

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Presentación

Esta cuarta crónica se cierra el 31 de octubre de 2006. Las fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión Europea, el TJCE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Diario Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, el Boletín de la Universidad de Verona y el mismo del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del Consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, al Programa del Jean Monnet *Center for International and Regional Economic Law and Justice* de la *NYU School of Law*, entre otros.

La crónica está coordinada por los profesores Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universitat de Barcelona), que es también quien ha traducido (del francés, italiano y alemán) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

Acquis communautaire y Derecho privado rumano

AURATRIFU*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es una reflexión personal sobre el efecto de la transposición, en el ordenamiento jurídico rumano, del Derecho comunitario en materia de protección a los consumidores. Se trata de ver cuál ha sido la actividad legislativa en el ámbito del Derecho privado rumano y, en particular, la codificación de las normas jurídicas en materia de protección al consumidor. Algunas de las preguntas a las que se tratará de dar respuesta son las siguientes: ¿en qué medida ésta se ha logrado?, ¿cuál es el rol del Código de Consumo recién adoptado?, ¿supone la armonización del Derecho privado rumano una descodificación del Derecho civil nacional? El estudio que sigue se ha basado exclusivamente en el análisis de los textos legales y ha sido elaborado con informaciones estadísticas publicadas en la *web* del Ministerio rumano para la Integración europea (MIE), la de la Autoridad nacional de protección al consumidor (ANPC) y la del Consejo legislativo rumano (CLR). Lamentablemente mis repetidos intentos de obtener información actualizada relativa a la actividad legislativa del proceso de armonización, como, por ejemplo, sobre la tramitación de ciertos proyectos de leyes, no han tenido éxito ante la pasividad de las autoridades rumanas.

En Rumania, los estudios de Derecho comunitario se centran, esencialmente, en el ámbito del Derecho público y, en particular, el Derecho penal y procesal penal, con especial atención a los derechos humanos. Es también importante el número de publicaciones dedicadas a la transformación del Derecho laboral, del Derecho mercantil y al proyecto de codificación del Derecho administrativo. Por el contrario, en el ámbito del Derecho civil, la doctrina es escasa y la que existe trata básicamente de aspectos relativos al Derecho de propiedad y su transmisión en el nuevo contexto constitucional, o sobre algunos aspectos de técnica legislativa relativos a la falta de concordancia entre las nuevas medidas comunitarias de Derecho de familia y las disposiciones nacionales codificadas.

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Bucarest. Doctoranda de la Universidad de Barcelona.

Como materia digna de análisis específico, la protección del consumidor se halla todavía en construcción, lo que determina que las pocas opiniones doctrinales que existen sean muy puntuales y casi siempre orientadas hacia las relaciones jurídicas masificadas. Con todo, al tratarse de un mercado emergente, con una informatización todavía en proceso y con una población con un poder de adquisición bajo, tal masificación se da en muy pocos ámbitos. Uno de ellos podría ser el del crédito al consumo, pero aun así el tema no ha merecido una gran literatura jurídica.

II. ENTORNO POLÍTICO, SISTEMA JURÍDICO Y REQUISITOS PARA LA ADHESIÓN A LA UNIÓN EUROPEA

En el prefacio de los años noventa, más concretamente en diciembre de 1989, en el contexto de la caída del muro de Berlín, Rumania recobraba la democracia y empezaba un proceso de reformas políticas, administrativas y legislativas, a menudo caracterizado por confusiones y bloqueos. Con todo, los cambios han sido radicales: pluralidad de partidos en el escenario político, parlamento bicameral y formación de los gobiernos a partir de elecciones libres y democráticas, frente al antiguo sistema dictatorial. En 1991 se adoptó, en referéndum la Constitución, texto moderno y democrático que instaura el respeto a los derechos humanos y da pie al principio de la separación de poderes en el Estado, que atribuye al Parlamento la adopción de leyes orgánicas y ordinarias, y que encomienda al ejecutivo y a la Administración local la elaboración de normas adecuadas a sus competencias. Se ha reestructurado también la Administración pública, reconociéndose autonomía a la Administración pública local, cuya función es la gestión de los intereses de los ciudadanos, a diferencia de la subordinación jerárquica y la autocracia características del sistema totalitario anterior.

1.1 El sistema jurídico a la fecha de las negociaciones de adhesión

El sistema jurídico rumano, de inspiración francesa, está integrado por normas constitucionales, leyes orgánicas y ordinarias adoptadas por un Parlamento bicameral¹, decretos gubernamentales² y por órdenes y decisiones de los ministros y de las demás autoridades públicas centrales, así como por decisiones y otras normas emanadas por las autoridades públicas locales en el ejercicio de sus potestades.

1.1.1 *La Constitución*

Con vistas a la adhesión a la Unión Europea, varios aspectos del texto de 1991 exigían ser revisados. Uno de ellos era el concepto de soberanía nacional, puesto que en el texto originario no era posible la cesión de potestades a la UE; debía también afirmarse el reconocimiento de la supremacía

¹ El actual Parlamento rumano se formó tras las iniciativas del poder transitorio constituido en diciembre 1989, después de la caída del régimen dictatorial de Nicolae Ceausescu y está compuesto por la *Cámara de los Diputados* y el *Senado*.

² OG (Ordonanta de Guvern).

del Derecho comunitario, el nuevo impacto de la política comunitaria sobre los derechos humanos, o la política del mercado común, especialmente en lo relativo a la libre circulación de personas y capitales. Tal revisión constitucional se llevó a cabo en el año 2003. Con impacto sobre el Derecho civil, la reforma concierne principalmente a las normas relativas al libre mercado, al Derecho de propiedad privada sobre los inmuebles y a la libre circulación de capitales. Efectivamente, la nueva Constitución rumana permite que, a partir de la adhesión a la UE, y en condiciones de reciprocidad, los ciudadanos comunitarios³ puedan adquirir la propiedad del suelo. En el mismo contexto, también se reconoce el derecho de los extranjeros a adquirir el suelo por sucesión. Son cambios importantes con respecto al sistema constitucional vigente entre 1991 y 2003, que prohibía expresamente que los extranjeros y apátridas adquirieran la propiedad de terrenos. Las leyes reparadoras promulgadas a partir de 1990 previeron la devolución de las propiedades usurpadas por el régimen dictatorial pero sólo con carácter subsidiario regularon medidas que consistían en la compensación económica al perjudicado. Vigente la Constitución del 1991, la reparación *en natura* era a menudo imposible o se realizaba de manera parcial, puesto que, para los demandantes que no tenían nacionalidad rumana, la devolución de inmuebles se restringía a la restitución de edificios. Esto hizo complicado el proceso de devolución, ya que las casas no les servían mucho sin el suelo correspondiente. Afectó, principalmente, a ciudadanos que, por haberse autoexiliado a países occidentales, debían reputarse ciudadanos extranjeros. Por consiguiente, en general, las medidas pecuniarias eran lo más usual en la práctica judicial, a pesar de ser claramente insuficientes. En fin, la anterior situación también constituía un obstáculo para las empresas extranjeras interesadas en extender sus actividades en el mercado rumano, ya que un marco jurídico que no permitía la adquisición de inmuebles no representaba un ambiente seguro ni estable para sus inversiones. Así pues, en el contexto del Derecho de propiedad, la reforma tiene el efecto de abrir el mercado y eliminar barreras a los ciudadanos comunitarios; naturalmente, también favorece las relaciones privadas.

Otra intervención significativa se refiere a la libertad económica. El libre acceso a las actividades económicas, la libre iniciativa y la garantía de su ejercicio se introduce con carácter de derecho y libertad fundamental.

1.1.2 *Los Códigos. El Código Civil rumano*

Una parte de las materias que forman parte del Derecho rumano sustantivo (Derecho civil, Derecho penal, Derecho laboral) tiene su sede en el Código. También están codificados determinados ámbitos del Derecho procesal (civil y penal) y sectores del Derecho administrativo (códigos de conducta del funcionario público, el código aduanero, el código fiscal o el código aéreo).

En la elaboración del Código Civil rumano se tuvieron en cuenta disposiciones del antiguo Derecho rumano, consolidadas por la influencia de otros sistemas vigentes en Europa a la fecha de su promulgación (1864). El modelo de partida ha sido el Código Civil francés de 1804 y sus progresivas modificaciones. Para asegurar una completa y adecuada regulación, el legislador

³ El mismo derecho se reconoce a los nacionales de terceros países con los que Rumania haya celebrado tratados respecto a la adquisición, en condiciones de reciprocidad, de terrenos.

rumano consideró también el Proyecto de Código Civil italiano, la Ley francesa sobre trascripción (en el Registro de la Propiedad) del 23 de marzo de 1853 y la Ley Hipotecaria belga de 10 de diciembre de 1851. Con 1914 artículos distribuidos en tres libros⁴, el Código Civil rumano contiene las principales normas de Derecho civil y representa el Derecho común, es decir, tiene carácter supletorio de otras normas civiles y, en general, lo es también para gran parte del ordenamiento jurídico rumano.

1.2 La reforma del sistema jurídico, como consecuencia de la celebración del Tratado de adhesión a la Unión Europea

Catorce años tras el proceso de democratización, Rumania firmaba en Luxemburgo, el 25 de abril de 2005, el Tratado de adhesión a la Unión Europea. En cumplimiento de los requisitos preliminares, el ordenamiento jurídico rumano sufrirá una remodelación legislativa e institucional imprescindible para el normal y coherente funcionamiento de las relaciones entre la Administración pública y los ciudadanos, que también va a afectar al Derecho privado.

De las dos clases de condiciones, políticas y económicas, a nuestro estudio interesan las últimas y aun no todas, sino las que tienen algún impacto sobre el Derecho Civil. Los condicionamientos políticos se refieren a la reforma de la Administración pública y el poder judicial; a determinados aspectos relativos a los derechos humanos y a la integración social de las personas discapacitadas; a la lucha contra la corrupción; o a la integración de las minorías y la protección de la infancia. Pero, como se ha dicho, a ellos no nos vamos a referir ahora.

1.3 Las negociaciones de adhesión

Lanzadas oficialmente el 15 de febrero de 2000, han conocido una evolución por etapas, con capítulos cerrados provisionalmente, todo ello acompañado de reformas internas, a nivel de Administración central y de legislación, y de reestructuración del mercado, sobre todo debido a la privatización de las empresas públicas.

1.4 Las negociaciones relativas al Derecho de consumo

Las negociaciones sobre el Capítulo 23, acerca de la protección al consumidor y la salud, se iniciaron y cerraron provisionalmente durante la conferencia de adhesión de Rumania a la UE, de 27 de julio de 2001. Rumania aceptó íntegramente el *acquis communautaire* vigente a fecha de 31 de diciembre de 1999. Ulteriormente, adoptó el *Acquis* existente a fecha 30 de junio de 2002. En este período, el Derecho comunitario estaba compuesto, principalmente, por las siguientes Directivas:

– Directiva 84/450/CEE (publicidad engañosa) completada por la Directiva 97/55/EC;

⁴ Libro I: Sobre las personas; Libro II: Sobre los bienes y las modificaciones de la propiedad; Libro III: Sobre los distintos modos de adquirir la propiedad.

- Directiva 85/374/CEE (responsabilidad por productos defectuosos);
- Directiva 85/577/CEE (contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales);
- Directiva 87/357/CEE (imitaciones peligrosas de productos alimenticios);
- Directiva 90/314/CEE (servicios turísticos);
- Directiva 92/59/CEE (seguridad general de los productos);
- Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores);
- Directiva 94/47/CE (contratos para la adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido);
- Directiva 97/7/CE (protección de los consumidores en materia de contratos a distancia);
- Directiva 98/6/CE (protección de los consumidores en materia de indicación de precios);
- Directivas 87/102/CEE, 90/88/CEE y 98/7/CE (crédito al consumo);
- Directiva 98/27/CE (acciones de cesación);
- Directiva 1999/44/CE (garantías en la venta de bienes de consumo);
- Directiva 2001/95/CE (seguridad general de los productos).

En relación con estas Directivas, las obligaciones asumidas por Rumania fueron las siguientes:

- Obligación de transposición en la legislación rumana, de la Directiva 1999/44/CE (garantías en la venta de bienes de consumo) –fecha límite: 2002;
- Elaboración de una normativa relativa a la publicidad de productos que se presentan como benéficos para la salud del consumidor, armonizada con la Decisión del Consejo de 9 de noviembre de 1995 –fecha límite: 2002;
- Transposición de las Directivas 87/102/CEE, 90/88/CEE y 98/7/CE (crédito al consumo) –fecha límite: 2003;
- Transposición de la Directiva 94/47/CE (contratos para la adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido) –fecha límite: 2003;
- Transposición de las directivas contenidas en el Anexo 1 a la Directiva 98/27/CEE (acciones de cesación) –fecha límite: 2004;
- Transposición de la directiva 98/27/CEE (acciones de cesación) –fecha límite: adhesión (1-01-2007).

Las informaciones publicadas por el MIE no revelan por qué el compromiso de transposición no se refiere a todas o a las principales Directivas comunitarias en materia de consumo. No se entiende cuál es la razón por la cual se han dejado de lado normas importantes, sólo podemos suponer que a la fecha de las negociaciones se consideró suficientemente compatible con el *Acquis* la legislación rumana que ya estaba vigente. Efectivamente, hasta el cierre de las negociaciones, el ordenamiento jurídico rumano conocía regulaciones en materia de publicidad (L. 148/2000), cláusulas abusivas (L. 193/2000), contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Decreto 106/1999), o venta a distancia (Decreto 130/2000). Sin embargo, en mi opinión, tal argumento no es válido o, cuanto menos, no es suficiente para justificar que determinadas Directivas no hayan sido incluidas en el compromiso de transposición al Derecho rumano. Y no lo es, en primer lugar, porque la legislación vigente interna no refleja exactamente la voluntad del legislador comunitario. Tomemos como ejemplo la Directiva 84/450/CEE (publicidad

engañoso) completada con las disposiciones relativas a las condiciones de admisibilidad de la publicidad comparativa: el texto legal interno a la fecha de las negociaciones, no cubría todas las situaciones en las cuales la publicidad comparativa perjudica un competidor. Lo demuestra el hecho de que, en 2003, el Gobierno, a raíz de una recomendación de la Unión Europea, tuvo que adoptar un decreto que corrige el elenco legal vigente, operando de esta manera una correcta transposición de la normativa comunitaria. En segundo lugar debe hacerse notar que, en materia de responsabilidad por productos defectuosos y seguridad general de los productos, no había regulación rumana a la fecha de las negociaciones, a pesar de que, como es sabido, ya entonces existía normativa comunitaria.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS⁵

Hasta la fecha de cierre de las negociaciones para la adhesión, Rumania había dado pasos importantes para adaptarse a los requerimientos de la Unión Europea. Los instrumentos utilizados durante, y posteriormente, al proceso de negociación afectan a los dos principales pilares del sistema jurídico-administrativo rumano: la Administración pública y el poder legislativo.

En general, el grado de compatibilidad con el *Acquis* de la legislación rumana, en lo que a los capítulos cerrados provisionalmente concierne, era superior al 50 por 100 y, para más de la mitad de ellos, la compatibilidad varía entre un 70-90 por 100. El elemento clave de la adaptación legislativa lo representa la reforma constitucional del 2003, pero se tiene que mencionar que, del total de 26 capítulos cerrados provisionalmente, en cinco de ellos la legislación comunitaria ha sido transpuesta íntegramente (*ej.*: libre circulación de capitales), mientras que para los restantes 21, el grado de transposición es superior a 70 por 100 (72 por 100 –protección del consumidor y de la salud; 79,50 por 100 –libre circulación de mercancías; 93,70 por 100 –libre circulación de personas; 83,10 por 100 –empresas pequeñas y medianas), excepto el capítulo dedicado a Política exterior y Seguridad común, cuya armonización se ha realizado con un grado de transposición de más del 50 por 100, aunque es inferior al 70 por 100.

