreitenden europäischen Präjudizbindung zur Absicherung einer einheitlichen Auslegung des angeglichenen Privatrechts», 231 ss.). Ningún autor opta por hacerlo en el contexto de la transposición de las Directivas, lo que seguramente hubiera puesto aun más de manifiesto el caos que hoy existe en Europa, por lo menos en ciertos sectores. Tampoco contribución alguna se ocupa con detalle del análisis sistemático de las incoherencias del Derecho privado comunitario, ni de la labor del Grupo *Acquis Communautaire* que, como es sabido, trabaja con una metodología claramente distinta de la del resto de grupos (entre los citados, SGECC, CETIL, Secola, Trento, Gandolfi, CEFL). Sin embargo, no por ello merece mejores críticas (Reidl, 53; Kenny, 101). Se prescinde igualmente del valor de proyectos como el *Syllabus Project* que se está llevando a cabo en la U. de

Turín (s. Rossi-Vogel, 2, 2004, ERPL, 293 ff), que acaso hubiera ayudado a dulcificar algunas críticas sobre la utilidad de la doctrina en el proceso de armonización. Un índice de conceptos hubiera incrementado el valor del libro.

Una erudita conferencia del Prof. Dr. Uwe Diederischen («Mein Europa», 9 ss.) precede al resto. Su tesis es que, para saber qué Derecho conviene a Europa, primero habría que reflexionar sobre lo que es Europa. Sin embargo, en el libro hay más de lo primero que de lo segundo y, además, como ya se ha indicado, predomina un tono más bien combativo o poco resignado. Cuestionar el papel de la doctrina en la creación de un Código civil europeo (Reidl) –pero tampoco debería obviarse que su protagonismo asegura independencia frente a grupos de presión con intereses en una regulación concreta–, o replantear el papel de los historiadores del Derecho dentro de la estructura cambiante del Derecho privado (Kroppenberg), profundizando en el, por lo demás eterno, debate sobre si los códigos (o las constituciones) marcan una ruptura en la historia, e incluso evidenciar la deriva del programa legislativo del Plan de Acción de 2003 de la Comisión europea, son críticas que deben ser bienvenidas en la medida en que sirven para remover conciencias y, en el mejor de los casos, acaso también ayuden a corregir errores. Esto último es lo que persiguen quienes defienden la inclusión de aspectos no sólo jurídicos, sino también sociales, culturales o económicos en el proyecto de unidad europea (Kenny, Colombi) o buscan la participación de los destinatarios de la norma en su elaboración (G.-P. Calleis, «Europäisches Vertragsrechts: Falsche Fronten und neue Perspektiven», 173 ss.). Pero la crítica que denuncia carencia de democracia en el proceso doctrinal de europeización del Derecho privado tampoco debería olvidar que el Marco Común de Referencia no es de obligatoria imposición en ningún Estado.

Desde esta perspectiva descentralizada, pero todavía jurídica, se enfocan con optimismo propuestas metodológicas que ponen el énfasis en el papel que podría desempeñar un sistema transnacional de comunicación de resoluciones judiciales, al menos en relación con el Derecho privado que ya ha resultado armonizado (Klößner), supuesto, además, que los métodos interpretativos en el *Common Law* no se perciben ya como un obstáculo (Stürner).

Desde el análisis que proporciona el Derecho primario y secundario, se aportan datos sobre la naturaleza imperativa de determinadas reglas del Derecho de contratos y se discute en torno a la novedad (la afirma M. Hassemmer, «Positiv Zwingendes europäisches Privatrecht: Zivilrecht ohne Vertragsfreiheit?», 121 ss.; la niega, M. Weller, «Zwingendes babylonisches Privatrecht-ein Kommentar», 145 ss.) que representa la regla del «*Positiv zwingendes Recht*» en el Derecho privado europeo, esto es, que, ante la falta de cumplimiento de alguna de las obligaciones por parte de uno de los contratantes, se de al otro la posibilidad de exigir un determinado contenido contractual legalmente impuesto.

También se aborda la compatibilidad de instrumentos comunitarios sobre Derecho del consumo y de la competencia y su repercusión en el Derecho civil (M. Leitstner, «Verbraucherschutz oder Recht des unlauteren Wettbewerbs? Die aktuellen Initiativen der Europäischen Kommission auf dem Feld der unlauteren Geschäftspraktiken», 185 ss.). Dos contribuciones están dedicadas al Derecho de sociedades: en una, se discute sobre la necesidad de una forma supranacional de sociedad europea (K. Röpke y K. Heine, «Zur Rolle Supranationaler Gesellschaftsformen im Regulierungswettbewerb-eine juristische und ökonomische Betrachtung», 265 ss.) y, en la otra, se ana-



liza la jurisprudencia del TJCE dictada en relación con la libertad de establecimiento de las sociedades en Europa y su influencia sobre los acreedores (G. Bitter, «Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften in Europa: Gläubiger in Gefahr?», 299 ss.). La armonización de las garantías personales (Geibel) y la transmisión de la propiedad en Europa (Stagl), así como los conflictos positivos de competencia en la jurisdicción europea (R. Freitag, «Vertrauen is gut, Kontrolle ist besser: Positive Kompetenzkonflikte im Europäischen Zuständigkeits- und Anerkennungsrecht *de lege data* und *de lege ferenda*», 399 ss.) son las tres últimas contribuciones con las que, por este orden, cabe contar.

Rasgo común a todos los artículos es el señalamiento de los límites, pero también de las posibilidades reales de una armonización del Derecho en Europa. Que este libro colectivo dedicado al Derecho privado europeo no sea el primer volumen de los jóvenes civilistas, dice mucho de por dónde va hoy el futuro de nuestro Derecho Privado y añade todavía más a la distancia que separa a los civilistas españoles de sus colegas alemanes, en el estudio de un Derecho que a todos nos es común.

Esther ARROYO I AMAYUELAS  
Universitat de Barcelona

**WHITTAKER, Simon: *Liability for Products. English Law, French Law, and European Harmonization*, Oxford, Oxford University Press, 2005, ISBN-19-825613-2, 687 pp.**

En un reciente seminario en la materia (*L'harmonisation de la responsabilité du fait des produits défectueux en Europe*, Santiago de Compostela, 21 de abril de 2006), el profesor S. Whittaker afirmaba que la normativa sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos constituía un excelente «laboratorio» para la discusión de cuestiones técnicas que afectan a la responsabilidad civil. Esta idea parece presidir la monografía aquí comentada, que ya fue objeto de una breve reseña en esta revista (pp. 253-254, enero-marzo 2006). A su vez, las últimas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la materia, o la publicación del Tercer Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 85/374/CEE, de 14 de septiembre de 2006, y de la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 1999/44/CE, de 24 de abril de 2007, atestiguan el interés y constante actualidad del tema.

En este contexto, la obra lleva a cabo un exhaustivo análisis de la responsabilidad por productos combinando planos diversos. De una parte, aúna la perspectiva de Derecho comparado, concretamente, el Derecho francés y el Derecho inglés, con la preocupación sobre el resultado de la pretendida armonización normativa en el contexto comunitario. De otra, la investigación se ocupa tanto del campo de la responsabilidad extracontractual como del de la responsabilidad contractual. Asimismo, más allá del ámbito del Derecho civil, se plantea cuestiones de responsabilidad penal, de régimen administrativo y de proceso civil.

Esta es, precisamente, la primera característica a destacar: la amplitud y complejidad en el enfoque. En efecto, no sólo se consideran Derecho nacional y Derecho comunitario; Derecho público y Derecho privado. Además, al

tratar la responsabilidad por productos examina tanto la responsabilidad derivada de las deficiencias de seguridad (productos defectuosos), como la derivada de las deficiencias de calidad (garantía de los bienes de consumo).

En otras palabras, no se parte de una regulación determinada de la responsabilidad –régimen de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos–, sino que la cuestión que se plantea como punto de partida el autor es la siguiente: producido un daño causado por un producto, contra quiénes puede dirigirse la víctima y por qué vías. De ahí la elección del título de la monografía *Liability for Products*, para aludir a esta perspectiva amplia, en lugar de *Product Liability*, que suele remitir a un concreto régimen de responsabilidad: la responsabilidad del productor o fabricante.