2.1 El estado de la armonización del Derecho de consumo

La protección de los consumidores en Rumania se remota al año 1992 cuando, tras el Decreto Gubernamental núm. 21, se aprobó la normativa general sobre la defensa de los consumidores. Con objetivos ambiciosos (pretendía perseguir el acceso libre de los consumidores a bienes y servicios,

⁵ Los datos contenidos en el presente capítulo se basan en informaciones procedentes de los estudios PAIS elaborados por el Instituto Europeo de Rumania (IER) entre julio 2001 y octubre 2002, de los informes de seguimiento sobre el grado de preparación para la adhesión a la UE ejecutados por la Comisión Europea, y de la *web* del Ministerio Rumano de Integración Europea.

su protección frente a prácticas abusivas, la información completa, la participación de los mismos a las decisiones que les afectasen), sin embargo el decreto no dejó de ser un instrumento insuficiente. He aquí una breve descripción del contenido: establece obligaciones a cargo de los operadores de la cadena de distribución; comprende normas generales relativas al etiquetado de productos y disposiciones sobre los contratos celebrados con consumidores; designa el responsable a nivel administrativo para la protección del consumidor (la Oficina del Consumidor) y prevé las reglas específicas para la constitución de asociaciones de consumidores. No obstante, figuras jurídicas como la publicidad, saneamiento o responsabilidad para productos defectuosos, venían mencionadas a título de principio, sin una regulación, siquiera general, adecuada.

A partir de 2000 comenzó la adaptación legislativa, como preparativo para las negociaciones del capítulo 23⁶. En este sentido, en noviembre de 2000, el Parlamento rumano ya había adoptado una ley de inspiración comunitaria, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores.

En cuanto a las ventas a distancia, la regulación interna existente en el momento de las negociaciones⁷ no era completa y el *Acquis* asumido hasta 30 de junio de 2002 no venía a subsanar esta insuficiencia. Hubo que esperar hasta el año 2004 para que el Gobierno transpusiera mediante decreto⁸ la Directiva 2002/65 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 septiembre 2002, sobre venta a distancia de servicios financieros a los consumidores.

Ya a finales del año 2004 se había operado la transposición integral del *acquis communautaire* asumido en materia de protección a los consumidores. No obstante, en el proceso de adaptación legislativa, Rumania consideraba la transposición de otras normas comunitarias de interés y la adaptación de reglamentos y normativas indispensables para asegurar la compatibilidad de la legislación interna con el acervo. Así, el Ministerio Rumano para la Integración Europea, en su plan de medidas 2005-2006, ha previsto un número elevado de acciones y líneas directrices necesarias para actuar en ese sentido. En términos de transposición y armonización legislativa, se vislumbra la transposición de la recién adoptada Directiva 2005/29/CE (prácticas comerciales abusivas) con fecha límite –septiembre de 2006– (aunque, en la base de datos informatizada del CLR, consultada hasta el momento de dar a imprenta este artículo –octubre 2006– no consta que tal transposición se haya llevado a cabo).

2.2 Mecanismos de armonización del ordenamiento jurídico nacional en materia de protección del consumidor

El proceso de adaptación al *acquis communautaire* en materia de consumo se realiza a través de instrumentos legislativos de transposición de normativa comunitaria, de adopción de medidas que persiguen la sistematización de las normativas de consumo y también a partir de la creación de

⁶ Como ya se ha dicho, las negociaciones al capítulo «Protección del consumidor y de la salud» tuvieron lugar durante la conferencia de 27 de julio de 2001.

⁷ OG 130/2000.

⁸ OG 85/2004.

nuevas instituciones. En relación con esto último, la medida institucional más importante radica en la creación de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor (ANPC), la autoridad administrativa central. Tiene potestades de control del cumplimiento de las disposiciones legales en esta materia y también competencias sancionadoras; soluciona las denuncias administrativas de las asociaciones de consumidores; vigila la legalidad de la publicidad; tiene actividades de información y educación de los consumidores, etc. Como autoridad integradora es responsable del proceso de armonización legislativa y, en el cumplimiento de sus atribuciones, propone al Gobierno proyectos de leyes en materia de protección del consumidor.

En lo que concierne a los instrumentos legislativos, examinaremos brevemente el Código de Consumo (CC), adoptado por el Parlamento rumano mediante la Ley 296/2004, modificada por la Ley 363/2005 (que completa las disposiciones generales relativas al etiquetado de los productos alimenticios). El Código, que entrará en vigor el 1 de enero de 2007, regula las relaciones jurídicas celebradas por entes económicos y consumidores, en relación con la adquisición de bienes y servicios (incluidos los servicios financieros), y se aplica a la comercialización de bienes y servicios destinados a los consumidores, a los contratos celebrados con éstos y a las reglas sobre publicidad de bienes y servicios (salvo la publicidad de los productos y servicios que aparezcan regulados en leyes especiales). Bajo el título «principios básicos de la protección del consumidor», se reúnen cinco preceptos aplicables en los procedimientos administrativos y un principio relativo al tratamiento de bienes fabricados o comercializados en un Estado miembro: *i)* principio de contradicción, *ii)* celeridad, *iii)* proporcionalidad, *iv)* legalidad de las sanciones, *v)* confidencialidad, *vi)* reconocimiento mutuo.

Los diez capítulos del CC contienen reglas generales, que se estructuran alrededor de ámbitos claramente diferenciados: las obligaciones de los entes económicos y los derechos de los consumidores, en dos capítulos distintos; luego, el marco general de la seguridad de los productos; la obligación de informar y educar a los consumidores goza de un capítulo autónomo y, así mismo, las reglas generales sobre publicidad. Un capítulo específico está dedicado a los derechos de los consumidores en la contratación, estableciéndose la prohibición de cláusulas abusivas; otro capítulo es el relativo al marco general de los precios y las tarifas y al deber de indicarlas visiblemente y sin equívoco; se añade, finalmente, el régimen general de la organización de las ONG de los consumidores.

A continuación iremos confrontando algunas normas del Código de Consumo con otras disposiciones legales en materia de consumo, con la finalidad de perfilar la función de la codificación y la eficacia de esta medida legislativa para la sistematización del Derecho de Consumo.

2.2.1 *Ámbito de aplicación y límites*

Las disposiciones del Código se aplican a las relaciones jurídicas creadas entre entes económicos y consumidores en el proceso de comercialización (adquisición) de productos y servicios, y son obligatorias para ambas partes (art. 1, corroborado con art. 6).

Por lo que respecta a la obligatoriedad para los consumidores, la norma carece de efectos, ya que el Código y las leyes de consumo sólo establecen

deberes a cargo de los entes económicos. Pero si aceptáramos que el legislador habrá pensado en aquellas obligaciones virtuales del consumidor, fruto de su consideración como sujeto de derecho *lato sensu*, la regla contenida en el artículo 6⁹ sería criticable por redundante. Sin embargo impide tratar de redundante la norma analizada, la pauta contenida en el artículo 3 del CC:

«[L]as normas de protección al consumidor no deben contener barreras a la libre circulación de mercancías y servicios.»

Esta regla permite pensar que los deberes mencionados (a título genérico) en el artículo 6 también van dirigidos a los consumidores, ya que condiciona la defensa de los mismos a los principios relativos al mercado libre y, por tanto, establece la prioridad de la circulación de bienes y servicios frente a la protección del consumidor. Es decir, se adoptarán normas para la defensa de los consumidores siempre que éstas no impidan el desarrollo del mercado interior. Aunque sólo se refiere al proceso de producción de normas, en realidad la disposición augura que la interpretación y la aplicación de la legislación vigente en materia de consumo deben realizarse en la dirección expuesta, esto es, la de subordinación de la protección del consumidor al fomento de movimientos transfronterizos de mercancías.

2.2.2 Aspectos conceptuales

La terminología de consumo, tal y como venía siendo desde las distintas leyes adoptadas en el proceso de construcción del Derecho de consumo, se caracterizaba, en la mayoría de los casos, por su falta de sistemática (exactamente igual, por otra parte, que el modelo comunitario). Esta carencia se ve parcialmente subsanada por el Código de Consumo, cuyo anexo contiene un listado de definiciones aplicables en materia de protección del consumidor. Aunque no exhaustiva, la enumeración tiene el mérito de iniciar la sistematización terminológica, unificando figuras jurídicas específicas y eliminando, en parte, las confusiones existentes con anterioridad¹⁰.

La intervención más importante se refiere al concepto de *consumidor*. Unificando los términos de consumidor y consumidor final, el legislador rumano adopta la siguiente definición:

«Consumidor/consumidor final: toda persona física o grupo de personas físicas constituidas en asociaciones, que compre, adquiera, utilice o consuma productos o servicios, fuera de su actividad profesional.»

La referencia a las asociaciones no debe entenderse realizada a las asociaciones de consumidores, que en la legislación rumana gozan de personalidad jurídica, sino a otro tipo de asociaciones constituidas conforme a la ley. El legislador ha considerado principalmente las asociaciones de vecinos.

⁹ Artículo 6: «[L]as disposiciones contenidas en el presente Código son obligatorias para todos los consumidores y entes económicos que efectúan actividades de comercio, conforme a la ley».

¹⁰ En realidad, hasta su entrada en vigor (1 de enero de 2007).

La citada definición proviene de la normativa general sobre protección del consumidor¹¹ y de algunos otros textos legales en materia de consumo¹², pero el término «consumidor» conocía definiciones distintas en una serie de leyes de entre las cuales es interesante mencionar las siguientes:

– La Ley 193/2000 sobre cláusulas abusivas (incluía las personas jurídicas):

«[t]oda persona física o grupo de personas representadas por asociaciones y toda persona jurídica que compre, utilice o consuma bienes obtenidos de los vendedores mediante un contrato o que se beneficie de sus servicios.»

– El Decreto gubernamental sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales¹³:

«[t]oda persona física que adquiera y utilice o consuma productos o se beneficie de servicios mediante un contrato celebrado con un comerciante, para un uso ajeno a su actividad profesional.»

El texto era todo él defectuoso: el término «adquiera» ¿se refiere a contratos onerosos o no? De la redacción del texto parece deducirse que sólo en cuanto a servicios se aplica la condición de «uso con un propósito ajeno a la actividad profesional del beneficiario».

Otras definiciones se dan para cada uno de los operadores de la cadena de distribución y para las distintas variantes de comercio (al por mayor, al por menor, *cash and carry*, *comercio en zonas públicas*, *comercio ambulante*); asimismo se esclarecen las diferentes situaciones en que se puede encontrar el producto (*defectuoso*, *reacondicionado*, *de segunda mano*, *falsificado*, *peligroso*, etc.) y se recogen definiciones relativas a servicios y conceptos como el de conformidad, periodo de validez y periodo de garantía.

Si bien las definiciones codificadas traen una mejora terminológica en algunos aspectos, en otros generan serios problemas de interpretación. Así, conforme al artículo 87 CC, las reglamentaciones vigentes en materia de consumo, que no hayan sido comprendidas en el Código, serán recogidas en un anexo al mismo. No está del todo claro, de entrada, cuáles sean las reglamentaciones no comprendidas en el Código. Además, una vez aprobado por ley, el anexo será parte integrante del Código de consumo (conforme a la técnica legislativa rumana). Es decir, todas las disposiciones recogidas en las demás leyes de consumo (o aquellas que el legislador no comprende dentro del articulado del Código) se convertirán en normas codificadas (para distinguirlas del articulado, llamémoslas *disposiciones-anexo*). Por tanto, a falta de una previa intervención con el fin de modificar todas aquellas disposiciones-anexo que se vean afectadas por las definiciones codificadas, la compilación anunciada provocará graves dificultades interpretativas. Ilustrativo, en este sentido, es el análisis realizado en el siguiente capítulo.

¹¹ OG 21/1992, modificada por la Ley 37/2002.

¹² Ej.: OG 130/2000 sobre contratos a distancia, modificada por la Ley 51/3003.

¹³ OG 106/1999.

2.3 Saneamiento en el Código de Consumo y en la Ley 449/2003, sobre productos y garantías

El Código de Consumo rumano, a diferencia de la Ley sobre productos y garantías, distingue entre «productos defectuosos» y «productos no conformes».

En el primer caso, el Código regula el saneamiento absoluto. En este sentido, siempre que haya productos con defectos, los productores y/o los distribuidores están obligados a retirarlos del mercado, sustituirlos o repararlos y, si esto no es posible en un lapso de tiempo razonable (convenido entre el vendedor y el consumidor) y sin que ello suponga inconveniente significativo alguno para el consumidor, a éste se le debe compensar económicamente. Esto quiere decir que, en el caso de los productos defectuosos, la regla es la preservación del contrato; lo que se persigue es el interés legítimo del consumidor de beneficiarse de un producto seguro. La disposición enunciada por el Código es de carácter general y no va acompañada de norma procesal alguna, ni se prevén sanciones en caso de incumplimiento de tales deberes. Ahora bien, se detectan incoherencias entre la responsabilidad regulada por el Código y las disposiciones de la Ley 240/2004 sobre responsabilidad por productos defectuosos (LPD) en lo que concierne al perjuicio. Efectivamente, el Código regula la responsabilidad sobre los gastos que comporta la sustitución, la reparación o restitución del contravalor del bien, con cargo al vendedor; éste puede repercutir contra el productor o el proveedor inmediato en la cadena de distribución. Por el contrario, la LPD establece la responsabilidad directa del productor, lo que hace más difícil al consumidor el ejercicio de la acción cuando éste no tiene representantes legales en Rumania.

Otro inconveniente de la LPD que el Código no subsana es la insuficiencia de instrumentos procesales propios del Derecho de consumo; para compensar al consumidor, la LPD remite a las disposiciones de Derecho común. Asimismo, el Código induce confusión con respecto a los daños morales. La definición que se da en el anexo del mismo sobre «daño» es la siguiente:

«El perjuicio creado al consumidor por el uso de un producto peligroso o defectuoso, tanto como el creado por servicios impropios [...]. El perjuicio puede ser material, el deterioro de la integridad corporal o de la salud, o la pérdida de la vida.»

¿Cubre la definición citada los daños morales, o no? De antemano es importante subrayar que el citado concepto no se aplica exclusivamente a la responsabilidad por productos defectuosos, sino que la noción de perjuicio se proyecta sobre todas las relaciones de consumo. Puesto que los gastos médicos y el coste de las operaciones derivadas del fallecimiento de una persona se circunscriben al perjuicio material, el supuesto de hecho genera dudas con respecto al perjuicio personal no patrimonial inherente a los daños morales. Más bien parece claro que el legislador deja fuera del alcance de la norma el perjuicio representado por el sufrimiento físico en sí, o el daño provocado por situaciones irremediables como el tiempo desperdiciado con el servicio (impropio) contratado. Con esto último quiero aludir a la frecuencia con que, en España, los suministradores de ADSL se demoran inaceptablemente en proveer la conexión Internet a sus beneficiarios o no proporcionan datos exactos para el desistimiento *ad nutum*. Todo el transcurso requerido para solucionar cualquiera de estas situaciones es una alteración anímica del con-

sumidor que constituye un desgaste personal que, además del patrimonial (daño emergente y lucro cesante), debería poder ser resarcido y, por tanto, debería acarrear a la responsabilidad del suministrador.