Tras una introducción general este recorrido se estructura en cuatro partes. La primera se ocupa de la responsabilidad civil respecto de la producción, suministro o uso de productos al margen de la normativa de transposición de las Directivas comunitarias; examinando tanto la responsabilidad de los sujetos particulares como de las Administraciones públicas. La segunda parte aborda específicamente la responsabilidad de las Administraciones públicas por fallos en la regulación o el control de la seguridad de los productos. A continuación, la tercera parte examina la responsabilidad penal derivada de productos no seguros y su relación con el deber de indemnizar. Finalmente, en la cuarta parte se encuentra un tratamiento detallado de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y su transposición en el Derecho francés y en el Derecho inglés, que se acompaña del estudio de la Directiva de garantías en la compraventa de bienes de consumo y su respectiva implementación en los ordenamientos nacionales antes mencionados. Cierra la monografía la conclusión general (Parte V).

No obstante la amplitud de la obra, antes subrayada, quedan fuera algunos aspectos procesales, el sector de la edificación (pese a la inclusión de algún apunte respecto de esta materia, v. gr. pp. 104-108 y 274-276 relativas al Derecho francés e inglés, respectivamente), y algunos temas de responsabilidad civil, como los fundamentos de dicha responsabilidad o la cuantía de los daños. En relación a éstos, tampoco se entra en el examen de las prestaciones de Seguridad Social.

Por lo que se refiere propiamente al contenido de la obra, la Parte I, en materia de Derecho privado francés, examina el régimen de responsabilidad civil extracontractual del *Code civil*, con una breve referencia a la regulación de los accidentes causados por vehículos de motor y de los accidentes laborales, la regulación de la compraventa, y de la responsabilidad por prestación de servicios que implican suministro de productos. Respecto del derecho inglés, reproduce el mismo esquema (*Tort of Negligente, Sale of Goods, Privat Services and Liability for Products*). En mi opinión, resulta especialmente interesante el estudio del sector médico en este ordenamiento y en contraste con el Derecho francés. Se observa así que, de una parte, al margen de la implementación de la Directiva de responsabilidad por productos, el tratamiento de la responsabilidad médica en el Derecho inglés resulta notablemente estable. De otra, llama la atención que el Derecho inglés aparentemente no distinga según el servicio médico sea suministrado por hospitales públicos o privados; sin embargo, la aplicación del régimen de responsabilidad por productos en el contexto médico es diferente en estos dos sectores, imponiendo la responsabilidad objetiva en el sector privado, pero no en el público.

En la Parte II, a propósito de la responsabilidad de la Administración pública derivada de la vigilancia de la seguridad de los productos puestos en el mercado, se destaca la escasa jurisprudencia recaída en la materia en el Derecho francés. La explicación se encontraría en que resulta más atractivo para los perjudicados dirigirse contra personas privadas que contra la Administración, que prácticamente, deviene irresponsable. Una de las pocas excepciones a esta escasez de decisiones judiciales en la materia la constituiría el caso de la sangre contaminada por el VIH (el autor vuelve a ocuparse del proceso penal relativo al *Affaire du Sang Contaminé* en las páginas 394-401).

En el Derecho inglés, por su parte, predomina la casuística, resultando difícil establecer un criterio claro de responsabilidad de la Administración en estos supuestos. Como en Francia, uno de los casos más relevantes en la materia fue la reclamación de responsabilidad por la sangre contaminada por el VIH, que dio lugar a un acuerdo extrajudicial por el que se creó un fondo especial de compensación a las víctimas.

Como se aprecia, el tratamiento es exclusivamente de Derecho nacional, obviando la existencia de normativa comunitaria en materia de obligación de seguridad de los productos, si bien es cierto que la regulación comunitaria no se pronuncia sobre las consecuencias en materia de responsabilidad civil (Directiva 2001/95/CE, de 3 de diciembre, de seguridad general de los productos, cdo. 36). En todo caso, en el cotejo entre los dos ordenamientos –francés e inglés– es interesante destacar la importancia que tienen en ambos, pese a las diferencias, las consideraciones no estrictamente jurídicas; lo que el autor denomina de manera muy descriptiva, «la sensibilidad respecto del contexto».

La responsabilidad penal, examinada en la Parte III, ofrece la oportunidad de contrastar las diferencias entre el ordenamiento francés e inglés a propósito del papel de la víctima en el proceso y de la reparación de los daños.

En Francia, un buen número de casos de muerte y lesiones corporales se ven en la jurisdicción penal. A ello coadyuvan razones procesales, como la rapidez del proceso y la posibilidad de la víctima de participar en el desarrollo del proceso penal como *partie civile*. Igualmente, el perjudicado puede, en el proceso penal, obtener indemnización de los daños. En este sentido, la caracterización del tipo de ilícito –civil o penal– no tiene una influencia directa en el reconocimiento de la responsabilidad civil, aunque sí a otros efectos, como la percepción de la gravedad de los hechos. Por lo que se refiere propiamente a la reparación, en el proceso penal sólo se admite la indemnización de los daños directamente derivados del ilícito penal, si bien desde 1989 cabe también la indemnización de los daños morales.

En el Derecho inglés, por su parte, cabe el examen de la responsabilidad penal por producir o suministrar un producto inseguro aun cuando no se haya ocasionado la muerte o lesiones personales. Ahora bien, es generalizada la opinión de que no es éste el ámbito adecuado para decidir sobre la responsabilidad civil, de ahí que el proceso penal juegue un papel marginal en la compensación de daños por muerte o lesiones, incluyendo los supuestos de productos inseguros.

De una parte, la comisión de un ilícito penal no tiene incidencia en la responsabilidad civil; para que se aprecie ésta han de cumplirse los requisitos del *tort*. Asimismo, se observan en la práctica una serie de desincentivos al ejercicio de la acusación particular, relacionados con los aspectos procesales del pleito. Lo que explica que, en general, las víctimas no desempeñen normalmente un papel activo.

Por otra parte, desde 1972 los tribunales penales pueden ordenar pagar indemnizaciones por daños, incluso cuando el supuesto no daría lugar a responsabilidad civil. Ahora bien, no se trata de un derecho de la víctima, sino de una facultad del tribunal, por lo demás, poco utilizada.

Ya en la Parte IV, respecto de la Directiva de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y la Directiva de garantías en la compraventa de bienes de consumo, particularmente importantes para el Derecho privado y para el proceso de armonización comunitaria, el autor opta por un examen conjunto de ambas. Con ello pretende suministrar puntos de contacto, pues entiende que, aunque formalmente se trate de materias distintas, la transposición de ambas directivas al Derecho interno se encuentra interrelacionada.

A propósito del régimen de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, de la que se ocupa el inicio de la Parte IV, merece la pena destacar, como hace el autor, que la regulación penal inglesa (*Consumer Protection Act*, 1987) no concuerda exactamente con la regulación contenida en la Directiva de productos. Y qué decir del tortuoso proceso de transposición de esta directiva en el Derecho francés.

Para centrarnos en los resultados de su implementación en el derecho interno, las consideraciones críticas se orientan tanto a la perspectiva de protección de la víctima como a la de fomento de la competencia en el mercado interno.

De una parte, en relación con los problemas de internormatividad que suscita el artículo 13 de la Directiva de 1985, la víctima de un producto defectuoso puede preferir fundamentar su reclamación sobre la base de otros regímenes de responsabilidad existentes en el ordenamiento nacional (caso de Francia) o bien dirigirse contra el productor conforme a la norma de transposición (caso del Derecho inglés). Por tanto, desde el punto de vista de las víctimas, no se ha armonizado la protección legal.

De otra parte, la Directiva tampoco ha armonizado la posición de los fabricantes al no tener en cuenta la relación con otros regímenes de responsabilidad y cómo esta interrelación afecta al impacto que supone en la práctica la regulación de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos respecto de los fabricantes de productos.

Las consideraciones relativas a la Directiva sobre garantías son igualmente críticas. Cabe apuntar –es cierto– deficiencias en la tarea de los legisladores nacionales a la hora de transponer la Directiva en sus respectivos ordenamientos internos; no obstante, el autor señala como origen de los problemas a la propia naturaleza de la norma comunitaria y su relación con la legislación nacional.

Como anticipé en las primeras líneas, resulta indudable el atractivo e interés de la aproximación al tema y del tratamiento que lleva a cabo el autor, al combinar la perspectiva de derecho comparado –derecho inglés y derecho francés– con el análisis transversal dentro del amplio sector de la fabricación y suministro de productos. Ahora bien, entre las conclusiones que integran la Parte V, me gustaría destacar la frase que cierra la monografía: *There is very much work to be done.*

Belén TRIGO GARCÍA  
Universidad Santiago de Compostela

## Miscelánea

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS\*

### I. LIBROS VERDES

Libro verde sobre la revisión del *acquis communautaire* en materia de protección a los consumidores [COM(2007) 754], de 8 de febrero de 2007. Vid. Sección temática: Derecho contractual.

Libro verde: hacia una Europa sin humo de tabaco: opciones políticas a escala de la UE [COM(2007) 27 final], de 30 de enero de 2007. Examina los gastos asociados a los fumadores pasivos, el apoyo público existente en la UE en pro de una prohibición total del tabaco y las medidas adoptadas ya por los Estados miembros. Las cinco opciones presentadas para debate en el Libro verde son: mantener el *status quo*, medidas voluntarias, método abierto de coordinación (convergencia de las legislaciones nacionales, cuya eficacia dependería del control mutuo), una Recomendación de la Comisión o del Consejo o legislación vinculante. Frente a la dificultad de conseguir esto último, se observa la relativa ineficacia –al menos a corto plazo– de las otras medidas señaladas (IP/07/109 Bruselas, 30 de enero de 2007).

### II. OTROS DOCUMENTOS

#### Consejo

Resolución de 22 de marzo de 2007, sobre una estrategia para una sociedad de la información segura en Europa (DOUE C 68, de 24 de marzo de 2007, 1). Se congratula de las iniciativas de la Comisión llevadas a cabo en este ámbito, recuerda los logros alcanzados y la necesidad de continuar incrementando la seguridad de los ciudadanos ante el desarrollo imparable de las tecnologías en el ámbito de las comunicaciones electrónicas e invita a los Estados miembros a fomentar e incrementar las campañas que supongan mejorar la seguridad de las redes de la información, a fomentar la investigación en este ámbito, a promover la cooperación con la Agencia europea de seguridad de las Redes y de la Información y luchar contra el SPAM y el espionaje. Se anima al sector oficial y las administraciones públicas a ser un ejemplo de buenas prácticas en la promoción de servicios seguros para todos los ciudadanos.

#### Comisión europea

Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de evaluación de la Directiva sobre acuerdos de garantía financiera (2002/47/CE).

---

\* Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR00759.

COM (2006) 833 final, de 20 de diciembre de 2006. Se valora correctamente la transposición de la Directiva en los Estados miembros y se congratula de que la misma haya facilitado la aplicación y el uso de tales garantías. Se plantea la posibilidad de hacer extensiva la protección que brinda la directiva a los derechos de crédito (es decir, a derechos que pueden servir de garantía con arreglo a la Directiva). Otras posibles reformas afectan a la compensación y al régimen de conflicto de normas, así como a la supresión del artículo 4.3 relativo a la cláusula de exclusión facultativa relativa a la apropiación.

Comunicación de la Comisión: estrategia comunitaria en materia de política de protección a los consumidores (2007-2013). COM(2007), de 13 de marzo de 2007, en: [http://ec.europa.eu.consumers/overview/cons\\_policy/index.en.htm](http://ec.europa.eu.consumers/overview/cons_policy/index.en.htm). Se trata de capacitar a los consumidores, mejorar su bienestar y protegerlos de manera eficaz, a la vez que procurar la unificación del mercado interior. Entre las prioridades, la reforma del grado de armonización. Se afirma la conveniencia de no instigar una carrera de mínimos, esto es, que la finalidad es lograr el mayor nivel de protección posible. *Vid.* todavía la sección temática: Derecho contractual.

Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 2006, por la que se aplica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, por lo que respecta a la asistencia mutua (DOUE L 32, de 6 de febrero de 2007, 192).

Comunicación de la Comisión de conformidad con el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2006/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación de las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas (DOUE C 40, de 23 de febrero de 2007,1).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) núm. 261/2004, sobre el funcionamiento y los resultados de la aplicación del presente Reglamento por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos [COM(2007) 0168 final], de 4 de abril de 2007]. La Comisión da seis meses a las compañías aéreas y a los Estados miembros para aplicar el Reglamento sobre los derechos de los pasajeros aéreos. Se registran algunos progresos en los dos últimos años, pero deben tomarse otras medidas importantes para velar por que las compañías aéreas apliquen las normas de forma más consecvente y para que los Estados miembros las hagan cumplir mejor. Se considera necesario, pues, mejorar de la aplicación, favorecer una interpretación más clara de determinados aspectos del Reglamento; distinguir más precisamente entre los retrasos y las cancelaciones; y reforzar la función de los organismos supervisores nacionales (IP/07/471, Bruselas, 4 abril de 2007).

## **Parlamento Europeo**

Propuesta de resolución, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea [2006/2013(INI)]. Comisión

de Asuntos Jurídicos. Ponente Klaus-Heine Lehne. FINAL A6-0434/2006. Fecha 29 de noviembre de 2006.

El Parlamento Europeo ha elaborado un informe en el que pide a la Comisión que le presente, basándose en el artículo 308 del Tratado CE, y antes de finales de 2007, una propuesta legislativa sobre el estatuto de la Sociedad Privada Europea, de acuerdo con una recomendaciones realizadas en el marco de consultas interinstitucionales, que respetan el principio de subsidiariedad y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Considera que la propuesta solicitada carece de repercusiones financieras.

Informe sobre el respeto de la Carta de los derechos fundamentales en las propuestas legislativas de la comisión: metodología para un control sistemático y riguroso [2005/2169(INI)]. Comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior. Ponente: Johannes Voggenhuber. FINAL A6-0034/2007. Fecha 12 de febrero de 2007.

El Parlamento subraya la necesidad de superar la crisis relativa a la Constitución y de conservar sus logros principales, así como la de establecer el jurídicamente vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales y pide a la Comisión que verifique que las propuestas legislativas de la UE son compatibles con la Carta y con los otros instrumentos jurídicos europeos e internacionales relativos a los derechos humanos, así como los derechos derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario y que lo señale en un informe específico de todos y cada uno de los derechos que se vean implicados. También solicita a la Comisión que al analizar tal impacto, diferencie entre los económicos, sociales y medioambientales y que establezca una categoría específica «Impacto en materia de derechos fundamentales», como única garantía de que se tienen en cuenta todos los aspectos de los derechos fundamentales. Propone, además, reforzar su papel en el control de las propuestas legislativas. Sugiere establecer claramente el papel de la Agencia de Derechos Fundamentales y reforzar sus funciones y utilidad. Además, insta a los Parlamentos de los Estados miembros a comprobar la compatibilidad de todas las decisiones y medidas con la Carta de los Derechos Fundamentales, en particular en los ámbitos de la cooperación policial y judicial y de la Política Exterior y de Seguridad Común, con el fin de garantizar la indivisibilidad de los derechos fundamentales y la verificación sistemática y detallada de los derechos fundamentales en todas las políticas de la Unión.

En su informe, el Parlamento incorpora algunas de las sugerencias de la Comisión de Asuntos Constitucionales, que pueden leerse al final de la propuesta de resolución.

Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar o vías navegables en caso de accidente [COM(2005)0592-C6-0057/2006-2005/0241(COD)]. Comisión de Transportes y Turismo. Ponente: Paolo Costa. FINAL A6-0063/2007. Fecha 8 de marzo de 2007.