Al omitir pronunciarse sobre la responsabilidad por daños morales (si no, los hubiera mencionado *expressis verbis*), el Código abandona expresamente la cuestión a la práctica de los tribunales. El tema es sumamente complicado, ya que la LPD señala que las definiciones que ella dicta no impiden la aplicación de las normas vigentes sobre daños morales. La respuesta reside en solucionar otro dilema: ¿Tiene la LPD carácter de ley especial o no? Puesto que la misma ley no lo menciona expresamente (por la fecha de su aprobación resulta que el proceso legislativo ha sido simultáneo con el del Código, lo que hace pertinente tal expectativa), no resulta obvio su carácter especial. Por tanto, en materia de daños por productos peligrosos o con defectos, se aplican las disposiciones del CC que, como hemos visto, no dispone nada con respecto a los daños morales, y, por tanto, se inhibe en favor del Derecho común.

Los aspectos relativos a la conformidad de los productos están regulados tanto en el Código de Consumo como en la Ley sobre Productos y Garantías (LPG), que transpone en el ordenamiento jurídico rumano la Directiva 85/374/EEC. Igual que con los productos defectuosos, el legislador hace una codificación parcial del régimen jurídico de los productos no conformes. A partir del reconocimiento del derecho del consumidor de solicitar la reparación o la sustitución del bien no conforme, el Código exime de deber al vendedor cuando la medida le resulte imposible o desproporcionada, a pesar de que no menciona la manera de proceder en semejante situación, ni tampoco establece las consecuencias para el caso de que el vendedor no reparase (o no sustituyese) el bien. A diferencia del Código, la LPG, aunque anterior al primero, es más completa y, asumiendo el espíritu de la normativa comunitaria, expresa el derecho del consumidor a solicitar la reducción del precio o la resolución del contrato. No obstante, el consumidor no tiene derecho a reducción/resolución si la falta de conformidad es mínima. Aun así, las reglamentaciones relativas a la conformidad de los productos no otorgan protección suficiente al consumidor, ya que la continuación del contrato puede ser decidida, aunque de forma indirecta, por el vendedor. De todos modos, el periodo de garantía es de dos años de la entrega de los productos y el vendedor responde solamente si el consumidor haya invocado la falta de conformidad antes de transcurrirse dos meses desde constatarla. Pero las dos normas coinciden en guardar el silencio sobre la indemnización al consumidor. La reparación del perjuicio es un tema que se abandona a la regulación del Derecho común.

IV. LA COEXISTENCIA ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y EL CÓDIGO DEL CONSUMO Y OTRAS NORMAS

Ninguna de las medidas adoptadas para la transposición del *Aquis* afecta al Código Civil rumano, de manera que, al menos desde un punto de vista puramente formal, no es posible hablar de un proceso de descodificación. Pero, materialmente, lo cierto es que el número elevado de normas promulgadas a lo largo del proceso de adaptación al *Acquis* y sus características permiten pensar que el Derecho civil codificado ya no va a ser de aplicación a todas

las relaciones jurídicas privadas, puesto que los contratos de consumo tendrán su propia regulación en las disposiciones recientemente codificadas. Los principios en que se basan el Código Civil tradicional y el nuevo Código del consumo son distintos: piénsese, por ejemplo, en principios tan contradictorios como el desistimiento *ad nutum* y el principio *pacta sunt servanda*. Con todo, formalmente, el Código Civil rumano continúa siendo «Derecho común» y, por tanto, de aplicación subsidiaria.

El principal efecto de la transposición del *Acquis* en materia de consumo es la creación, en el ordenamiento jurídico nacional, de una nueva rama del Derecho, con autonomía propia (aunque a veces es incompleto e incoherente). Llegados a este punto, y ya para finalizar, conviene preguntarse cuál es el papel actual del Código de Consumo.

El CC no ha derogado expresamente la Ley general sobre la protección del consumidor¹⁴, de manera que ahora ambas normas coexisten, a pesar de que aquél reitera y completa las normas de esta última. Esto aumenta las dificultades con las que se enfrentan los profesionales del derecho al interpretar y aplicar la ley. Además, el contenido muy administrativo y de tipo organizativo, tal y como muestra la estructura del Código de Consumo, hacen pensar en una codificación fracasada del Derecho de consumo, debida a numerosos factores y, entre ellos, el formalismo de la transposición, la metodología caótica e insegura (no se identifica ni con una tradición conservadora, ni con el comportamiento del perfecto Estado cumplidor), o las discrepancias entre las normas y los conceptos de la materia de que en cada caso se trate (aunque, a veces, las discrepancias ya existen en el seno del propio ordenamiento jurídico comunitario).

El afán de comprender las figuras jurídicas más importantes del Derecho de consumo en un documento único es loable pero la aplicación es incompleta. Debido al hecho de no haberse llevado a cabo derogaciones explícitas, se generan incertidumbres a la hora de interpretar las disposiciones comprendidas por las leyes de consumo, en el marco conceptual codificado. Todavía es sancionable el descuido del legislador en lo relativo al concepto de *usuario* que las leyes de consumo mencionan sin concretar.

V. CONCLUSIONES

El Código es una iniciativa positiva para la sistematización *formal* del Derecho interno en materia de protección al consumidor, pero, desde luego, muy mejorable. Destaca, además, la ausencia de protección *real* del consumidor, puesto que, en sus disposiciones generales, el Código establece la subordinación de tal protección a la consecución de la libertad de circulación de mercancías.

¹⁴ OG 21/1992.

Rapports nacionales de Derecho privado europeo, comparado y comunitario

ALEMANIA

MARTIN EBERS*

Bibliografía (2006)

I. DERECHO NACIONAL COMUNITARIZADO

- BODENSTEDT, Kai: *Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie im englischen und deutschen Recht. Die Umsetzung der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz in England und Deutschland*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006. 234 S.
- CETINER, Bilgehan: *Die Sachmängelhaftung des Verkäufers im UN-Kaufrecht und im neuen deutschen Schuldrecht. Eine rechtsvergleichende Studie*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- DONOU, Antonios: *Erfüllung und Nacherfüllung. Das Verhältnis des ursprünglichen Erfüllungsanspruches zum Nachlieferungs- und Nachbesserungsanspruch beim Sachkauf unter besonderer Berücksichtigung von Stückschulden im neuen Schuldrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- JACOBS, Constanze: *Die Sachmängelgewähr im deutschen und belgischen Kaufrecht nach Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- KAUTZ, Ilona: *Schadensersatz im europäischen Datenschutzrecht. Die Umsetzung von Art. 23 der EG-Datenschutzrichtlinie in Großbritannien und Deutschland*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- SANDMANN, Silke: *Umsetzung von Europarecht in Italien. Das La Pergola-Gesetz als Lösung eines langjährigen Problems*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- STORK, Florian: *Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.

II. DERECHO COMPARADO EUROPEO

1. Derecho reales

- DROBNIG, Ulrich; SNIJDERS, Henk J., y ZIPPRO, Erik-Jan (eds.): *Divergences of Property Law. An Obstacle To The Internal Market?*, München, Sellier, 2006.

* Doctor en Derecho y «wissenschaftlicher Assistent» en el «Institut für Internationales Wirtschaftsrecht» de la Universidad de Münster.

- HUBATSCH, Christian: *Der Immobilienerwerb in der Europäischen Union vor dem Hintergrund der Osterweiterung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.
- MARTINSON, Claes: *Transfer of Title Concerning Movables Part III, National Report: Sweden*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- MCGUIRE, Mary-Rose: *Transfer of Title Concerning Movables Part II, National Report: Germany*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- RAINER, Johannes Michael, y FILIP-FRÖSCHL, Johanna (eds.): *Transfer of Title Concerning Movables Part I. Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen in Europa Teil I, Introduction, Estonia, Italy, Poland, Portugal, Scotland, Slovenia, Spain. Einführung, Estland, Italien, Polen, Portugal, Schottland, Slowenien, Spanien*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- SALOMONS, Arthur: *Transfer of Title Concerning Movables Part IV, National Report: The Netherlands*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.

2. Diversos

- BALTHASAR, Stephan: *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht. Eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- BENTELE, Florian: *Gesamtschuld und Erlass. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- BÜTTNER, Benjamin: *Umfang und Grenzen der Dritthaftung von Experten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- NEISES, Reiner: *Die Provision des Immobilienmaklers in Frankreich. Ein Modell für das deutsche und das europäische Recht?*, Baden-Baden, Nomos, 2006.
- PIEKENBROCK, Andreas: *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

III. PRINCIPIOS EUROPEOS

- VON BAR, Christian: *Benevolent Intervention in Another's Affairs. Principles of European Law*, München, Sellier, 2006.
- HESSELINK, Martijn; RUTGERS, Jacobien W.; BUENO DÍAZ, Odavia; SCOTTON, Manola, y VELDMANN, Muriel: *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts, Principles of European Law*, München, Sellier, 2006.
- JELOSCHKE, Christoph: *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München, Sellier 2006.
- RUDOLF, Claudia: *Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen. UN-Abtretungsübereinkommen, UNIDROIT-Factoringübereinkommen, PECL, UNIDROIT-Principles*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

IV. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- BASEDOW, Jürgen, y KONO, Toshiyuki (eds.): *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

- HERGET, Frank Martin: *Die internationale Zuständigkeit im Electronic Commerce in der Europäischen Union*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- KROPHOLLER, Jan: *Internationales Privatrecht. Einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 6. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- RUMOHR, Karl v.: *Grenzübergreifende Fernabsatzverträge im Internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- FLESSNER, Axel, y VERHAGEN, Hendrik: *Assignment in European Private International Law. Claims as property and the European Commission's «Rome I Proposal»*, München, Sellier, 2006.

V. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

- ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Agnes H.: *Der Prozessvergleich im internationalen Verhältnis. Unter besonderer Berücksichtigung anerkennungs- und vollstreckungsrechtlicher Fragen im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr der Schweiz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- BREYER, Michael: *Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses. Das deutsche, englische und amerikanische Prozesskostensystem im Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- KAYSER, Jan: *Alternative Formen gerichtlicher und außergerichtlicher Streitbeilegung im deutschen und französischen Zivilprozess. Les modes alternatifs judiciaires et extrajudiciaires de résolution des conflits en procédure civile allemande et française*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- KLÖCKNER, Ilka: *Grenzüberschreitende Bindung an zivilgerichtliche Präjudizien. Möglichkeiten und Grenzen im Europäischen Rechtsraum und bei staatsvertraglich angelegter Rechtsvereinheitlichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- LYNKER, Thomas: *Der besondere Gerichtsstand am Erfüllungsort in der Brüssel I-Verordnung (Art. 5 Nr. 1 EuGVVO)*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- MITTENZWEI, Eike Christian: *Die Verhinderung von Verfahrenskollisionen nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- NIEROBA, Alice: *Die europäische Rechtshängigkeit nach der EuGVVO [Verordnung (EG) Nr. 44/2001] an der Schnittstelle zum nationalen Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- SACHSE, Kathrin: *Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Prozessrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- SCHUBERT-PANECKA, Katarzyna: *Die Europäisierung des internationalen Zivilverfahrensrechts in Polen. Lugano-Übereinkommen und EuGVO*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.

Legislación

LA ALLGEMEINE GLEICHBEHANDLUNGSGESETZ (LEY DE IGUALDAD DE TRATO)

Precedida de una gran controversia política y con un retraso considerable, finalmente ha sido promulgada en Alemania la ley de transposición de las Directivas europeas de lucha contra la discriminación, en vigor desde el pasado 18 de agosto de 2006 (BGBl I, 1897). La causa de tanta discusión y consiguiente demora en la aprobación de la norma es que ésta va más allá de lo previsto en las Directivas en el ámbito del Derecho privado. A continuación se ofrece una breve presentación de la norma, como continuación de lo que ya se comentó, en esta misma sección de la crónica [3 (2005) ADC], cuando la misma todavía estaba en fase de proyecto.

1. Transposición más allá de las Directivas comunitarias

Con la Ley de igualdad de trato (en la abreviatura alemana, AGG) resultan transpuestas en total cuatro Directivas comunitarias: La Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2002/73/CE, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Todas las normas acabadas de mencionar tratan de suprimir diferentes motivos de discriminación –distintos– en cada Directiva– que, aunque operan en ámbitos y contextos parecidos, no son idénticos. Con todo, la AGG transpone las cuatro Directivas en un único texto. La ley combina el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43/CE –el más amplio– con el catálogo de motivos que no permiten un trato desigual establecido en las otras directivas y prohíbe la discriminación en la oferta de bienes y servicios disponibles para público, no sólo por razones de origen racial o étnico, sino también de sexo, religión, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Estructura de la AGG

En la Parte General (Sección 1), la AGG establece la finalidad y el ámbito de aplicación de la norma y define la noción de trato desigual. El legislador alemán evita la palabra «discriminación» («*Diskriminierung*») y usa el concepto más neutro de «*Benachteiligung*». De este modo se da a entender que cualquiera puede ser tratado de manera diferente, sin que ello entrañe necesariamente una discriminación. La Sección 2 regula la prohibición de discriminación en el ámbito laboral. Luego (Sección 3) se establecen los mecanismos de protección para las personas que sufren un trato discriminatorio en el tráfico jurídico privado. La Sección 4 regula las sanciones y la 5

establece disposiciones aplicables a las relaciones de servicios en el ámbito del Derecho público. Finalmente, la Sección 6 dispone la creación, dentro del Ministerio Federal para la Familia, Ancianos, Mujeres y Niños, de un organismo de lucha contra la discriminación. La normativa de Derecho privado se encuentra repartida a lo largo de las Secciones 1, 3 y 4.

3. Alcance de la norma en el tráfico jurídico privado

1. El § 19.1 AGG prohíbe todo tipo de trato diferenciado basado, directa o indirectamente, en el establecimiento, cumplimiento o extinción de relaciones jurídicas privadas, por razón de raza, origen étnico, sexo, religión o discapacidad, edad o identidad sexual. Por el contrario, no está prohibida lo que en la Directiva 2000/78/CE es discriminación por razón de creencias personales. El precepto citado más arriba sólo se aplica a contratos celebrados en masa y contratos de seguro. Se entiende que un contrato «en masa» es el que se celebra con independencia de la persona y en condiciones parecidas para toda una serie de contratos. En general, el § 19 AGG se está refiriendo a prestaciones ofrecidas por empresarios, no por particulares. 2. La ley dispensa especial protección frente a las discriminaciones por razón de raza u origen étnico en las relaciones obligatorias que tienen por objeto el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y en la oferta de los mismos, incluida la vivienda [§ 19.1 AGG; art. 3.1 *h*) Directiva 2000/43/CE]. 3. El § 19.5, III AGG se refiere a la vivienda: el alquiler esporádico de viviendas no se considera un contrato en masa, supuesto que el arrendador no haya alcanzado un volumen de negocio de más de 50 arrendamientos.

4. Excepciones a la prohibición de discriminación

1. El § 5 AGG contiene una excepción general. El precepto admite un trato diferenciado cuando los perjuicios puedan ser compensados a través de «medidas efectivas y proporcionadas». Según las Directivas, los Estados miembros pueden compensar determinadas discriminaciones mediante el establecimiento o mantenimiento de medidas específicas (art. 5 Directiva 2000/43/CE; art. 7 Directiva 2000/78/CE, y art. 6 Directiva 2004/113/CE). Es dudoso, sin embargo, que los Estados miembros puedan establecer un apoderamiento similar al que hoy puede leerse en la cláusula general del § 5 AGG, cuya aplicación se acaba dejando en manos de los particulares. Según la AGG a éstos corresponde (por tanto, en definitiva, el juez) establecer si existe un perjuicio y qué medidas proporcionadas pueden acordarse para compensarlo. 2. La prohibición de discriminación no rige en el ámbito de las relaciones obligatorias en las que existe una especial proximidad o relación de confianza entre las partes o sus familiares (por ejemplo, relaciones arrendaticias en que las partes del contrato o alguno de sus parientes habiten diferentes apartamentos de un mismo edificio, § 19.5 AGG). 3. Tampoco, cuando existen razones objetivas, por ejemplo, porque el trato no paritario trata de evitar o reducir algún peligro o daño, o proteger la esfera privada, o se establece en aras a la seguridad privada. No se puede alegar discriminación por razón de raza u origen étnico porque la Directiva 2000/43/CE no lo justifica.