La propuesta tiene por objeto incorporar el Convenio de Atenas a la legislación comunitaria y añadir algunas adaptaciones, en concreto en relación con su ámbito de aplicación, que se ve ampliado al tráfico nacional (cabotaje) y el transporte por vías navegables. Además, se elimina la posibilidad de establecer límites de responsabilidad superiores a los fijados en el citado Convenio. Entre otras disposiciones, se establece la obligación de informa-

ción previa al viaje sobre los límites de las indemnizaciones por muerte, lesiones o daños y pérdida de equipaje, la acción directa contra el asegurador y el cobro de anticipos. Se estudia todavía la cuestión de la inclusión, exclusión o trato especial del riesgo vinculado a los actos terroristas en el régimen de responsabilidad del Convenio de Atenas. La resolución incorpora las propuestas de la Comisión de Asuntos Jurídicos, que se pueden leer al final del informe.

Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM(2004)0718-C6-0154/2004-2004/0251(COD)]. Comisión de Asuntos Jurídicos. Ponente: Arlene McCarthy. Final A6-0074/2007. Fecha 23 de marzo de 2007.

Se aprueba la propuesta y se introducen algunas enmiendas, que la aclaran y mejoran. La ponente de la resolución destaca que el objetivo era conseguir una directiva viable, de regulación mínima, que refleje las orientaciones y mejores prácticas existentes para poder fomentar un uso más amplio de la mediación en toda la UE. La pretensión de la ponente es que el procedimiento se aplique tanto en el interior de los Estados miembros como en los litigios transfronterizos.

### III. PREGUNTAS EN EL PARLAMENTO (para el texto de las preguntas y las respuestas, consultar: <http://www.europarl.europa.eu/members/public/yourMep.do?language=ES>)

– Pregunta oral H-0079/07 de Marc Tarabella a la Comisión: No aplicación del Reglamento (CE) núm. 261/2004 sobre los derechos de los pasajeros aéreos en caso de sobreventa, retrasos o anulaciones de vuelos. Referencia H-2007-0079: 09/03/2007.

– Pregunta oral H-0206/07 de Hélène Goudin al Consejo: Manual de historia común para Europa. Referencia H-2007-0206: 13/03/2007.

– Pregunta oral H-0223/07 de Esko Seppönen al Consejo: Manual de historia común. Referencia H-2007-0223: 19/03/2007.

– Pregunta oral H-0208/07 de Marian Harkin a la Comisión: Obligación de servicio universal - Telecomunicaciones. Referencia H-2007-0208: 15/03/2007.

– Pregunta oral H-0217/07 de Georgios Karatzaferis al Consejo: Derecho de propiedad en la UE. Referencia H-2007-0217: 19/03/2007.

– Pregunta oral H-0314/07 de Brian Crowley al Consejo: Adquisición de propiedades en Europa. Referencia H-2007-0314: 27/04/2007.

– Pregunta oral con debate O-0031/07 de Marcin Libicki y Michael Cashman, en nombre de la Comisión de Peticiones a la Comisión: Misión de investigación en las comunidades autónomas de Andalucía, Comunidad Valenciana y Comunidad de Madrid. Referencia O-2007-0031: 24/05/2007.

### IV. SENADO FRANCÉS: ESTUDIOS DE LEGISLACIÓN COMPARADA (<http://www.senat.fr/legcmp/tr14.html>)

LC 170: *Les structures de protection de l'enfance* (febrero 2007).

LC 165: *Les peines minimales obligatoires* (septiembre 2006).



LC 164: *Le recrutement et la formation initiale des magistrats du siège* (junio 2006).

LC 163: *Le maintien des liens familiaux en prison* (mayo 2006).

LC 157: *L'utilisation des empreintes génétiques dans la procédure pénale* (enero 2006).

LC 155: *L'acquisition de la nationalité par le mariage* (enero 2006).

## Vida Jurídica. Reseña de congresos en materia de Derecho Privado Europeo

### ***L'adquisició i la transmissió dels drets reals en el Codi Civil de Catalunya: El dret català a Europa. Colegio de Notarios de Barcelona, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006.***

El Congreso dirigido por el Dr. Ferran Badosa Coll y la Dra. Carmen Gete-Alonso Calera y coordinado por las Dras. M. Esperanza Ginebra Molins y Susana Navas Navarro, ha sido organizado por el *Grup d'Estudi del Dret Civil Català* y ha contado con la colaboración de la Universitat de Barcelona, la Universitat Autònoma de Barcelona y el *Col·legi de Notaris de Catalunya*.

La realización de este Congreso responde al gran interés que suscita la nueva regulación que de esta materia ha realizado el legislador catalán en la nueva Ley 5/2006, de 10 de mayo, que aprueba el Libro V CC de Cataluña, relativo a derechos reales. En concreto, el congreso centró su estudio en una de las cuestiones más innovadoras, la regulación *ex novo* de la adquisición y transmisión de los derechos reales en derecho civil catalán, lo que merece una valoración muy positiva al estar dicha materia, de momento, huérfana de comentario y análisis; de ahí la importancia del encuentro.

La primera ponencia, a cargo del Dr. Badosa, expuso de forma magistral el nuevo sistema por el que el legislador catalán ha optado a la hora de regular la constitución y adquisición de los derechos reales en el Libro V. Tras unas pinceladas terminológicas, explicó la conexión existente entre la constitución y la transmisión de los derechos reales limitados, que se configuran como meros derechos limitativos de un derecho más extenso, el derecho de propiedad del que, a su vez, son componentes. Por último, destacó que la nueva regulación ha previsto la posibilidad de constituir un derecho real limitado sin necesidad de transmisión ya que, en su opinión, cabe una consolidación no extintiva.

El análisis de la nueva regulación catalana se completó con las ponencias impartidas por el profesor Rams Albensa, quien realizó un estudio de la *iusta causa traditionis*, del artículo 531-3 del Libro V del código civil catalán, comparándolo con la regulación contenida en el artículo 1901 del código civil español; y por el profesor Espiau Espiau, quien centró su explicación en el análisis del artículo 522-8 del Libro V del código civil catalán que configura la adquisición de buena fe de bienes muebles como mecanismo transmisor del derecho sobre el bien poseído, siguiendo la denominada interpretación germanista, ya recogida en el artículo 464 del código civil español, si bien el ponente consideró «desafortunada» la forma en que se ha incorporado al ordenamiento jurídico catalán. Finalmente, el notario Fernández Piera presentó una ponencia en la que se evaluaba, de forma específica, la transmisión del derecho de propiedad en los derechos de adquisición preferente.

Una vez presentado el sistema catalán, se procedió a analizar otros sistemas adquisitivos y traslativos de derechos reales, lo que, además de brindar la oportunidad de conocer el derecho comparado, permitió enmarcar la regu-

lación catalana en Europa, objetivo del Congreso. En esta temática, se encuadrarán las ponencias de la profesora Lecocq, quien expuso el sistema belga de adquisición y transmisión de derechos reales, recogido en el código de Laurent, como ejemplo de sistema consensual; la del profesor Alonso Pérez quien presentó la teoría del título y el modo del código civil español como exponente de un sistema de tradición causal, así como del profesor Ebers quien explicó, por un lado, el sistema alemán de transmisión de la propiedad de los bienes muebles presidido por el principio de abstracción y, por otro, los intentos de unificación europea de esta materia, que se centran en pequeños esfuerzos armonizadores *praeter legem*. Por último, el profesor Forner Dela-ygua abordó cuestiones del derecho internacional privado, en concreto, la constitución de derechos reales sobre derechos de crédito.

Además, el congreso tenía prevista la exposición de una serie de comunicaciones encargadas que versaban sobre algunos aspectos concretos de los derechos reales regulados en el Libro V. Debido a la falta de tiempo, sólo algunas de ellas fueron presentadas oralmente, así la que distinguía las diferentes consecuencias que se derivan de la constitución de un derecho de opción con naturaleza personal o real del Dr. Bosch, la referida a la accesión inmobiliaria del Dr. Marsal y, por último, la que trataba la constitución de derechos reales limitados sobre cosa propia de la Dra. Navas. Quedamos a la espera de la publicación de los materiales del congreso para leer las interesantes comunicaciones que quedaron sin exponer de las Dras. Camacho, Ginebra y Zahíno.

El congreso finalizó con una mesa redonda en la que se avaluó el alcance y los límites de la posible relación entre el principio de autonomía de la voluntad y la tradición. Dicho análisis se realizó de forma transversal y con una óptica varida, ya que en la mesa participaron dos representantes del mundo académico, los profesores Domínguez Luelmo y Casanovas i Mussons y tres prácticos del derecho, el registrador de la propiedad Cumella i Gaminde, el notario Gómez Clavería y el magistrado Pérez Gámez, lo que generó un enriquecedor debate.

Por último, la Dra Lauroba expuso, de forma concisa y clara, las principales conclusiones a las que las diversas y valiosas ponencias y comunicaciones nos habían conducido.

En resumen, la actualidad e importancia de la temática, la calidad de los ponentes, su carácter internacional así como el número de asistentes, propiciaron que el éxito del Congreso no quedara reducido a las sesiones previstas y el debate e intercambio de ideas entre ponentes y asistentes fue continuo.

Ana GIMÉNEZ COSTA  
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

### **I Congreso sobre Derecho contractual europeo y Principios Unidroit (Universitat de las Illes Balears, 26-27 de abril de 2007).**

Los días 26 y 27 de abril de 2007 se celebró en la ciudad Palma de Mallorca el *I Congreso sobre Derecho Contractual Europeo y Principios Unidroit*. El evento, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares y dirigido por los doctores María Pilar Ferrer Vanrell y Ansel-

mo Martínez Cañellas reunió a iusprivatistas de diferentes países directamente implicados en el proceso de armonización del Derecho Privado Europeo. Miembros del *Acquis Group*, prestigiosos árbitros internacionales y expertos en Derecho comparado discutieron sobre los problemas que plantea la construcción de un Derecho Contractual Europeo e Internacional.

La primera jornada comenzó con la exposición del Dr. Miguel Coca Payeras (Universidad de les Illes Balears) que hizo un resumen de los pasos que se han ido dando desde las instituciones europeas en este terreno. El Dr. Alessio Zaccaria (Università di Verona), que le sucedió en el uso de la palabra, se refirió a algunos de los obstáculos en este proceso de construcción: las dudas e incertidumbres demostradas por la Comisión Europea, la diversidad lingüística y las dificultades que ocasionaría optar por un determinado idioma como instrumento de trabajo, en detrimento de otros, o el carácter fragmentario de la labor unificadora. Los Drs. Francesco Galgano (Università di Bologna) y Evelio Verdura y Tuells (Universidad Complutense de Madrid) se refirieron a la aportación del arbitraje a la creación de un nuevo derecho contractual que encuentra sus orígenes más remotos en la «lex mercatoria». Ambos recalcaron la importancia que han adquirido los Principios Unidroit en el arbitraje internacional y señalaron algunas de las razones de tal éxito. La segunda mesa redonda de la mañana reunió a dos miembros del *Acquis Group* que explicaron los objetivos y metodología de dicho grupo internacional integrado en la red de excelencia *Common Principles of European Contract Law*. El Dr. Reiner Schulze (Universität Münster) se refirió al cambio operado en el significado tradicional de la expresión «Derecho contractual europeo», para cuya comprensión hoy debe ponerse el acento en el Derecho comunitario. Asimismo expuso las diferencias metodológicas entre el *Study Group* y el *Acquis Group* y analizó el papel que ambos habrán de jugar en la construcción del Marco Común de Referencia. La Dr. Silvia Ferreri (Università di Torino) explicó el modo en que el *Acquis Group* lidia con los problemas terminológicos y como el inglés ha terminado imponiéndose como instrumento de trabajo, más por necesidad que por elección. El Dr. Daniel Espina Pérez se detuvo, en cambio, en la regulación de aspectos concretos, como el de la autonomía privada o la causa, en los Principios Unidroit y los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL).

Por la tarde el Dr. Sergio Cámara Lapuente (Universidad de La Rioja) se refirió al escaso, por no decir nulo, papel que el TJCE y los tribunales españoles están desempeñando en el proceso de construcción del Derecho contractual europeo. Nuestra jurisprudencia es poco dada a nociones comparatistas y el TJCE prefiere remitirse al legislador nacional antes que emprender la tarea de concretar la terminología empleada por las directivas. El Dr. Cámara Lapuente compartió mesa con los Drs. Pilar Perales Viscasillas (Universidad Carlos III de Madrid) y Jan Kleinheisterkamp (HEC École de Gestión de Paris) que se centraron en la influencia de los PECL y los Principios Unidroit en el arbitraje internacional y la jurisprudencia nacional. Ambos hicieron un minucioso análisis del carácter con que estos textos legales han sido invocados por tribunales nacionales y cortes arbitrales internacionales. Las siguientes intervenciones se centraron en la prohibición de discriminación en el Derecho comunitario. Los Drs. Stefan Leible y Matthias Lehmann (ambos de la Universidad de Bayreuth) y la Dra Susana Navas Navarro (Universitat Autònoma de Barcelona) trataron el tema de la protección jurídico-privada ante discriminaciones no deseadas. El Dr. Leible se detuvo en los fundamentos a este principio comunitario e insistió en la idea de que de tal principio

general no se pueden derivar consecuencias inmediatas para las relaciones jurídico-privadas. Es tarea del legislador comunitario determinar cuáles son las conductas discriminatorias prohibidas y concretar sus incidencias en el ámbito contractual. El Dr. Lehmann constató que existe una propensión, por parte de los derechos nacionales, a ampliar el ámbito de aplicación del «derecho antidiscriminación» y a multiplicar los motivos de discriminación. A su entender este desarrollo requeriría aumentar los motivos que lo justificaran. La Dra. Navas Navarro se centró en la negativa a contratar con alguien por razón de su sexo y sus consecuencias jurídicas. Analizó, en particular, cuándo imponer la obligación de contratar a la parte infractora puede considerarse una reparación adecuada, necesaria y, sobre todo, proporcional al daño ocasionado a la parte discriminada.

La Dra. Esther Arroyo i Amayuelas (Universitat de Barcelona) inició la segunda jornada del Congreso abordando el fenómeno del neoformalismo contractual comunitario, especialmente relevante en el Derecho del consumo. Tras distinguir las dos acepciones del término «forma» en el Derecho comunitario (la referida al contrato y a la información que se debe proporcionar), la Dra. Arroyo i Amayuelas abordó la disparidad de sanciones previstas por los derechos nacionales en aquellos casos en que el empresario infringe el deber de formalizar cierta información. Por su parte, el Dr. Pietro Sirena (Universidad de Siena) distinguió entre el papel de la buena fe en los PECL, donde actúa como instrumento de autointegración del contrato potenciando la reglamentación de intereses pactada entre los contratantes, y la función correctora de la autonomía de la voluntad que la buena fe desempeña, en cambio, en el Derecho comunitario, que, de esta manera, actúa como límite a la libertad del profesional. Las ponencias de los Drs. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Juana Marco Molina (Universitat de Barcelona) giraron en torno a los remedios frente al incumplimiento. El Dr. Morales Moreno trató del problema de la concurrencia de los remedios contractuales (fundados en el incumplimiento) con los que él denominó «remedios precontractuales» (fundados en los vicios de voluntad, etc). Señaló el distinto tratamiento que dan al mismo los Principios Unidroit y los PECL y se preguntó sobre cuál de los dos sistemas es más conveniente. En cambio la Dra. Marco se centró en las dos principales aportaciones de la Directiva 1999/44/CE al esfuerzo armonizador: la ampliación del supuesto de hecho del vicio oculto a costa del incumplimiento contractual y la modificación de los criterios de determinación de la conformidad de la cosa vendida con el contrato. El Sr. Pedro José Garrido Chamarro (Notario de Madrid) clausuró la mesa exponiendo cuáles son los principales obstáculos a la eficacia de los contratos transnacionales. Entre otras posibles soluciones el Sr. Garrido Chamarro se decantó por el otorgamiento de un documento público electrónico con eficacia transnacional.