5. Sanciones

1. Los perjudicados por una actuación contraria a la prohibición de discriminación pueden interponer acciones de cesación y tendentes a eliminar la situación que causa el perjuicio (§ 21.1 AGG) y reclamar indemnización por los daños patrimoniales y morales causados (§ 21.2, I y III AGG). En el caso de daños patrimoniales, se parte de la existencia de una presunción de culpabilidad. De nuevo es dudoso que esta previsión sea compatible con el Derecho comunitario. En relación con la Directiva 76/207/CEE el TJCE (asunto *C-180/95, Nils Draehmpaehl/Urania Immobilienservice OHG*) afirmó que la exigencia de culpa que entonces venía establecida en el Derecho civil alemán era contraria a la norma comunitaria. La AGG tampoco deja claro si el perjudicado puede exigir que la sanción consista en la contratación forzosa, cuando, precisamente, la discriminación tenga su origen en la negativa a contratar. 2. Cualquier pretensión se debe hacer valer en el plazo de dos meses, salvo que el plazo fuera de imposible observancia sin culpa del perjudicado (§ 21.5 AGG). 3. Las normas sobre carga de la prueba (§ 22 AGG) y los derechos que se conceden a las Asociaciones de lucha contra la discriminación (§ 23 AGG) deberían facilitar la aplicación de la ley.

ESPAÑA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS Y ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO

Bibliografía

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

1. Fuentes del Derecho, ordenamiento jurídico comunitario y jurisprudencia

AAVV: *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 279 pp. ISBN 8447210227.

AAVV: *Integración europea y poder judicial. Ponencias presentadas a las Jornadas celebradas en Bilbao los días 23, 24 y 25 de febrero de 2005*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 2006, 339 pp. ISBN. 8477772983.

AHUMADA RUIZ, Marian: *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Civitas, 2005, 331 pp. ISBN. 8447023303.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Civitas, 2006, 570 pp. ISBN. 8447025810.

BARÓN CRESPO, Enrique: *Constitucionalización del poder legislativo en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2006, 307 pp. ISBN 8447025578.

PASCUA MATEO, Fabio: *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español*, Madrid, Civitas (ed.), 2006, 399 pp. ISBN 8447025829.

* Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en las actividades del Proyecto 2005 SGR00759.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel: *Las fuentes del Derecho en el sistema angloamericano*, México DF., Porrúa, 2005, 281 pp. ISBN. 9700757021.

2. Códigos europeos

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro (coord.): *Código Civil francés/Code civil. Edición bilingüe*, Madrid-Barcelona, 2005, pp. CXXX, 979. ISBN 8497682128.

3. Derecho de la persona y Derecho de familia

AAVV: *Estudios sobre Administraciones Públicas y protección de datos personales. I Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, celebrado el día 2 de noviembre de 2004, en la Sede de la Universidad Carlos III, Madrid, Civitas, 2006, 336 pp. ISBN 8493401129.

AAVV: *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2006, 163 pp. ISBN 8498360722.

ARENAS RAMIRO, Mónica: *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 637 pp. ISBN 848456648X.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (ed.): *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*, Madrid, 2006, 236 pp. ISBN 847850141X.

4. Derecho de contratos

AZPARREN LUCAS, Agustín: *Hacia un Código del Consumidor*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, 860 pp. ISBN 8496518566.

KOZOLCHYK, Borís: *La contratación comercial en el Derecho comparado*, Barcelona, Dykinson, 2006, 522 pp. ISBN 8497728777.

OSORIO SERRANO, Juan Miguel: *Europa y los límites de la autonomía privada*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 2005, 240 pp. ISBN 8433833391.

4. Derecho Registral

RAJOY, Enrique: *La calificación registral en el marco de la Unión Europea*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2005, 188 pp. ISBN 8496347257

5. Derechos humanos y Derechos fundamentales

JIMENA QUESADA, Luis: *Sistema europeo de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2006, 270 pp. ISBN 847879994X.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo: *Vías concurrentes para la protección de los Derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2006, 169 pp. ISBN. 8447025039.

6. Espacio judicial europeo

NOGALES CEJUDO, J. (dir.): *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial (ed.), 2006, 301 pp. ISBN: 8496518434.

PUIG BLANES, Francisco de Paula: *La cooperación judicial civil en la Unión Europea*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2006, 367 pp. ISBN 8496283356.

VIRGÓS SORIANO, Miguel; RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: *Espacio judicial europeo en materia civil y mercantil. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Civitas, 2005, 942 pp. ISBN 8447024822.

7. Derecho mercantil

PÉREZ CARRILLO (coord.): *Estudios sobre Derecho mercantil europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 288 pp. ISBN 8497682092.

Legislación

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO*

Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios

El 31 de marzo de 2006 se presentó en el Congreso de los Diputados el *Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios* (BOCG, VIII Legislatura, Serie A, núm. 83-1). Bajo tal denominación se incluye un conjunto de normas bastante heterogéneas, que ha facilitado que en el *iter* parlamentario se haya aprovechado para introducir preceptos nuevos, que nada o poco tenían que ver con el proyecto inicial. Este modo de legislar resulta en sí mismo criticable, por su falta de rigor y por la inseguridad jurídica que provoca; por lo que ha venido a denominarse de manera muy gráfica «técnica legislativa Pisuerga» (COCA PAYERAS, M., «Aproximación al proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación», *La Notaría*, 2-1998, pp. 37 ss.).

Según se justifica en la Exposición de Motivos, el origen del Proyecto de Ley se encuentra en la STJCE de 9 de septiembre de 2004 (Asunto C-70-2003). En la misma se declaró que el Reino de España había incumplido determinadas obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En concreto, se entendía que España no había adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 5 y al apartado 2.º del artículo 6 de la citada Directiva. Ello justifica, por un lado, la modificación de los artículos 10.2 de la LGDCU y 6 de la LCGC, y por otro, la modificación del artículo 10 bis, ap. 3.º de la LGDCU y del artículo 3 de la LCGC. Las dos cuestiones que se ventilaban en la citada sentencia y que son objeto de modificación son las siguientes:

A) Por lo que se refiere al artículo 5 de la Directiva 93/13, éste determina lo siguiente: «(...) *En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva*». Estos procedimientos que se citan in fine son los relativos a las acciones de cesación. Tanto el artículo 10.2 de la LGDCU como el artículo 6, ap. 2.º de la LCGC consa-

* Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

gran la regla de la interpretación más favorable al consumidor o adherente en cuanto a las cláusulas dudosas u oscuras, sin ninguna matización respecto a si se trata de ejercicio de acciones individuales o colectivas. La modificación proyectada viene a recoger la doctrina del TJCE, para matizar que el principio de interpretación favorable al consumidor sólo se va a aplicar en los supuestos en los que se ejerciten acciones individuales, pero no las colectivas.

Las razones parecen claras: cuando se ejercita una acción individual, referida a un contrato ya celebrado, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente al mismo. En cambio, cuando estamos ante una acción colectiva, lo que se discute es el carácter abusivo de una cláusula que puede ser incluida en contratos que todavía no se han celebrado. En este segundo caso se considera que, para obtener con carácter preventivo un resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, en caso de duda no procede interpretar la cláusula en el sentido de producir efectos favorables para ellos, sino que debe conducir a la prohibición de utilización de dicha cláusula, con la consecuencia directa de una protección más amplia de los consumidores.

B) En cuanto al ap. 2.º del artículo 6 de la Directiva, en él se señala lo siguiente: «*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*». En este punto, el artículo 10 bis, ap. 3.º de la LGDCU se remite a lo previsto en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Por su parte, el artículo 3, ap. 2.º de la LCGC viene a establecer la aplicación de dicha Ley también en los casos de contratos sometidos a legislación extranjera, cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales. El TJCE considera que el artículo 6, ap. 2.º de la Directiva lo que pretende es garantizar la protección de todos los consumidores en todos los contratos celebrados con un profesional, mientras que la normativa española es más restrictiva. Sobre la base de lo anterior el Proyecto de Ley da nueva redacción al núm. 3 del artículo 10 bis de la LGDCU, modificando igualmente el ap. 2.º del artículo 3 de la LCGC.

Hasta aquí llega la modificación impuesta por la STJCE. El resto del Proyecto de Ley, según se afirma en la Exposición de Motivos, se refiere «a diferentes ámbitos, en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficit de protección». El porqué quedan afectados unos ámbitos, y no otros, es algo que no se explica, y desde luego la experiencia (incluida la de los tribunales) abarca muchas otras cuestiones sobre las que no incide el Proyecto de Ley.

Desde un punto de vista sistemático, el Proyecto de Ley tiene sólo tres artículos. El artículo *primero*, dedicado a modificar o introducir nuevos preceptos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El artículo *segundo*, que modifica la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. Y finalmente, el artículo *tercero*, que modifica la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del Contrato de Aparcamiento de Vehículos. Las mayores y más extensas innovaciones se contienen en el artículo *primero*, donde más de veinte artículos de la LGDCU son objeto de modificación o de nueva redacción. Las

modificaciones de la LCGC, recogidas en el artículo *segundo* se reducen a acomodar esta Ley a los dictados de la STJCE de 9 de septiembre de 2004, en el sentido anteriormente visto. En cuanto al artículo *tercero*, en relación al contrato de aparcamiento de vehículos, las modificaciones que se introducen en la Ley 40/2002 son mínimas: se amplía el ámbito de aplicación de esta ley a todas las actividades de estacionamiento realizadas en el marco de una actividad empresarial o profesional; se determinan legalmente los requisitos que debe contener el justificante o resguardo que debe entregar el titular del aparcamiento; y se definen los estacionamientos rotatorios, fijando las formas admisibles de cálculo del precio que debe pagar el consumidor (por minuto, sin posibilidad de redondeos a unidades de tiempo no consumidas o utilizadas efectivamente). Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza se incorporan a la enumeración de cláusulas abusivas de la Disposición adicional primera de la LGDCU, con el número 7 bis, dentro del grupo de las referidas a la «vinculación del contrato a la voluntad del profesional».

Destacado lo anterior, me voy a limitar a dar noticia de las principales innovaciones que pretenden introducirse en la Ley 26/1984, de 19 de julio.

I. La modificación más sustancial de la LGDCU aparece en el nuevo Capítulo VI de la misma (integrado por los arts. 20, 20 bis, 21, 21 bis, 21 ter, 22, 22 bis y 22 ter). Se trata con ello de acomodar la Ley 26/1984 a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación. Debe tenerse presente, por otro lado, que una parte importante del Capítulo VI de la LGDC había quedado afectado por la STC 15/1989, de 26 enero (recursos de inconstitucionalidad acumulados núm. 728/1984, 731/1984 y 735/1984), en el sentido de no ser aplicable a las Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencias sobre defensa y asociaciones de consumidores y usuarios. En este sentido, lo que pretende el Proyecto de Ley es fijar el régimen al que quedan sometidas las asociaciones de consumidores, conforme a la actual distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Para ello se modifica el régimen jurídico de las asociaciones de consumidores de ámbito nacional, así como el de todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad Autónoma. La nueva regulación que se pretende imponer es bastante compleja: se establece el deber de inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores (gestionado por el Instituto Nacional del Consumo) y se refuerzan las obligaciones de transparencia de las asociaciones de consumidores, para asegurar su independencia, especialmente en los supuestos en que participen en sociedades mercantiles.

Directamente relacionada con la nueva redacción del Capítulo VI de la Ley está la modificación de otros preceptos de la misma, que tiene una entidad menor. A título de mero ejemplo, la modificación del artículo 8, dedicado a la oferta, promoción y publicidad, sólo queda retocada en su núm. 3, cuando se alude a las asociaciones de consumidores y usuarios, «*constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley*», en el sentido de estar legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacer cesar la publicidad falsa o engañosa. La modificación se limita a suprimir el inciso resaltado en cursiva que, por otro lado, ya había sido declarado inconstitucional y nulo por la citada STC 15/1989, de 26 enero.

II. Otra de las novedades importantes está relacionada con la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Según el artículo 9.b) de esta Direc-

tiva, para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida, se deben tener en cuenta, entre otras cuestiones, «cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante». El Proyecto de Ley incluye varias disposiciones relacionadas con la mencionada Directiva. El nuevo artículo 12 de la LGDCU es un claro ejemplo, desarrollando extensamente la idea de que en la contratación con consumidores debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato. En este sentido, en los contratos con consumidores se prohíben expresamente las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato. Pero lo que recibe un tratamiento más exhaustivo son los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado. En estos casos se prevé que el consumidor pueda ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados. Además de ello, en estos contratos se debe recoger de manera expresa el procedimiento a través del cual el consumidor puede ejercer su derecho a poner fin al contrato [*vid.*, recientemente las consideraciones de Ebers, M. y Arroyo Amayuelas, E., «“Heininger” y las sanciones sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 9-2006, pp. 407-442].

Esta disposición se complementa con la incorporación en la Disposición adicional primera de la LGDCU de una nueva cláusula 17 bis, dentro del grupo de las referidas a la «*Falta de reciprocidad*». La redacción es tan compleja, que son previsibles bastantes dudas en cuanto a su aplicación práctica. Así, se dice que tendrán el carácter de abusivas: «Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados».

A lo anterior deben añadirse las modificaciones que se introducen en el artículo 10 bis de la LGDCU. A la hora de integrar el contrato, además de reiterarse la remisión al artículo 1258 del Código Civil, se añade ahora una referencia expresa a la buena fe objetiva, para reforzar la posición contractual del consumidor. Además, en la modificación proyectada para el artículo 13 de la LGDCU, se establece la necesidad de que la información precontractual

obligatoria se facilite al consumidor de forma gratuita, sin costes adicionales. Se pretende con ello evitar prácticas lesivas bastante habituales, conforme a las cuales el cumplimiento de las obligaciones legales de los empresarios no sólo suponen costes adicionales a los consumidores, sino una retribución adicional al operador, mediante la utilización de las nuevas tecnologías.

III. Entre las modificaciones de la LGDCU que aparecen *ex novo* tras el Informe de la Ponencia (BOCG, núm. 83-9, de 3 de octubre de 2006), dentro del Capítulo IX, dedicado al régimen de infracciones y sanciones, merece la pena destacar el añadido de un núm. 4 en el artículo 36 del siguiente tenor: «Conforme a lo previsto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, *en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción*, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial». Este texto procede de una enmienda transaccional basada en las enmiendas núm. 2, 16 y 61. Realmente en éstas lo que se pretendía era que la efectiva satisfacción de los daños y perjuicios causados al consumidor fuera una circunstancia atenuante en orden a la graduación de la sanción impuesta. Alguna ley autonómica contempla expresamente esta posibilidad (así, el art. 42.2 de la Ley 11/2002, de 2 diciembre, de Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias). Pero en el Proyecto de Ley se va más allá, previendo que sea la propia Administración, dentro del procedimiento sancionador, la que pueda exigir al infractor una determinada cuantía en concepto de indemnización. Los problemas dogmáticos y prácticos que puede plantear esta solución son evidentes, por lo que el legislador, como no podía ser de otra manera, deja expedita la vía judicial en caso de impago de tal indemnización fijada en vía administrativa.