Las últimas intervenciones tuvieron por objeto el análisis de algunas de las novedades introducidas en las últimas versiones de los PECL y de los Principios Unidroit. El Dr. Fernando Pantaleón (Universidad Autónoma de Madrid) trató de la regulación de la cesión de créditos en los PECL donde, entre otros aspectos que difieren del Derecho español, se prevé la ineficacia del pacto de *non cedendo* frente al cesionario cuando el crédito tiene por objeto futuras deudas pecuniarias, o se impone la obligación de notificar la cesión al deudor cedido para que ésta produzca efectos frente a él. Los Dr. Ferran Badosa Coll (Universitat de Barcelona) y Anselmo Martínez Cañellas (Universitat de les Illes Balears) abordaron, respectivamente, la regulación

de la prescripción en los PECL y en los Principios Unidroit. El Dr. Badosa Coll se refirió al objeto de la prescripción, su supuesto de hecho, la importancia de la introducción de la autonomía de la voluntad y la diferencia entre cómputo jurídico y cómputo real del tiempo. El Dr. Martínez insistió en la necesidad de una reforma de la figura en el Derecho español y, concretamente, en el Derecho mercantil. La última intervención corrió a cargo del Dr. Jean Paul Béraudo, profesor (Université de la Sorbonne), vice-presidente de la corte de arbitraje de la ICC de París, antiguo magistrado de la *Cour de Cassation* y representante del estado francés en diversos organismos dedicados a la armonización del Derecho Privado Internacional. El Dr. Béraudo se refirió a los problemas generados por los conflictos de leyes y a la influencia de los Principios Unidroit en el Derecho internacional. Influencia que hasta la fecha se ha hecho sentir, fundamentalmente, en la justicia arbitral. El Dr. Martínez clausuró el congreso retomando la idea de que los Principios Unidroit son derecho vivo y que los PECL están sin duda cambiando la configuración del Derecho contractual europeo.

El mérito del Congreso, fue, entre otros, que por primera vez se encontraban en un foro internacional juristas pertenecientes a distintas disciplinas jurídicas, especialmente, Derecho mercantil y Derecho civil. Algo que puede considerarse relativamente inédito en nuestro entorno jurídico. Se prevé la publicación de las actas de las Jornadas en un futuro muy próximo.

Sonia MARTÍN SANTISTEBAN  
Universidad de Cantabria

***BGB ade? Zur Zukunft des Europäischen Vertragsrechts. Historisches Rathaus, Münster 18 de abril de 2007.***

El pasado 18 de abril de 2007 tuvo lugar, en el antiguo Ayuntamiento de Münster, la Jornada, «¿Adiós al BGB? El futuro del Derecho contractual europeo», organizada por la Ministra de Justicia del *Land de Nordrhein-Westfalen*, Roswitha Müller-Piepenkötter, con el fin de reflexionar sobre la elaboración de un Marco Común de Referencia (MCR)<sup>1</sup>.

En su discurso de inauguración y ante más de 250 asistentes procedentes del mundo de la justicia, la Universidad, la Industria y la abogacía, la Ministra Müller-Piepenkötter subrayó la importancia de la futura armonización de partes esenciales del Derecho de contratos y lanzó una serie de interrogantes, que fueron los que luego guiarían las intervenciones posteriores. Así: ¿cuál debe ser la función del MCR? ¿Debe ser sólo una «caja de herramientas» que contenga definiciones, principios, y reglas modelo y de la que sólo se pueda servir la Comisión europea para mejorar la legislación? ¿O más bien debe servir también al legislador nacional? ¿Se trata sólo de crear cláusulas tipo? ¿O pueden ser utilizadas por las empresas como Derecho aplicable en los contratos transnacionales? ¿Es el MCR un primer paso hacia un Código civil europeo y, por tanto, habrá que empezar a ir diciendo adiós al BGB?

Para responder a estas preguntas abiertas, la Ministra invitó a miembros de la Comisión y el Parlamento Europeo y otros pertenecientes al mundo

<sup>1</sup> Vid. ZEuP 2007, 109 ss.

universitario y de la práctica. Actuó de moderadora Barbara Dauner-Lieb (Universidad de Colonia). El primero en hablar fue Reiner Schulze (Universidad de Münster), quien puso de manifiesto que son los contratos transnacionales, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, así como los consumidores, los primeros que sufren los riesgos de la falta de armonización. Las diferencias entre ordenamientos jurídicos, en materia contractual, son una barrera para la construcción de un mercado interior. Lo más favorable sería la creación de un instrumento opcional, sobre la base del MCR, al que las partes pudieran recurrir como alternativa a sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. Ello, naturalmente, no quiere decir que éstos deban desaparecer.

Klaus-Heiner Lehne (miembro del Parlamento Europeo y de su Comisión Jurídica) se mostró de acuerdo con tal planteamiento. Consideró prioritario incrementar la confianza de los ciudadanos de la Unión europea, a base de reforzar la seguridad jurídica, lo que desde luego no es un reto nada fácil teniendo en cuenta la coexistencia de 28 ordenamientos jurídicos. Por ello, Lehne propuso lo siguiente. Por un lado, debe mejorarse el *acquis communautaire* en materia de Derecho contractual del consumo, lo cual implica no sólo un trabajo sectorial de refacción de las directivas ya promulgadas (por ejemplo, la de crédito al consumo), sino también la creación de un instrumento horizontal (tal y como propuso la Comisión en su libro verde de 2007). Por otro lado, se trata de impulsar los trabajos que deben llevar a la creación del MCR que, comenzando por el Derecho de consumo, pueda acabar dando paso a un nuevo Derecho contractual europeo que coexista con los ordenamientos jurídicos nacionales.

Hartwig Sprau (Vicepresidente del Tribunal de Apelación de Baviera y miembro de la red implicada en la creación del MCR) se centró en el contenido del MCR y propuso ampliar sus contenidos, especialmente nuevas reglas para tipos contractuales específicos, ya previstos en el Derecho comunitario, aunque aquéllas no existan aún en el *Acquis*.

Con cierta vehemencia, Meglena Kuneva (Comisaria europea para la protección del consumidor) se manifestó favorable a la construcción de un Derecho contractual europeo unificado. En su opinión, éste debe ser consistente y, ante todo, coherente. La Comisaria dejó claro que la armonización del Derecho del consumo debe realizarse sobre la base del Derecho contractual. Se trata, además, de eliminar los obstáculos con que se encuentran las empresas ante la diversidad de ordenamientos jurídicos. En su opinión, la propuesta se revela especialmente interesante para los jóvenes Estados miembros, porque ello les facilita una integración más rápida.

Diana Wallis (miembro del Parlamento Europeo y su vicepresidenta) se adhirió a estas manifestaciones. Añadió que el Parlamento Europeo es un socio competente y con el que se puede contar. Con todo, precisó que para el éxito de tal empresa no es suficiente con el entusiasmo de políticos y científicos sino que, además, es necesario implicar a los ciudadanos en los procesos de decisión.

El turno final de palabras fue protagonizado por Anne Danco (Representante de la *Sparkasse* y *Giroverband*, Berlin) y Andreas Dietzel (Representante de Siemens AG y de la *Bundesdeutsche Industrie* en el MCR). Como representantes de la industria, expusieron que la armonización del Derecho contractual europeo no estaba exenta de críticas. Se teme el peso que puede acabar adquiriendo la protección al consumidor, con la consiguiente limitación a la autonomía de la voluntad. Se expuso también la preocupación de

que un Derecho contractual europeo llegara a ser de peor calidad que el BGB. Por tanto, su postura se puede resumir en la idea siguiente: «sí a un Derecho contractual europeo, pero no a cualquier precio». Reiner Schulze y Klaus-Heiner Lehne aliviaron tales temores. Un Derecho contractual común europeo se configura como una opción más, una alternativa en el comercio entre los Estados miembros. La posibilidad de escoger entre un Derecho contractual europeo y el BGB proporciona a las empresas la oportunidad de aprovechar todas las ventajas del Mercado interior.

El público tuvo una participación activa en la Jornada, lo que se tradujo en numerosas peticiones de palabra, con adhesiones a los discursos de los ponentes y sugerencias varias.

Jan GUDLICK  
*Centrum für Europäisches Privatrecht.*  
Universität Münster.

### **Las reglas sobre transmisión de bienes muebles. ¿Un candidato para la armonización europea o reformas de los Derechos nacionales? Salzburg 15-16 de febrero de 2007.**

Los días 15 y 16 de febrero de 2007 se celebró en Salzburg un encuentro en el que se dieron cita los participantes en el proyecto del grupo de trabajo «Transfer of movables».

Dicho grupo de trabajo es parte del «Study Group on a European Civil Code» (SGECC), que a su vez participa en el EC Network of Excellence Project «Common Principles of European Contract Law» (CoPECL), financiado por la EC bajo el 6.º Programa Marco de Investigación y Tecnología (2005-2009). El grupo de trabajo «Transfer of Movables» (TOM) recibe el patrocinio de la FWF, la Fundación Austríaca de Investigación («Fonds zur Förderung der Wissenschaftlichen Forschung») (2005-2008). El «TOM» inició su labor en 2001 por iniciativa del Prof. W. Posch (Graz) y P. M. Rainer (Salzburg) Actualmente trabaja bajo la dirección de la Prof. Brigitta Lurger (Graz) y el Dr. Wolfgang Faber (Salzburg). Los correspondientes informes nacionales se encuentran en su gran mayoría terminados y en fase de publicación. El informe de España se ha realizado por los Profesores Carlos M. Díez Soto (Universidad Politécnica de Cartagena) e Isabel González Pacanowska (Universidad de Murcia)

De entre las muchas cuestiones planteadas, respecto de las cuales se había pedido información concreta y precisa a los representantes nacionales en la redacción de sus respectivos informes, el encuentro de Salzburg se centró en algunos de los temas en los que la diferencia entre los distintos sistemas y sus respectivas construcciones sobre la transmisión del dominio en el ámbito de los bienes muebles se muestra de forma más candente. En unas apretadas jornadas hubo ocasión de disertar y debatir sobre los pilares y conceptos básicos que sustentan en cada caso la transmisión del dominio, las incoherencias de unos y otros, y su proyección sobre un buen número de problemas, con especial atención, en cada caso, a su trascendencia en caso de concurso.

Tras una introducción al Proyecto TOM por la Prof. Brigitta Lurger, tuvo lugar la primera ponencia a cargo del Prof. Dr. Vincent Sagaert (Universida-



des de Leuven y Antwerp, Bélgica) dedicada a confrontar los sistemas de transmisión consensual y los sistemas de tradición. En su opinión, la línea divisoria es menos trascendente de lo que a primera vista pudiera parecer: los sistemas consensuales ofrecen matizaciones y excepciones cuando se trata de oponer la transmisión a terceros, en particular acreedores de las partes, mientras que el requisito de la tradición se entiende cumplido a través de diversos expedientes en los que la entrega material se sustituye por cauces ficticios, de modo que las diferencias entre uno y otro sistema se diluyen. Es más, la regulación de la reserva de dominio o los efectos reconocidos a las transmisiones fiduciarias en los distintos países muestran una cierta relajación de la función legitimadora de la posesión. Un modo de superar una «guerra santa entre dogmas clásicos» –concluye– sería un análisis funcional, al modo escandinavo. La segunda ponencia (Kai Kullperkupp, LL. M., Universidad de Tartu, Estonia) trató sobre el ámbito en que la voluntad de las partes puede modular, atendiendo a sus propias necesidades, las reglas sobre adquisición de la propiedad. Se destacó que en los sistemas consensuales la autonomía privada goza de un margen más amplio, mientras que la exigencia de un requisito adicional –el traspaso posesorio– resultará más o menos maleable en función de la equivalencia que se reconozca, a estos efectos, entre posesión inmediata y posesión mediata. A lo que se añaden los problemas derivados de una concepción unitaria del dominio y lo que en cada caso se considere su contenido esencial, a efectos de transmisión. El Prof. Dr. Steven Bartels (Universidad de Utrecht, Holanda) analizó en la tercera ponencia las ventajas e inconvenientes del sistema abstracto frente al sistema causal de transmisión del dominio, teniendo en cuenta, en particular, los problemas que derivan de la invalidez del título transmisivo y la eventual protección de terceros adquirentes. En sus conclusiones destacó la inutilidad de una regla europea uniforme, que, en su opinión, no habría de dar lugar a una «uniformidad de normas»; pero, al mismo tiempo, recalcó que, si bien los puntos de partida difieren notablemente, en los resultados se encuentran numerosas coincidencias, por lo que el proyecto europeo debe basarse en los resultados, teniendo en cuenta que la mayoría de los sistemas europeos son causales.

Las intervenciones de la tarde del día 15 se abrieron con una pedagógica y «problemática» disertación sobre el «Scandinavian Functional Approach» a cargo del Dr. Claes Martinson (Universidad de Gothenburg, Suecia), seguida de una «crítica escéptica» del Dr. Wolfgang Faber (Universidad de Salzburg, Austria). El Dr. Martinson incidió en «To own or not to own- That is not the Question!», para a continuación plantear un repertorio de diversos problemas en los que la pregunta sobre quién es el propietario o en qué momento tuvo lugar la transmisión de la propiedad no resulta decisiva o incluso puede entorpecer el análisis de las pretensiones y sus respectivos fundamentos. La tradición legal nórdica ofrece –en su conclusión– una visión relativamente nueva y moderna a los conceptos de dominio y transmisión del dominio. El Dr. Wolfgang Faber, por su parte, explicó el significado de un concepto unitario y tradicional de la propiedad como conjunto de facultades y el significado básico de su transmisión –en un momento dado– a otro sujeto. Destacó que esta perspectiva no impide que un buen número de problemas (p. ej., el relativo a la transmisión de los riesgos, el conflicto en caso de doble venta, o la responsabilidad civil por daños de las cosas) no se resuelven, sin más, acudiendo a una regla de «propiedad», y que las normas contractuales o la regulación del concurso desembocan –en parte– en una perspectiva «funcional». En sus conclusiones destacó las ideas de seguridad legal, así como la

coherencia entre distintas pretensiones y sus respectivos fundamentos, como ventajas –entre otras– de un punto de partida «unitario».

La Dra. Caroline Caufmann (Universidad de Leuven, Bélgica) confrontó diversos sistemas al analizar las relaciones entre las normas sobre transmisión del dominio y las reglas sobre protección de los acreedores, teniendo en cuenta la multiplicidad de remedios y sus consecuencias en relación con terceros adquirentes en diversas situaciones: acción pauliana, reserva de dominio, simulación, etc.

El último bloque de ponencias se centró en las reglas «tradicionales» sobre adquisición *a non domino* de buena fe, con base en la posesión. Tales reglas se «actualizan» en el mundo del comercio electrónico en la ponencia del Prof. Dr. Arthur Salomons (Universidad de Ámsterdam, Holanda), mientras que el Prof. Dr. José Caramelo Gomes (Universidade de Luisiada, Portugal) realiza un análisis comparativo de soluciones al enfrentamiento entre los derechos del propietario desposeído y la seguridad del tráfico.

La mañana del día 16 dio lugar a un animado debate en el que hubo ocasión de contraponer puntos de vista divergentes entre sistemas, cuyos postulados básicos y su propio desarrollo jurídico ofrecen pocos puntos de contacto. La Dra. Eleanor Cashin Ritaine (Directora del Instituto Suizo de Derecho Comparado, Lausanne, Suiza) expuso la tradicional distinción entre derechos reales y derechos de crédito, como punto de partida sometido a críticas, mas al mismo tiempo a modo de defensa de un sistema provisto de criterios de referencia que, acaso, tampoco resultan desconocidos por un análisis puramente funcional.

La Dra. Mary-Rose McGuire (Universidad de Osnabrück, Alemania) se centró en los derechos de propiedad intelectual y la aplicación de las normas de transmisión a los bienes inmateriales. Partiendo de la discusión en torno a la propia «naturaleza» de dicha propiedad y las diferentes perspectivas sobre la misma, incidió sobre su importancia para el mercado interno, las carencias de las normas comunitarias al respecto, así como la necesidad de ofrecer un conjunto de reglas adecuadas y uniformes en orden a su transmisión.