IV. También procede del Informe de la Ponencia la inclusión en la LGDCU de un nuevo artículo 42 en el que se regulan las funciones de la denominada Conferencia Sectorial de Consumo, integrada por el Ministro de Sanidad y Consumo y los Consejeros competentes en esta materia de las Comunidades Autónomas, como máximo órgano de cooperación institucional del Estado con las Comunidades. Dichas funciones son un tanto ambiguas. Lo más destacable es lo previsto en la Disposición final sexta, relativa al sistema arbitral de consumo (de acuerdo con el texto remitido al Senado). Se prevé en la misma que, en el plazo de un año, el Gobierno, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dicte una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, en la que se incluya también el arbitraje virtual.

Todo lo relativo al arbitraje es objeto de varias modificaciones en la LGDCU. Ya en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se destaca la poca efectividad del artículo 10.4 de la Ley para prevenir la imposición al consumidor de arbitrajes distintos del Sistema Arbitral de Consumo. En consecuencia, se suprime el núm. 4 del artículo 10 y se reconduce la regulación al núm. 4 del artículo 31, donde se prevé que los convenios arbitrales con consumidores, distintos del arbitraje de consumo, sólo pueden pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales crea-

dos por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en este precepto se consideran nulos.

V. De orden menor son otras innovaciones, como la incluida en el nuevo artículo 6 bis LGDCU, donde se establece la posibilidad de adoptar por las Administraciones Públicas una serie de medidas ante situaciones de riesgo para la salud, incluida la intervención directa sobre las cosas y la compulsión directa sobre las personas. Creo que el contenido de este nuevo precepto debería haberse colocado sistemáticamente después del artículo 5, dedicado a la salud e integridad física de los consumidores y usuarios. En cualquier caso, sorprende que no exista ninguna referencia expresa a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública, así como a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que se remite expresamente a la anterior.

VI. Otra de las «novedades», finalmente, con las que nos sorprende el legislador (no contemplada en el Proyecto de Ley inicial, y que aparece también tras el Informe de la Ponencia), es la previsión contenida en la nueva Disposición final cuarta bis, que pasa a ser Disposición final quinta en el texto que se remite al Senado después de la Aprobación por la Comisión con competencia legislativa plena (BOCG, núm. 83-11, de 17 de octubre de 2006). Según la misma: «*Se habilita al Gobierno para que en el plazo de doce meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*». Debe recordarse que literalmente ya se incluye el mismo texto en la Disposición final cuarta de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. La única diferencia se encuentra en que entonces la habilitación al Gobierno para refundir tenía una duración de tres años (la Ley se publicó en el BOE de 11 de julio de 2003 y entró en vigor a los dos meses de su publicación), plazo que ya ha transcurrido con creces. El tenor literal del contenido de la habilitación es ahora idéntico al de la Ley 23/2003. Con la nueva Disposición final del Proyecto de Ley se dan alas al Gobierno para incumplir a voluntad el mandato de las Cortes Generales, disfrazando con una nueva delegación legislativa lo que no es sino un incumplimiento palmario de la anterior.

Debe notarse, no obstante, que la autorización para refundir no determina con exactitud el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación. Resulta bastante ambigua la referencia a la Ley 26/1984, y a *las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella*. Con ello se corre el peligro de dejar fuera del futuro texto refundido algunas de estas normas de trasposición, como ha ocurrido en Italia con el Código de Consumo, aprobado por Decreto Legislativo núm. 206, de 6 de septiembre de 2005, en el que no se incluyen determinados aspectos relativos a las ventas a domicilio, al crédito al consumo, a los contratos a distancia y al comercio electrónico.

Por otro lado, la autorización para refundir del Proyecto de Ley es la más amplia posible pues, de acuerdo con el artículo 82.5 de la Constitución, no se circunscribe a la mera formulación de un texto único, sino que incluye la de *regularizar, aclarar y armonizar* los textos legales que han de ser refundidos.

La nueva Disposición final es fiel al texto de la Constitución en este punto, pero lo que también viene a poner de relieve es que en 2003 el legislador fue ya consciente de que desde hace tiempo nuestra legislación sobre consumidores es obscura (hace falta aclararla), y no está armonizada. Y así seguimos, mientras el legislador se dedica a la cómoda y fácil tarea de hacer una Ley nueva por cada Directiva que hay que transponer (desarmonizando y añadiendo más obscuridad a la situación), a lo que se añade que la mayor parte de las veces se limita a reiterar literalmente el contenido de las Directivas, copia literal que se hace casi siempre, sin ningún rubor, fuera ya del plazo para transponer el texto al Derecho interno. Habrá que estar muy atentos a este futuro texto refundido. Por destacar una única cuestión, en la versión que se ha hecho circular extraoficialmente, a la que seguidamente aludiré, se empieza modificando el concepto de consumidor que hasta ahora recoge la LGDCU en su artículo 1.2. Sigue refiriéndose a personas tanto físicas como *jurídicas*, pero ya no se trata de los que «adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones...», sino que pasa hablarse de los que «actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional», lo que se acomoda mejor a lo previsto en diversas Directivas comunitarias.

En todo caso, a la hora de «refundir» urge plantear el debate sobre el modelo a seguir, especialmente en lo relativo a los contratos con consumidores [sobre el tema, entre otros, ALPA, G., *Il Diritto dei Consumatori*, Ed. Laterza, Roma, 2002, *passim*; ALBIEZ DORMANN, K.J., «La integración del Derecho de consumo contractual en el Código Civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo más?», en *Estudios en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003; Díez-Picazo, L., «Contratos de Consumo y Derecho de Contratos», *ADC*, 2006-1, pp. 11 ss.]. Se trata de decidir si lo que se quiere hacer es un Código de Consumo a la italiana, como un Derecho fragmentario de carácter especial, en el que han ido a parar algunas de las disposiciones contenidas en el *Codice civile*, en concreto los artículos 1519 bis a 1519 nonies, dedicados a la venta de bienes de consumo (en esta misma línea, en el vecino Portugal se ha dado publicidad recientemente a un Anteproyecto de *Código do Consumidor*, con más de setecientos artículos); o bien si es preferible insertar lo referente a los contratos de consumo en el Código Civil, como se ha hecho en Alemania.

En el caso de España, según se nos anuncia en la revista *Noticias* del Instituto Nacional de Consumo, de mayo de 2006 (<http://www.consumo-inc.es/revista/mayo/principal.htm>), existe actualmente un borrador para cuya elaboración se constituyó un grupo de trabajo en el que participaron representantes de los Ministerios de Sanidad y Consumo, Justicia (incluidos dos representantes de la Comisión General de Codificación), Industria, Turismo y Comercio y Economía y Hacienda. En dicho borrador se recoge tanto la regulación de Derecho público contenida en la Ley 26/1984, de 19 de julio, como la regulación general de los contratos con consumidores. No obstante, si se atiende a la Disposición derogatoria se llega a la conclusión de que la refundición es parcial, ya que afecta únicamente a la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y Usuarios; la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, y finalmente, en cuanto a la Ley 7/1996,

de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, la derogación sólo afecta al artículo 48 y a la Disposición final única

En el fondo, lo que se pretende es seguir el modelo francés de *Code de la Consommation*, por su mayor flexibilidad, para posibilitar la incorporación armónica de futuras y previsibles modificaciones ya se refieran a preceptos aislados, o a completos regímenes jurídicos sin afectar a la estructura y armonía final del texto en que se integran. En esta denominada codificación *à droit constant*, lo que se pretende es reunir y ordenar las normas existentes sin crear reglas nuevas, de modo que las disposiciones codificadas sustituyen por completo las dispersas leyes anteriores relativas a la materia de que se trate [OPPÉTIT, B., «De la codification», en BEIGNIER, B. (Dir.), *La codification*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 7 ss.; y en España, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 64 ss.]. Estas materias no son en Francia los grandes campos del Derecho (civil, mercantil, penal, procesal) de la codificación tradicional, sino sectores más específicos (consumo, propiedad intelectual, derecho rural) que por esta vía se dotan de una cierta individualidad. Con este método se puede conseguir un mejor conocimiento y accesibilidad de las normas vigentes y, a la larga, contribuir a la depuración del ordenamiento en la medida en que el propio proceso de selección sirve para detectar las lagunas y las incoherencias de la normativa sobre consumidores.

FRANCIA

ELISE POILLOT y CYRIL NOURISSAT

Bibliografía

ELISE POILLOT*

1. Códigos

CACHARD, O: *Code maritime, droit international et droits européens*, Larcier, 2006.

2. Derecho comparado y Derecho internacional privado

ANCEL, B., y LEQUETTE, Ancel: *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2006⁵.

BONOMI, Andrea, y STEINER, Marco: *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et droit international privé*, Gèneve, Librairie Droz, 2006.

3. Derecho institucional de la Unión europea

AUER, A., y CADOU, C.: *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Paris, LGDJ 2006.

* Maître de Conférences de la Université Lyon 3. Directrice Adjointe de l'Institut de Droit Comparé Edouard Lambert.

- CONSTANTINESCO, L. J.: *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- BEAUCHESNE, B.: *La construction européenne*, Ellipses, 2006.
- BILLARD, J. N.: *Droit du contentieux communautaire*, Ellipses, coll. Université-Droit, 2006.
- CARTOU, L.; CLERGERIE, J. L.; GRUBER, A, y RAMBAUD, P.: *L'union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 2006.
- JACQUÉ, J. P.: *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Cours, 2006.
- ZARKA, J. C.: *L'essentiel des institutions communautaires*, Gualino éd., coll. Les carrés, 2006.

4. **Derecho contractual comunitario**

- AUBERT DE VINCELLES, C., y ROCHFELD, J (dir.): *L'Acquis communautaire, Les sanctions de l'inexécution du contrat*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2006.
- POILLOT, E.: *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Préface de P. de Vareilles-Sommières, bibliothèque de droit privé, Tome 463, LGDJ, 2006.

6. **Derechos humanos**

- CARILLON, A.: *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- LAZAUD, F.: *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006.
- MILANO, L.: *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Préface de F. Sudre, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, Tome 57, 2006.

7. **Otros**

- ASCENSIO, H.; LAMBERT ABDELGAWAD, E., y SOREL, J. M.: *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, 2006
- BERR, C. J., y TRÉMEAU, H.: *Le droit douanier, communautaire et national*, Paris, Economica, 2006.
- CLERGERIE, J. L.: *Politiques communes de l'Union européenne*, Ellipses, coll. Mise au point, 2006.
- DRUESNE, G.: *Droit de l'Union européenne et politiques fondamentales*, Paris, PUF, 2006.
- BERR, C. J, y TRÉMEAU, H.: *Le droit douanier, communautaire et national*, Paris, Economica, 2006.
- FAUVARQUE-COSSON, B, y PATRIS-GODECHOT, S.: *Le Code civil face à son destin*, La documentation française, 2006
- HENRION, H.: *La nature juridique de la présomption d'innocence, comparaison franco-allemande*, Faculté de droit de Montpellier, coll. Thèses, 2006.
- ISIDORO, I.: *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*, Préface de P. Dévolvé, bibliothèque de droit public Tome 242, LGDJ, 2006.

RAIMBAULT, Ph. (dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006.

Variii auctores, *Quelles valeurs pour l'Union européenne, Les entretiens européens d'Épernay*, La documentation française, 2006.

Legislación y Jurisprudencia

CYRIL NOURISSAT*

Algunos aspectos de la transposición en Francia de la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de ciertos aspectos del Derecho de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información

Con un innegable retraso –¿desde la perspectiva francesa es eso acaso una sorpresa?– ha sido incorporada en el Derecho francés la Directiva sobre armonización de ciertos aspectos del Derecho de autor y de los Derechos afines en la sociedad de la información (*DOCE* L 167, de 22 de junio de 2001, 10), lo que ha dado lugar a la promulgación de la Loi núm. 2006-961, de 1 de agosto de 2006, *relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* (JORF, de 3 agosto de 2006, 11529).

No se trata ahora de analizar el contenido de esta ley, que, por otra parte, ya ha merecido numerosos y autorizados comentarios, señalándose en todos ellos la gran modificación que resulta para el Derecho de autor, de los intérpretes y de los productores y, sobre todo, la gran cantidad de nuevos conceptos que el Derecho francés está llamado a integrar en su acervo y que, para algunos, se traduce en la introducción del modelo del *copyright* (así, por ejemplo, D. Velardocchio, «Réforme du droit d'auteur et autres évolutions sous l'influence européenne», *Droit & Patrimoine*, núm. 152, octubre de 2006, 102 ss). Más bien se tratará ahora de otros aspectos. La norma –muy discutida, con debates largos y fructíferos– fue llevada ante el *Conseil constitutionnel* tan pronto como fue adoptada y, desde finales del mes de julio de 2006, se cuenta ya con su sentencia (*Conseil Constitutionnel*, 27 de julio de 2006, núm. 2006-540 DC, JORF, de 3 de agosto de 2006, 11541). El Tribunal censura ciertos artículos de la ley, pero también establece ciertas reservas en su interpretación, por lo demás haciendo uso de una técnica que le es muy familiar. Recordemos ahora que el juez constitucional no sólo puede censurar –total o parcialmente– las disposiciones que se someten a su consideración, sino que también puede emitir ciertas reservas a propósito de su interpretación, esto es, puede decir que tal o cual artículo no puede y no debe ser interpretado más que según la propuesta que el propio Tribunal establece. Para dar un ejemplo concreto, que versa sobre la interacción de los artículos 13 y 14 de la ley, el Tribunal deja claro que:

«La référence faite par l'article 13 au respect du "droit d'auteur" doit s'entendre, compte tenu du contexte dans lequel elle s'insère, comme renvoyant également au respect des droits voisins du droit

* Prof. Agrégé des Facultés de Droit de l'Université Lyon 3.

d'auteur; que, sous cette réserve, l'article 13 n'est pas manifestement incompatible avec la directive du 22 mai 2001 susvisée.»

Más allá del caso particular que se analiza, esta decisión de 27 de julio es importante porque parece que, por primera vez, el Tribunal proporciona una explicación clara de cuál es la función que le corresponde en los supuestos de transposición de directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico nacional. Es conveniente reproducir sus propias palabras:

«En ce qui concerne les obligations propres à une loi de transposition:

16. Considérant que le titre Ier de la loi déferée a pour objet de transposer la directive du 22 mai 2001 susvisée sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information;

17. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution: "La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences"; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle;

18. Considérant qu'il appartient par suite au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence; que, toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite;

19. Considérant, en premier lieu, que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti;

20. Considérant, en second lieu, que, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel.»

En otras palabras, los jueces declaran ser los encargados de velar por y controlar la correcta transposición de las directivas por parte del legislador nacional. Pero, sobre todo, el propio Tribunal Constitucional asume el encargo de un control *prima facie*, limitado al examen –y a la eventual censura– de las «*disposition[s] législative[s] manifestement incompatible[s]*».

En este punto, la decisión no hace sino confirmar –y quizás fijar definitivamente– una tendencia iniciada hace ya algunos años y desarrollada poste-

riormente en la jurisprudencia. Así, en la sentencia (*Conseil Constitutionnel*, de 10 de junio de 2004, núm. 2004-496 DC, JORF de 22 de junio de 2004, 11182) sobre la ley de comercio electrónico (*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*), el Tribunal afirmaba que:

«La transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution.»

Siguieron a ésta otras decisiones en la misma línea que, por cierto, no concluyeron poniendo de manifiesto la existencia de un principio de contradicción entre el texto de la Directiva y una norma de la Constitución.

Por el contrario, otras veces el mismo Tribunal Constitucional ha recordado firmemente los límites de su misión. Lo ha hecho, por ejemplo, en la sentencia relativa a la *Loi pour l'égalité des chances* (*Conseil Constitutionnel*, de 30 de marzo de 2006, núm. 2006-535 DC, JORF de 2 de abril de 2006, 4964):

«Si la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une directive communautaire qu'elle n'a pas pour objet de transposer en droit interne.»

En suma, el Tribunal Constitucional es el guardián de la «efectiva transposición» de las Directivas, pero no de la conformidad de las leyes a tales Directivas.

Al basarse en los términos precisos del artículo 88.1 de la Constitución francesa, el Tribunal juzga que la transposición del Derecho comunitario en el Derecho interno constituye una exigencia constitucional. Sin embargo, el mismo Tribunal ha establecido que su control está sometido a dos límites. El primero se refiere al alcance de la exigencia constitucional de transposición de las Directivas. En ciertos casos, ésta no vincula al legislador. Es así cuando los objetivos de la Directiva son contrarios al bloque de constitucionalidad, ya que, evidentemente, la transposición de la norma comunitaria no puede cuestionar una regla o principio del orden constitucional de la nación. Puede pensarse que se está ante una hipótesis rara, pero, en todo caso, es necesario preservar tal posibilidad. El episodio alemán relativo a la «transposición» de la decisión-marco sobre la orden de detención europea ¡desde luego incita a la prudencia!

El segundo límite resulta de las modalidades del control de constitucionalidad, tal y como hoy se regula en Francia. Efectivamente, el Tribunal Constitucional ejerce un control *a priori*, es decir, antes de la promulgación de la norma. Por consiguiente, se debe pronunciar en un período muy breve: un mes. En un plazo tan corto, pues, el Tribunal no está en condiciones de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ni tampoco, aunque lo hiciera, podría obtener en ese plazo una respuesta. Además es imposible que el Tribunal pueda detectar con seguridad todos los errores susceptibles de haber sido cometidos por el legislador a la hora de transponer la Directiva. De esta manera puede comprenderse que no decida sancionar más que las normas que sean «manifiestamente» incom-

patibles con la Directiva transpuesta. El control que ejerce se limita al simple error manifiesto de transposición.

Tales precisiones, realizadas, precisamente, a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional del pasado 27 de julio de 2006, sugieren una reflexión. En tal decisión relativa a la ley sobre el derecho de autor, el Tribunal concluye que no existe «error manifiesto de transposición». No debe entenderse, sin embargo, que ello proporciona un *satisfecit* definitivo al legislador en términos de conformidad de la ley examinada al Derecho comunitario. Todavía cabe explorar en el círculo de los «errores sutiles», por oposición a los errores manifiestos. Y tal control puede ser ejercido tanto por la Comisión Europea como por las jurisdicciones nacionales, todo siempre bajo la cobertura de la jurisdicción comunitaria. Por un lado, el procedimiento de infracción por falta de o de incorrecta transposición y, por el otro, la invocación por el ciudadano, ante el juez nacional, de la no inclusión de la norma comunitaria en el ordenamiento jurídico francés, son otros mecanismos que todavía posibilitan un pronunciamiento sobre la conformidad de la ley de transposición a la Directiva comunitaria. En cualquier caso, la jurisdicción ordinaria continúa pudiendo recurrir al Tribunal de Justicia europeo para interponer cuestión prejudicial.

No puede negarse, con todo, que el camino que ha decidido seguir el Tribunal Constitucional contribuye a una mejor aculturación del Derecho comunitario en el Derecho nacional. Eso merecía ser señalado. Y, además, merece ser apoyado.

GRAN BRETAÑA

ALEXANDRA BRAUN*

Bibliografía (2006)

I. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

ARNULL, Anthony: *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

HAMMER, ULF, y ROGGENKAMP, Martha (eds.): *European Energy Law Report III. Energy & Law*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.

HERVEY, Tamara, y KENNER, Jeff (eds.): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.

HESSELINK, Martijn W.; RUTGERS, Jacobien W.; DIAZ, Odavia Bueno; SCOTTON, Manola, y VELDMAN, Murial: *Principles of European Law. Commercial Agency, Franchise, and Distribution Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

LLEWELYN, Margaret, y ADCOCK, Mike: *European Plant Intellectual Property*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.

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

- MCGLYNN, Clare: *Families and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- WAHL, Nils, y CRAMÉR, Per (eds.): *Swedish Studies in European Law*, Volume 1, 2006, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.
- WALKER, Neil (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.

II. DERECHO COMPARADO

- BELL, John: *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- BURROWS, Andrew, y RODGER, Alan (eds.), *Mapping the Law. Essays in Honour of Peter Birks*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- GORDLEY, James, y VON MEHREN, Arthur Taylor, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Legislación (2005-2006)

1. *Medicines (Advertising Amendments) Regulations 2005, S. I., número 2005/2787*

La norma transpone la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano y la Directiva 2004/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, en lo que se refiere a los medicamentos tradicionales a base de plantas, en la medida en que tales directivas afectan a la publicidad.

El citado Reglamento, en vigor el 30 de octubre de 2005, modifica el *Medicines (Advertising) Regulations 1994* (la principal norma en esta materia) y elimina tanto la prohibición de hacer publicidad de medicamentos contra determinadas enfermedades (arts. 5 e 14) como la de mencionar la concesión de una autorización para la comercialización en la publicidad de medicamentos (art. 6). Además introduce cambios en la formulación del artículo 11, relativo a la hospitalidad durante eventos promocionales de medicinas, y admite ciertas alternativas al uso del nombre de productos en los anuncios publicitarios (arts. 7 y 10).

2. *Consumer Protection (Distance Selling) (Amendment) Regulations 2005, S.I., núm. 2005/689*

La norma entró en vigor el pasado 6 de abril de 2005 y modifica el *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000* (S. I., núm. 2000/2334) (la norma principal en la materia). Ambas normas son el resultado de la transposición parcial de la Directiva 97/7/EC del Parlamento Europeo y del Consejo.

jo, de 20 de mayo de 1997, sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que se aplican a ciertos contratos sobre bienes o servicios entre un proveedor y un consumidor, en el ámbito de un sistema de venta o de prestación de servicios exclusivamente a distancia (los «*distance contracts*»). El reglamento principal en esta materia atribuye al consumidor el derecho de rescindir el contrato a distancia a lo largo del llamado «*cooling off period*» (periodo de reflexión), cuya duración empieza a contar a partir del momento en el que el proveedor proporciona la información por escrito.

Los cambios introducidos con el *Consumer Protection (Distance Selling) (Amendment) Regulations 2005* afectan en particular a las disposiciones 8, 12 y 13 del *Distance Selling Regulations 2000* y se refieren principalmente al proveedor cuya prestación de servicios tiene lugar inmediatamente tras la conclusión del contrato. Las novedades introducidas afectan al tipo de información que debe ser comunicada por escrito (o en otro soporte duradero) al consumidor tras la conclusión del contrato, así como la tempestividad con la que debe ser proporcionada y la duración del periodo de reflexión.

El artículo 8 ha sido modificado de tal manera que antes de la estipulación de un contrato de servicios, el proveedor ya no está obligado a informar al consumidor del hecho de que no podrá rescindir el contrato una vez que, tras su consentimiento, haya empezado a suministrarse el servicio. Por el contrario, en casos parecidos, el proveedor deberá proporcionar al consumidor información sobre el derecho de desistimiento que le corresponda, siempre que acepte que la ejecución de la prestación tenga lugar siete días laborables tras la conclusión del contrato. Tales informaciones se deben proporcionar previamente o, en tiempo útil (para el consumidor), durante la ejecución del contrato.

Los artículos 12 y 13 han sido reformados de la manera siguiente:

a) si el proveedor de un servicio proporciona la información prevista en el artículo 8 antes de que se haya iniciado la prestación de tal servicio, y el consumidor consiente que la prestación tenga lugar antes del transcurso del período de reflexión, entonces no tendrá derecho de desistimiento; y

b) si el proveedor suministra la información en tiempo útil durante la ejecución de la prestación del servicio, el consumidor tendrá derecho de desistimiento incluso si ha consentido que la ejecución de la prestación comience dentro de los siete días laborales posteriores a la conclusión del contrato; pero entonces el periodo de reflexión comienza a partir del momento en que el consumidor recibe la información y se acaba siete días laborales después, o bien cuando se ha cumplido completamente la prestación.

En lo que concierne a los contratos cuyo objeto son bienes, el *Amendment Regulations* no introduce cambios. Por lo tanto, el derecho de desistimiento empieza a contar a partir del momento en que el contrato ha sido concluido y acaba siete días después de la entrega del mismo, siempre que el proveedor proporcione la información por escrito (u otro soporte duradero) en el mismo momento de la entrega de las mercancías.

3. *Miscellaneous Food Additives (Amendment) (England) Regulations 2005, S. I., núm. 2005/1099*

Es el resultado de la transposición de la Directiva 2003/114 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, que modifica la Directiva 95/2/CE, relativa a los aditivos alimenticios, otros que colorantes y

edulcorantes. El ámbito de vigencia de tal reglamento se limita al Reino de Inglaterra y modifica el *Miscellaneous Food Additives Regulations 1995* (S. I., núm. 1995/3187).

4. ***Takeovers Directive (Interim Implementation) Regulations 2006, S. I., núm. 2006/1183***

La norma resulta de la transposición de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, en relación con las ofertas públicas de adquisiciones. Entró en vigor el pasado mayo de 2006, pero quedará totalmente derogado tras la entrada en vigor de la normativa sobre oferta pública de adquisiciones contenida en la *Company Law Reform Bill*.

5. ***Intellectual Property (Enforcement, etc.) Regulations 2006, S. I., núm. 2006/1028***

Fruto de la transposición de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. La norma está en vigor desde el pasado 29 de abril de 2006, y ha introducido una serie de modificaciones en el ámbito de la propiedad intelectual, además de provocar algún cambio en el *Registered Designs Act 1949* y en el Derecho procesal civil.

ITALIA

S. TROIANO, G. BISSAZA, B. PASA

Bibliografía de Derecho Europeo

A) **Noticias Breves** (G. Bisazza*, S. Troiano**)

IORIATTI FERRARI, E: *Codice Civile Europeo*, Padova, Cedam, 2006.

El libro afronta el debate que en los últimos tiempos tanto ha apasionado a la doctrina civilística europea en cuanto a la oportunidad de dotar a Europa de un Código Civil, como modelo e instrumento para la armonización y uniformización del sistema de Derecho privado de los Estados miembros.

D'ARRIGO, R: *La responsabilità del produttore. Profili dottrinali e giurisprudenziali dell'esperienza italiana*, Milano, Giuffrè, 2006.

El autor analiza la disciplina que regula las relaciones entre consumidores y productores de bienes de consumo y contrasta y compara las reglas contenidas a estos efectos, respectivamente, en el nuevo *Codice del Consumo* (d. lgs. 206/2005) y en el D.P.R. 224/1988.

* Dottore di ricerca y Ayudante en la Catedra de Derecho Civil de la Università degli Studi di Verona.

** Prof. Straordinario di Diritto Civile de la Università degli Studi di Verona.

DE CRISTOFARO, G.: «Il Codice del consumo», en: *Le Nuove Leggi civili commentate*, 2006, 747 ss.

Se trata de un comentario profundo a la nueva disciplina introducida en el ordenamiento jurídico italiano por el d. lgs. de 6 de septiembre de 2005, núm. 206 (*Codice del Consumo*): en una primera parte, que tiene carácter general, relativa a las características, a la estructura y a los contenidos del *Codice del consumo*, sigue una segunda parte en la que de modo específico y con perfil crítico, se tratan las principales novedades introducidas por la nueva normativa.

DIURNI, A, y HENRICH, D: *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Milano, Giuffrè, 2006.

Se trata de una introducción a la comparación, que delinea los perfiles de diversos recorridos desde el punto de vista metodológico, histórico, estilístico y de Derecho positivo. El panorama jurídico europeo se presenta con su incesante dinamismo y se pone de relieve las tendencias actuales y las novedades legislativas más recientes, entre las cuales debe contarse con la modernización del libro de las obligaciones del Código Civil alemán de 2002 y el anteproyecto de reforma del Derecho de las obligaciones francés de 2005. Con todo, la atención se centra especialmente en los sistemas jurídicos inglés, francés y alemán, que siempre constituyen modelos de referencia, el Derecho comunitario y los intentos de elaboración de reglas uniformes también son considerados componentes imprescindibles en el estudio del panorama europeo.

B) Otros (B. Pasa)*

ALPA Guido: *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, Laterza, 2006.

BRIGANTI, Giuseppe: *Guida al codice del consumo: la tutela del consumatore tra nuove frontiere e vecchi confini*, Roma, CieRe, 2006.

FEBBRAJO, Tommaso: *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

LISI, Andrea (a cura di), *I contratti di internet: sottoscrizione, nuovi contratti, tutela del consumatore, privacy e mezzi di pagamento*, Torino, UTET giuridica, 2006

KÖTZ, Hein, y PATTI, Salvatore: *Diritto europeo dei contratti* (trad. Sabine Buchberger), Milano, Giuffrè, 2006.

MORELATO, Elisa: *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, Cedam, 2006.

CALVO, Roberto: *I contratti del consumatore*, Padova, Cedam, 2005.

CHERUBINI, Maria Carla: *Tutela del contraente debole nella formazione del consenso*, Torino, Giappichelli, 2005.

GABRIELLI, Enrico, y MINERVINI, Enrico: *Icontratti dei consumatori*, in: *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 2005.

GRECO, Fernando: *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, Jovene, 2005.

IURILLI, Cristiano (a cura di): *Manuale di diritto dei consumatori*, Torino, Giappichelli, 2005.

MANCALEONI, Anna Maria: *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli, Jovene, 2005.

SICCHIERO, Gianluca: *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2005.

* Ricercatore di Diritto comparato. Prof. Aggregato Università degli Studi di Torino.

VETTORI, Giuseppe: *Diritto dei contratti e «costituzione» europea: regole e principi ordinanti*, Milano, Giuffrè, 2005.

Bibliografía de Derecho Comparado

B. PASA

- AMATO, Cristina, y PONZANELLI, Giulio: *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica* (17.º Colloquio biennale Associazione italiana di diritto comparato, Brescia, 12-14 maggio 2005), Giappichelli, Torino, 2006.
- ANCESCHI, Alessio: *La famiglia nel Diritto privato internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006.
- BRAUN, Alexandra: *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- CASO, Roberto: *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi*, Trento, Università di Trento, Quaderni del Dip. Scienze Giurid., 2006.
- COOTER, Robert; MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe; PARDOLESI, Roberto, y ULEN, Thomas: *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile* [volumen 1] – *Fondamenti; Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile* [volumen 2] – *Applicazioni*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- D'ANGELO, Antonino: *L'errore senza rimedio. La trama di un dialogo fra Common Law e Civil Law in tema di ignorantia iuris, pagamento indebito e difesa dello status quo*, Milano, Giuffrè, 2006.
- DE FRANCHIS, Francesco: *Il diritto comparato dopo la riforma. Lezioni e appunti di una ricerca per l'insegnamento*, Milano, Giuffrè, 2006.
- GALGANO, Francesco: *Istituzioni di diritto privato. Con tavole di comparazione giuridica*, Padova, Cedam, 2006.
- MONATERI, P. Giuseppe, *Pensare il diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2006.

Legislación

G. BISAZZA

Ley núm. 173, de 17 de agosto de 2005, sobre disciplina de la venta directa a domicilio y tutela del consumidor en las ventas piramidales

El 17 de septiembre de 2005 entró en vigor la Ley núm. 173, de 17 de agosto de 2005, sobre la disciplina de la venta directa a domicilio y tutela del consumidor en las ventas piramidales (publicada en la *G.U.* núm. 204, de 2 de septiembre de 2005).