El encuentro se cerró con varias ponencias dedicadas a los problemas que plantea en general la unificación del Derecho europeo en el ámbito del Derecho de propiedad (Prof. Dr. José Caramelo Gomes), así como el modo en el que países recientemente incorporados a la Unión Europea están afrontando la reforma de sus Derechos nacionales en lo que a la transmisión del dominio se refiere (Kai Kullerkupp, Estonia, y Prof. Dr. Lubos Tichy, Universidad de Praga, República Checa, con especial atención a la noción de posesión y la protección posesoria).

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA  
Universidad de Murcia

**XIX Colloquio Biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC). Patrimonio, Persona e nuove tecniche di «governo del diritto»-incentivi, premi e sanzioni, Ferrara, 10-12 de mayo de 2007.**

El Congreso bianual de la AIDC ha tratado esta vez de los llamados «nuevos mecanismos de gobierno del Derecho», es decir, de los incentivos,

premios y sanciones en el ámbito del Derecho de contratos (I Sesión, coordinada por A. Gambaro, «*Incentivi e disincentivi nel diritto dei contratti*»), en el del Derecho Penal (II Sesión, coordinada por A. Cadoppi, «*Le sanzioni nel diritto penale comparato: profili attuali*»), en el Derecho Público (III Sesión, coordinada por G. F. Ferrari, «*Profili pubblicistici della sanzione*»), en el Derecho mercantil (IV e VII Sesión coordinada por A. Frignani, subsesión «*Incentivi premi e sanzioni nel diritto societario*», a cargo de D. Corapi, y subsesión «*Incentivi premi e sanzioni nel diritto della concorrenza*», de A. Frignani), en el Derecho de familia (V Sesión, coordinada por M. D. Panforti, «*Un nuovo diritto di famiglia fra tutele e rimedi*»), en el Derecho Procesal (VI Sesión, coordinada por M. Taruffo, «*Problemi di complessità delle controversie*»), y, finalmente, en el Derecho de la responsabilidad civil (VIII Sesión, coordinada por G. Ponzanelli, «*Il territorio della responsabilità civile*»).

Como se puede apreciar, las intervenciones cubrían todos los sectores del Derecho, público y privado, en torno a un mismo tema. La propuesta era imaginativa y se adopta una perspectiva amplia, que exige abandonar el «clasicismo» de la tradición jurídica occidental de los ordenamientos europeos (A. Gambaro) y adoptar técnicas diversas, mucho más funcionales y de acuerdo con las exigencias del siglo XXI. Técnicas que son capaces de tener en cuenta el coste de la pérdida de oportunidades, los costes de reputación, de estimar el valor que tiene la elección del contratante, que, en fin, pueden estimular un cierto comportamiento que socialmente se considere digno de tutela. Una perspectiva, no basada en mecanismos sancionatorios correctivos (remedios), sino que utiliza las sanciones *ex ante*, sobre la base de consideraciones prácticas. El análisis de los hechos es fundamental, dado que se trata de investigar el comportamiento de los sujetos (perspectiva psicológica), según una visión ya experimentada en los Estados Unidos.

La asistencia en masa de los asociados al congreso permite afirmar que el congreso fue un éxito, a pesar de la inicial ininteligibilidad del tema.

Barbara PASA  
Università di Torino

**Anne Penneau (dir.), *De certaines transpositions de la directive «contrat électronique», Mosaïque ou traits d'Union? Centre de recherche René Demogue de l'Université de Lille 2, 15 mai 2007.***

El coloquio fue una de las actividades más del Centro *René Demogue*, creado hace más de dos años por el Profesor Christophe Jamin, hoy dirigido por el Profesor Pierre-Yves Veerkindt y en torno al cual trabajan quince profesores y *maîtres de conférences*, así como otros jóvenes investigadores, recién doctorados o próximos a serlo.

Bajo la dirección de Anne Penneau, el coloquio de 15 de mayo de 2007 tuvo por objeto un análisis de Derecho comparado cuyo principal objetivo era el estudio de la transposición de la Directiva 2000/31, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. En ella, la calificación de contrato electrónico agrupa, en realidad, una variedad notable de

contratos. En efecto, poco importa que la ejecución sea *on line* o *off line*, que se refiera directamente o no a productos informáticos, que se transmita o no la propiedad o que, más bien, el objeto del contrato sea una obligación de hacer. El calificativo de «electrónico» sólo se refiere a la manera de celebrar el contrato. Esto es, mediante páginas *web* que contengan una oferta contractual.

La Directiva sólo dedica a este tema los artículos 9-11. Su finalidad es remover cualquier obstáculo jurídico que se oponga a la celebración de contratos electrónicos en todos los Estados miembros y además tratan de sentar las bases de la protección que merece un destinatario de una oferta electrónica. El régimen jurídico que se establece no es exclusivo de los contratos de consumo pero, si es así, se trata de un contrato igualmente formal (en el sentido de que obliga al empresario a cumplir con ciertos deberes).

El encaje de tales normas dentro del Derecho general de contratos permite plantear cuál es la eficacia armonizadora de la Directiva. Así, el resultado de las transposiciones ¿ofrece un mosaico en el que cada Estado adopta una regulación compatible con los del resto? O ¿más bien se da un resultado homogéneo en todos ellos? En fin, ¿son las respectivas transposiciones son un indicio de la armonización de Derechos en el seno de la Unión europea?

Para tratar de dar respuesta a todas estas cuestiones, el coloquio contó con la presencia de diferentes universitarios, que representaban diferentes tradiciones jurídicas en el seno de la Unión europea. El Profesor Philip Britton, director del Centro de la Construcción del *King's College* de Londres, explicó la transposición de la Directiva 2000/31 en el *Common Law*. Agata Koziol, Ayudante en la Universidad de Silesia-Katowice, explicó la regulación en Polonia, que es un Estado miembro que acaba de ingresar recientemente en la Unión europea y que, además, ha protagonizado una ruptura con el régimen comunista. Alemania estuvo representada por el Profesor Maximilian Heberger, Director del *Institut für Rechtsinformatik* de la Universidad de *Saarbrücken*. Por cuanto se refiere a los países de tradición romanista, la Profesora Esther Arroyo i Amayuelas, de la *Universitat de Barcelona* y actualmente investigadora Humboldt en la Universidad de Münster, explicó la situación en España y, en relación con Francia, hizo lo propio la Profesora Christine Hugon, Profesora de la Universidad de *Perpignan*. Finalmente, el Profesor Jos Dumortier, de la Facultad de Derecho de la Universidad K. U. en Leuven, miembro del ICRI, proporcionó la visión belga. Todas las conferencias fueron precedidas por la conferencia del Profesor Eric Kerckhove, de la Universidad de Lille 2, que inauguró el coloquio con una explicación sobre las reglas de Derecho internacional privado aplicables en caso de litigio.

El debate se sucedió tras cada ponencia bajo la dirección de Isabelle De Lamberterie, Directora de investigación del CNRS y Directora científica adjunta del Departamento SHS del CNRS, y del Maestro Brunet, Presidente del Centro de formación de abogados del Nord-Oeste, abogado en el Colegio de Béthune. Las intervenciones pusieron de manifiesto que, más allá del aspecto puramente técnico, hay otras cuestiones de Derecho sustantivo que son esenciales en el marco de la teoría general del Derecho de contratos: su proceso de formación o la naturaleza de la sanción aplicable al empresario que no cumple con los deberes que impone la directiva. Especialmente destacada fue la necesidad de profundizar en el papel y futuro desarrollo de los códigos de conducta, a los que apelan las Directivas comunitarias —y no sólo

la del comercio electrónico. La riqueza del intercambio científico y la importancia de las cuestiones tratadas permitieron concluir la necesidad de continuar investigando en esta materia y permiten augurar que este debate no sería el último.

Las ponencias serán objeto de publicación en la Revista mensual francesa «*Lamy Droit de l'Immateriel*», en el mes de julio de 2007.

Anne PENNEAU  
Pierre-Yves VERKINDT  
*Centre René Demogue*  
Université Lille-2