El *iter* que ha llevado a la promulgación de la ley en cuestión trae causa de una doble constatación: por un lado, que, en Italia, en los últimos años, se ha asistido a un cada vez más creciente desarrollo del volumen de negocios generado por el fenómeno de las ventas directas y, en particular, del llamado *multilevel marketing* –sobre el que en seguida volveremos–, que constituye un método específico, en sí mismo, lícito, mediante el cual se actúa el fenómeno ahora referido. Por otro lado, que el éxito de las ventas directas ha

ocasionado que, tras el paraguas que proporciona tal forma de venta, hayan proliferado otras formas de ventas, de carácter turbio, estas sí, dirigidas específicamente al consumidor y comúnmente conocidas con la expresión «ventas piramidales» o «cadena de San Antonio» y que en otros Estados ya han sido objeto de prohibición expresa (por ejemplo, Austria, Bélgica, Alemania, Portugal, Suiza, España).

Por tanto, para una mejor comprensión del tema, es necesario trazar una sincrética distinción entre las formas de venta directa realizadas según la estructura del *multilevel marketing* y las «ventas piramidales». El primero, por concretar mucho las cosas, es una forma de venta «puerta a puerta» mediante la que se comercializan productos por cuenta de una empresa que los presta a los vendedores para que éstos, a su vez, busquen a otros vendedores entre los propios adquirentes de los citados productos. Cada vendedor recibe una remuneración que está en función del volumen de ventas que se hayan llevado a cabo y los servicios que se hayan prestado, bien él directamente, bien los otros vendedores del grupo. Por el contrario, en las ventas piramidales la comercialización del producto o del servicio constituye únicamente una excusa para reclutar a otros (re)vendedores, quienes pagan una suma, no tanto por la adquisición de un determinado bien o servicio, cuanto por obtener la posibilidad de ser vendedor dentro de la organización piramidal. Y, además, a diferencia de lo que sucede en las ventas multinivel, donde cada vendedor percibe una remuneración proporcional a los bienes vendidos efectivamente, en las ventas piramidales el derecho a la remuneración proporciona simplemente la incorporación de nuevos vendedores en la organización.

A diferencia del método multinivel, que tiende a acercar al productor de bienes o suministrador de servicios al consumidor, reduciendo al mínimo la cadena distribuidora de los mismos, las ventas piramidales tratan de extender el máximo posible la cantidad de participantes, porque cuanto más numerosos sean éstos, más elevados son los ingresos derivados de la tasa de acceso a la estructura organizativa, percibidos por el vértice de la pirámide.

El riesgo de derrumbe de la pirámide, que se verificará en el momento en que no se encuentren más sujetos dispuestos a entrar en ella, sólo afecta a los niveles más bajos de la misma, lo que equivale a decir que perjudica a los últimos sujetos que han entrado en ella con la esperanza de obtener los emolumentos (elevadísimos) que obtienen los que están en la cúspide o en niveles superiores al suyo.

La citada Ley núm. 173 de 2005, tal y como da a entender su rúbrica, por un lado regula las ventas (lícitas) «a domicilio» (arts. 2, 3 y 4) y, por el otro, aporta una serie de disposiciones que directamente prohíben cualquier forma de venta piramidal (arts. 5 y 6), esto último con la finalidad de tutelar al consumidor frente a engaños y prácticas abusivas y también, cómo no, para salvaguardar la posición de las empresas comerciales que operan correctamente.

En cuanto al primer ámbito se refiere, «ventas directas a domicilio», son ventas al detalle u oferta de bienes o servicios realizadas, previa orden de compra, en el domicilio del consumidor final, o en los establecimientos en que éste se encuentra, aunque sólo sea temporalmente, por cualquier motivo, bien personal, bien laboral, por causa de estudios, ocio, o distracción ocasional (art. 1). Tras la entrada en vigor de la Ley núm. 173 de 2005, tal tipo de venta queda ahora regulada en los artículos 19, 20 y 22.1 y 2 del Decreto Legislativo núm. 114, de 31 de marzo de 1998 (sobre la disciplina del sector del comercio), al cual expresamente apela el artículo 2 de la ley en cuestión y

también sus artículos 3 y 4. En particular, el artículo 3 contiene la indicación (efectuada mediante una remisión al art. 5.2 del Decreto Legislativo núm. 114, de 31 de marzo de 1998) de los requisitos que necesariamente deben concurrir en los sujetos encargados de las ventas a domicilio, entendiéndose por tales aquellos que promueven directa o indirectamente el envío de órdenes de compra por parte de los consumidores por cuenta de las empresas dedicadas a tales tipos de ventas. Además, estos vendedores están obligados, según ya preveía también el artículo 19 del citado D. Leg., a exponer un documento que les acredite como tales durante el curso de la operación.

Los artículos 3 y 4 reorganizan la relación entre las empresas del sector y los encargados de la venta, distinguiendo según estos últimos desarrollen o no su actividad de forma subordinada y, en este último caso, según que estén o no vinculados a la empresa con un contrato de mandato. En cualquier caso, el encargo de efectuar ventas directas a domicilio no puede ser gravado con ningún deber de adquirir, ni materiales, ni bienes comercializados o distribuidos por la empresa, hecha excepción de los bienes y materiales que constituyen el muestrario, ni los servicios a los que directa o indirectamente tal empresa provee que no sean necesarios para desarrollar la actividad comercial en cuestión, o que en cualquier caso no sean proporcionales al volumen de la actividad desarrollada. Las normas señaladas no se aplican a la oferta, la suscripción y la propaganda con finalidades comerciales de productos y servicios financieros o de seguros y de contratos cuyo objeto sea la construcción, venta o arriendo de bienes inmuebles (art. 1.2).

La segunda parte de la Ley núm. 173 de 2005, tal y como anticipábamos, sanciona la prohibición de cualquier forma de venta piramidal. El artículo 5 prohíbe la promoción y la realización de actividades y de estructuras de ventas en las que el incentivo económico primario se base en el reclutamiento de nuevos sujetos, mucho más que en su capacidad de vender o de promover los bienes y servicios que se comercializan. Asimismo queda prohibida la promoción y la organización de todas las operaciones, tales como juegos y «cadenas de San Antonio», que prometan la posibilidad de ganancias simplemente por el hecho de encontrar nuevas personas que puedan ingresar en la pirámide, cuyo derecho a reclutar a otras se transmite hasta el infinito, previo pago de la correspondiente contraprestación.

El artículo 6 completa la disciplina, detallando un elenco de elementos en cuya presencia se presume la subsistencia de una operación o de una estructura de venta de tipo piramidal.

Por lo que a las sanciones respecta, el artículo 7 tipifica como delito la conducta de aquellos que realizan, promueven o simplemente toman parte en las actividades y estructuras organizativas prohibidas, previendo la pena de arresto de seis meses a un año, o la multa de 100.000 euros a 600.000 euros.

Por el contrario, la violación por parte de la empresa proveedora de las normas establecidas en el artículo 4, acerca de las relaciones existentes entre ésta y los encargados de ventas, constituye un simple ilícito administrativo castigado con una sanción pecuniaria de entre 1.500 a 5.000 euros.

Sección temática: Espacio Judicial Europeo,
Derecho de Familia, Derecho de Autor
y Derecho de Daños en la Unión Europea

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROSTERRADAS*

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* L299/62, de 16 de noviembre 2005)

Como es bien sabido, Dinamarca (al igual que el Reino Unido e Irlanda) quedó fuera del Título IV del Tratado de Amsterdam sobre «Visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas». Los motivos que llevaron a la negativa de Dinamarca no hay que buscarlos en la comunitarización del Dipr. llevada a cabo por el Tratado de Amsterdam sino en la política de inmigración. No obstante, a consecuencia de dicha negativa y de acuerdo a lo dispuesto en el Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al TUE, el Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras (en adelante, Reglamento Bruselas I) no era vinculante ni aplicable en Dinamarca. Por tanto, entre Dinamarca y el resto de Estados miembros continuaba en vigor el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, con los inconvenientes que tal resultado conllevaba. Teniendo en cuenta las importantes modificaciones introducidas en el R. 44/2001, y en aras a una unificación de las normas de competencia judicial internacional, se ha celebrado el Acuerdo entre la Comunidad y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones materia civil y mercantil (*DOCE* L 299/62, de 16 de noviembre 2005).

El objetivo del Acuerdo es aplicar las disposiciones del Reglamento Bruselas I y sus normas de desarrollo a las relaciones entre la Comunidad y Dinamarca. Como era de esperar, el Acuerdo incorpora el Reglamento Bruselas I, con las necesarias modificaciones para adaptarlo a las necesidades danesas (art. 2). A pesar de que los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad con arreglo a las normas del Reglamento Bruselas I no sean vinculantes ni aplicables en Dinamarca es importante que exista una coordinación entre la Comunidad y Dinamarca por lo que se refiere a la negociación y celebración de tales acuerdos internacionales que puedan afectar o alterar el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. Por ello, se prevé que Dinamarca se abstendrá de celebrar este tipo de acuerdos cuando con ello se afecte o altere el ámbito de

* Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de ESADE-Ramón Llull.

aplicación del RBI (salvo si se hace con el consentimiento de la Comunidad, art. 5). Se prevé, además, la necesaria competencia del TJCE para interpretar las normas del Acuerdo (art. 6). También se prevé que la Comisión pueda someter asuntos al TJCE contra Dinamarca referentes al incumplimiento de cualquier obligación que le incumba en virtud del Acuerdo (art. 7).

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación temporal, las disposiciones del Acuerdo sólo serán aplicables a los procesos judiciales incoados y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados con posterioridad a su entrada en vigor. Con relación a las normas de reconocimiento y ejecución de decisiones se prevé que cuando el proceso en el Estado miembro de origen se haya incoado antes de la entrada en vigor y la resolución haya sido dictada con posterioridad, ésta se reconocerá y ejecutará conforme a las normas del Acuerdo en dos casos: 1) cuando los procesos en el Estado miembro de origen se hayan incoado posteriormente a la entrada en vigor del Convenio de Bruselas o del Convenio de Lugano tanto en el Estado miembro de origen como en el Estado miembro requerido, y 2) en todos los demás casos, cuando la competencia se haya basado en normas que concuerdan con las establecidas en el Acuerdo, o en un Convenio celebrado entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido que estuviera vigente en el momento de incoarse el proceso.

Una cuestión de gran relevancia es la determinación de los supuestos en los que se aplicará el Acuerdo con relación al Reglamento Bruselas I. A tal efecto, el artículo 10 bajo establece la aplicación del Acuerdo: *a)* En materia de competencia judicial internacional, cuando el demandado esté domiciliado en Dinamarca, o cuando los tribunales de Dinamarca sean competentes de conformidad con el artículo 22 ó 23 del Reglamento, es decir, cuando sean exclusivamente competentes de conformidad con el artículo 22 o cuando el pacto de sumisión prevea la competencia de los Tribunales daneses. *b)* En materia de litispendencia o conexidad, en los términos previstos en los artículos 27 y 28 del RBI cuando el proceso se haya incoado en un Estado miembro distinto de Dinamarca y en Dinamarca, y *c)* En materia de reconocimiento y ejecución siempre que Dinamarca sea el Estado de origen o el de destino (i.e., Dinamarca sea el Estado que ha dictado la sentencia o Estado donde se insta el reconocimiento). Finalmente, el artículo 12 prevé que el presente Acuerdo entrará en vigor el primer día del sexto mes tras la notificación de las Partes contratantes de la culminación de sus respectivos procedimientos requeridos al efecto (cuando se cierra esta crónica todavía no ha entrado en vigor).

Informe del Parlamento Europeo que contiene recomendaciones a la Comisión sobre sucesiones y testamentos, A6-0359/2006, de 16 de octubre de 2006

A la vista del Libro Verde de Sucesiones, el Parlamento Europeo ha elaborado un informe que contiene recomendaciones a la Comisión sobre sucesiones y testamento. El informe parte de la constatación de la utilidad de un instrumento comunitario en materia de sucesiones, no sólo por aumento cuantitativo de sucesiones *mortis causa* abiertas en territorio comunitario sino también por las dificultades encontradas por los beneficiarios para tomar posesión de su herencia. Estas dificultades, debidas fundamentalmente a las profundas diferencias entre los Derechos sucesorios de los distintos Estados miembros, se traducen, según el Parlamento, en obstáculos al ejercicio de la libre circulación y al disfrute del derecho de propiedad. Según el PE, la manera más eficaz de solucionar estos proble-

mas sería proceder a la armonización del derecho sustantivo, lo cual es extremadamente difícil de alcanzar y, *sobre todo, no está incluido en las competencias comunitarias* (la cursiva es mía). Afirmación cuanto menos discutible, pues la misma Comisión en el Libro Verde se refiere a la imposibilidad de la *plena* armonización, lo que no excluye por completo una armonización sustantiva. Sobre la base del artículo 65, letra *b*) del Tratado CE, el PE propone la armonización de las normas de jurisdicción, conflictos de leyes y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. El Parlamento prioriza la armonización de las normas de competencia judicial internacional, estableciendo como foro, por un lado, la residencia habitual del difunto en el momento del fallecimiento y, por otro, la residencia habitual del interesado. Se establece, asimismo, la posibilidad, sometida a determinadas condiciones, de elegir el juez competente. Para lograr la simplificación de los procedimientos para las sucesiones internacionales y para evitar el *forum shopping* se propone, asimismo, la armonización de las normas de conflicto de leyes. Partiendo del principio de unidad de la sucesión (una única ley para la regulación de todos los aspectos de una sucesión), se considera que dicha ley debe ser la de la residencia habitual del difunto en el momento del fallecimiento. De esta forma se consigue la coincidencia *forum* y *ius*. Junto a estos criterios se le concede al *de cuius* la posibilidad de elegir, como ley reguladora de la sucesión, entre su propia ley nacional y la ley del país de la residencia habitual en el momento de la elección. Es, asimismo, imprescindible que el acto comunitario que se adopte garantice la eficacia de la ley aplicable a la sucesión y coordine las disposiciones de esta ley con las de la *lex rei sitae*. Se prevé, asimismo, la ley aplicable a la forma de los testamentos y a los contratos de herencia. También se incluyen recomendaciones sobre la sustitución fideicomisaria (*trust*). En cuanto al sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y actos públicos, si bien se postula por un sistema similar al previsto en el Reglamento 44/2001, se constata la necesidad de que se subordine la transcripción o la inscripción en un registro público a un control previo efectuado por una autoridad del Estado miembro de destino a través de la expedición de un certificado, cuyo contenido sería fijado por el acto legislativo que se adopte, mediante el cual la autoridad pública certificaría la conformidad de la decisión o del acto con las disposiciones imperativas de la Ley del Estado miembro de destino. También se propone la creación de un «certificado sucesorio europeo» donde figure la ley aplicable a la sucesión, los bienes incluidos, los beneficiarios y los administradores de una herencia y que sea expedido por una autoridad habilitada para conferirle valor oficial. Finalmente, el PE aboga por la creación de una red europea de registros nacionales de testamento. En el marco de la resolución comentada, el Parlamento Europeo pide a la Comisión que, en el transcurso de 2007, le presente una propuesta legislativa en materia de sucesiones y testamentos y que, a tal efecto, considere prioritaria la creación de una red de juristas especializados en Derecho civil con vistas a desarrollar la confianza y la comprensión mutuas entre profesionales en este ámbito, compartir información y desarrollar las mejores prácticas.

En el marco de las consultas llevadas a cabo tras la publicación del Libro Verde de Sucesiones y Testamentos, la Comisión ha organizado en Bruselas, el 30 de noviembre de 2006, una audiencia pública sobre sucesiones *ab intestato* o testamentarias que presentan aspectos internacionales. La audiencia está abierta a cualquier persona interesada.

Decisión del Consejo de 5 de octubre de 2006, sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (*DOCE* L 297/1, de 26 de octubre de 2006).

Teniendo en cuenta que el objetivo de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional (en adelante, Conferencia de La Haya) es trabajar por la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado y que, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la Comunidad tiene competencias para adoptar medidas en el campo de la cooperación judicial en materia civil, es evidente que muchos de los instrumentos comunitarios se solapan, en parte o completamente, con áreas de trabajo de la Conferencia de La Haya. Por ello, según el Consejo, es esencial conceder a la Comunidad un estatuto que corresponda a su nuevo papel de principal agente internacional en el campo de la cooperación judicial civil y que pueda ejercer su competencia externa participando como miembro de pleno derecho en las negociaciones de convenios de la Conferencia de La Haya. Tras una serie de negociaciones que se iniciaron en 2002, en junio de 2005, la Conferencia de La Haya adoptó por consenso las modificaciones del Estatuto necesarias para permitir la adhesión de una organización de integración económica regional. Ya se han alcanzado las 44 aceptaciones de la modificación del Estatuto, que entrará en vigor el 1.º de enero. Mediante la presente Decisión, el Consejo decide que la Comunidad se adherirá a la Conferencia de La Haya mediante una declaración de aceptación del Estatuto de la Conferencia de La Haya, según lo establecido en el anexo I de la presente Decisión, tan pronto como ésta haya adoptado la decisión formal. La Comunidad se obliga a depositar una declaración de competencia que especifique en qué materias sus Estados miembros le han transferido competencias (anexo II) y una Declaración sobre determinadas materias relativas a la Conferencia de La Haya (anexo III). Dinamarca no participa en la adopción de la Decisión (el Reino Unido e Irlanda, sí).

II. DERECHO PROCESAL COMUNITARIO

JORDI NIEVA FENOLL*

En el espacio temporal que abarca la presente crónica, se han producido dos documentos que, por hacer referencia a importantes y futuras reformas, es preciso destacar. La primera es continuación del proceso legislativo que culminará con la aprobación de un reglamento sobre el proceso monitorio europeo, cuya propuesta ya fue analizada en la anterior crónica (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo [25.05.2004, COM(2004)173 final/3, 2004/0055(COD)]).

La segunda es acerca de un documento de reflexión que se halla publicado sin fecha en la página del Tribunal de Justicia en el momento de redacción de esta crónica (octubre de 2006), y que contiene una serie de reflexiones

* Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en las actividades del Proyecto 2005 SGR00759.

acerca de la tradicional sobrecarga de asuntos derivada de la creciente pendencia de cuestiones prejudiciales.

Recomendación para la segunda lectura relativa a la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo [7535/3/2006 – C6-0227/2006 – 2004/0055(COD)] Documento de sesión del Parlamento Europeo, FINAL, A6-0316/2006, de 5 de octubre de 2006.

La recomendación comentada posee solamente tres enmiendas. La primera remarca que el procedimiento monitorio no podrá ser utilizado ni por demandantes ni contra demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro de la Unión Europea. La segunda determina el papel del Parlamento Europeo en el proceso legislativo para determinar el contenido de los formularios de solicitudes monitorias, haciéndose mención de que dichos formularios deben revestir sencillez. Y, la tercera, se introduce para recordar que los indicados formularios deben ser cumplimentados en la lengua de dichos formularios, es decir, en el idioma del órgano jurisdiccional ante el cual van a ser presentados.

Todos los aspectos citados son ciertamente relevantes en sus respectivos ámbitos. Pero centrándonos en la eficacia para el ciudadano de la Unión del futuro procedimiento monitorio, persiste la deficiencia en cuanto a la duplicidad entre el «aviso de pago» y el «requerimiento de pago», carente de todo sentido, tal y como ya se indicó en la anterior crónica, a cuya lectura me remito.

Sí es preciso, en cambio, insistir en el aspecto de la sencillez de los formularios. En España, a efectos prácticos, se ha prescindido de los mismos, lo que ha provocado que sean exclusivamente los abogados los que presentan las solicitudes monitorias, cuando la idea era (y es) justamente la contraria: que los acreedores puedan abaratar los costes de las reclamaciones, precisamente pudiendo acudir directamente al Juzgado sin necesidad de contratar los servicios de un abogado, al menos en esta primera fase de solicitud monitoria.

Y, desde luego, mientras el formulario siga exigiendo una «breve descripción de al menos un medio de prueba», el acreedor, salvo que esté familiarizado con las reclamaciones judiciales, acudirá a un Letrado para que le rellene el formulario de solicitud monitoria.

Dicho formulario no debiera contener otros datos que la identificación del acreedor y del deudor, así como la cantidad debida y el concepto por el que es debida, para que el deudor pueda identificarla. Por ejemplo, «250 euros», «pedido de tóner de fecha xx/xx/xxxx». Además, a efectos de que el acreedor no tenga los problemas lingüísticos antes mencionados, esa brevedad debiera ser la norma. Porque la solicitud monitoria no es ninguna demanda, sino un simple aviso que intenta que el deudor tenga psicológicamente la sensación de que el acreedor, no es que vaya a ir al Juzgado, sino que ya ha ido porque el Juzgado ha realizado, a su solicitud, un mandato de pago. Y que si no paga o se opone, en brevísimo plazo tendrá una resolución firme que le condenará al pago de lo adeudado, sin más trámites.

Justamente el pensamiento de que merece la pena pagar antes que complicarse la vida con un proceso perdido de antemano, es la clave del éxito del proceso monitorio. Y la clave del éxito entre los acreedores de toda la Unión

será que esa solicitud la puedan realizar ellos mismos sin más complejidades, ni económicas ni idiomáticas. Con ello no sólo se consigue que los acreedores ahorren dinero en sus reclamaciones y obtengan cuanto antes la satisfacción de sus deudas. Además, si el procedimiento funciona debidamente (para lo que es clave la debida localización y notificación del deudor), se reduce espectacularmente las tasas de pendencia de asuntos ante los órganos jurisdiccionales. Para más información en cuanto a las ventajas de este procedimiento, me remito a CORREA DELCASSO, Juan Pablo, *El proceso monitorio*, Barcelona, 1998.

Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la tramitación de las cuestiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia

En el documento referenciado, el Tribunal de Justicia, después de realizar una sucinta explicación de en qué consiste el procedimiento de la cuestión prejudicial, reflexiona sobre un problema ya antiguo: la excesiva duración de estos procedimientos. Un Juez nacional se halla pendiente de la respuesta del Tribunal de Justicia mientras el proceso en que se ha planteado la cuestión está paralizado en espera de la resolución del alto tribunal comunitario. Dicha paralización la cifró el Tribunal de Justicia en 2005 en un tiempo de 20,4 meses, cifra que, pese a haber reducido los tiempos de espera de años anteriores, sigue siendo a todas luces excesiva. Ni siquiera el procedimiento acelerado del artículo 104 bis RPTJ ha constituido una herramienta suficientemente útil para mejorar los retrasos. De hecho, desde que entró en vigor hace cinco años, sólo se ha utilizado en tres ocasiones, como reconoce el propio Tribunal de Justicia, y su todavía excesiva complicación procedimental ha provocado que su duración tampoco sea aceptable.

La preocupación ha surgido como consecuencia de las cuestiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia. Una cuestión de ese calado puede surgir en un futuro en un proceso penal, en el que ni el imputado ni la víctima desean esperar 20,4 meses más de lo habitual para obtener una sentencia del órgano jurisdiccional nacional, teniendo en cuenta los bienes jurídicos en juego en ese tipo de procesos. Lo mismo sucede ya en cualquier proceso civil, también los civiles inquisitivos, en los que, nuevamente, la presencia de bienes jurídicos sensibles como el interés del menor, aconseja la máxima celeridad. Y todo ello sin contar con la perentoriedad de varios plazos de estos procedimientos que vienen establecidos en los Reglamentos comunitarios sobre la materia, que es el punto al que principalmente se refiere el Tribunal de Justicia. Por consiguiente, un retraso tan considerable desincentivaría el planteamiento de cuestiones por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, lo que supondría un menoscabo importante para el ordenamiento jurídico comunitario en el ámbito referido, lo que sería fatal para los fines de la Unión, sobre todo considerando el enorme esfuerzo político que ha costado legislar en ese ámbito.

Reflexionando sobre toda esta compleja problemática, el Tribunal de Justicia realiza en el documento comentado dos propuestas de reforma procedimental enfocadas a conseguir la deseada aceleración. En dichas dos propuestas se da por hecho que de las cuestiones prejudiciales, en estos casos de urgencia, se tendría que encargar una sala especializada, que admitiría la solicitud de tramitación urgente, previa audiencia del Abogado General.

La primera propuesta pasa por reducir el número de partes en este procedimiento a los litigantes del proceso nacional, al Estado miembro del órgano jurisdiccional que planteó la cuestión, a la Comisión y a las instituciones que emitieron el acto cuya validez debe analizarse. Ello evitaría los tiempos de realización de las traducciones. Concluido el proceso, las instituciones y los Estados miembros preteridos, podrían plantear una solicitud de reexamen ante el Tribunal de Justicia.

La segunda propuesta pasa por mantener la participación de los actuales actores del procedimiento de las cuestiones prejudiciales, pero simplificando las normas de procedimiento, reduciendo el ámbito de las traducciones, suprimiendo la participación por escrito del abogado general, acortando el plazo de contestación e incluso disponiendo la limitación del espacio para realizar alegaciones escritas.

Ciertamente, el procedimiento de las cuestiones prejudiciales es demasiado complejo, sobre todo debido al excesivo número de participantes en el mismo y a los costes temporales de las traducciones. Sin embargo, el problema de los retrasos no es exclusivo del Tribunal de Justicia, sino de todas las Altas Cortes que no disponen de un prácticamente arbitrario sistema de *certiorari* en la admisión de asuntos. Se puede reformar el procedimiento, ciertamente, para acortar los plazos. Se puede simplificar la intervención de las partes en el proceso. Todo ello es necesario, ciertamente, y en este sentido creo que varios puntos de ambas propuestas son muy oportunos y podrían ser condensados en una sola. Pero me temo que ello acabaría siendo tan ineficaz como el procedimiento acelerado aprobado hace cinco años.

No es lugar esta crónica para profundizar en esta cuestión, pero el problema de las Altas Cortes, también del Tribunal de Justicia, no es responsabilidad solamente del procedimiento, sino de la estructura del propio Tribunal. El Tribunal de Justicia posee una estructura inspirada en los tribunales de casación de los Estados miembros, estructura y organización que, a su vez, se basa en modelos muy antiguos de organización de estos supremos tribunales, contando en algunos casos con precedentes de hace aproximadamente cuatro siglos, con cuyo estudio se constata que las citadas estructuras, pese a que pueda parecer increíble, no han cambiado sustancialmente desde entonces. Por alguna razón no ha sido posible percibir con claridad que pese a los avances informáticos sobre todo, los Altos tribunales no pueden hacerse cargo, con su composición actual, de la avalancha de asuntos que les llega cada año. Y seguirá siendo así indefinidamente, salvo que se adopten rechazables medidas excesivamente drásticas como el citado *certiorari*, o bien se piense en un cambio en profundidad de la estructura de estos tribunales.

En este sentido, recientemente formulé una propuesta de reforma consistente en el siguiente sistema. Todo se basa en la selección de los asuntos en función de que sean de fácil o de difícil resolución, de forma en parte similar a como se prevé en el artículo 104.3 RPTJ, pero ampliando el ámbito de ese precepto. Puesto que no toda cuestión sencilla es idéntica a otra ya resuelta, o se deduce muy claramente de la jurisprudencia, sino que en ocasiones la solución del caso concreto es simple de por sí, porque la norma jurídica comunitaria es más clara de lo que estima el órgano jurisdiccional nacional, o bien porque existe jurisprudencia anterior sobre normas similares que el juez nacional no conoce, pero que puede localizar muy fácilmente cualquier jurista familiarizado con dicha jurisprudencia.

En esos casos, que creo que son más frecuentes de lo que puede parecer, mi propuesta consiste en traspasar el asunto a una sala adjunta a las actuales

salas del Tribunal de Justicia, con una composición de un número variable de jueces, a calcular en función de la acumulación de asuntos. Dicha Sala, para prevenir las desviaciones de jurisprudencia, debería estar sometida a una férrea vinculación al precedente marcado por el Tribunal de Justicia, de manera que no pudiera innovar dicha jurisprudencia, sino simplemente aplicar la ya existente. Ello ahorraría a los actuales jueces una carga de trabajo muy considerable, lo que les permitiría centrarse en los asuntos más complejos, siendo resueltos todos los casos pendientes, los complejos y los más sencillos, en un plazo razonable.

Por desgracia, no puedo extenderme más en esta propuesta, que espero poder ampliar en futuras crónicas si se producen reformas al respecto. No obstante, me remito a cuanto expongo al efecto en NIEVA FENOLL, Jordi, *La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la «unificación de doctrina»*. *Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho*, La Ley núm. 6.393, 4 de enero de 2006.

III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

Parlamento Europeo. Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor. Fecha 17 de mayo de 2006. Documento de Trabajo sobre el Derecho contractual europeo y la revisión del acervo: estado actual y definición de consumidor. Ponente: Diana Wallis

El texto tiene por objeto estimular el debate sobre la definición de consumidor en el Parlamento Europeo. Hace referencia principalmente a un documento de posición del grupo de estudio sobre el Código Civil europeo, acerca, precisamente, de las nociones de consumidor y profesional, y a una toma de posición de la Comisión, tras un seminario de estudio en el que se analizó el citado texto. Los problemas que plantea la definición de consumidor, que se encuentra en las Directivas comunitarias y en el Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, así como el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, son los siguientes:

a) Si el consumidor es persona física o también puede serlo jurídica. En el documento del *Study Group* se concluye que sólo lo primero.

b) Si la transacción o el acto correspondientes se deben definir en términos positivos como destinados a un uso personal o en términos negativos como realizados con un propósito ajeno a la actividad profesional de la persona en cuestión. También el documento señalado prefiere esto último, porque abarca un mayor número de supuestos. Se añade, en todo caso, que el factor decisivo debería ser si la persona física actúa o no al margen de su actividad profesional, en cuyo caso tal persona, dentro de los límites de la buena fe y de una finalidad lícita, deberá asumir el riesgo del modo en que articula sus derechos y obligaciones.

* Profesora Titular de Derecho Civil en la Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en el Proyecto 2005 SGR 00759.

c) Si una transacción de uso mixto (objeto en parte destinado a un uso personal y, en parte, profesional) debe incluirse en el ámbito de la protección del consumidor o no. Se estima que sí y se adopta el enfoque de que una transacción se debe considerar de consumo si la persona física ha actuado *principalmente* con un propósito ajeno a su actividad profesional.

d) Si la otra parte debería o no conocer el objeto de la transacción. Se alega que el hecho de supeditar la aplicabilidad al conocimiento del profesional tiene la ventaja de conceder a este último la oportunidad de realizar un análisis de riesgo antes de decidir sobre el precio y de celebrar el contrato. Por su parte, el otro enfoque tiene la ventaja de proteger al consumidor, presumiblemente desconocedor de las normas, siempre que el propósito de la transacción o el acto en cuestión sean ajenos a su actividad profesional. Al elegir una definición estándar, se podría adoptar el punto de vista más favorable al consumidor de que las normas que le protegen se aplican independientemente de que el profesional tenga conocimiento del propósito de aquél en relación con la transacción.

Como consecuencia de todo lo expuesto, el *Study Group* propone la siguiente definición: «Consumidor»: cualquier persona física que actúa principalmente con un propósito ajeno a su actividad profesional.

El 21 de junio de 2005 se celebró un seminario titulado «Las definiciones de consumidor y profesional». Tras consultar con los investigadores y expertos reunidos acerca de las cuestiones anteriormente mencionadas, la Comisión extrajo las siguientes conclusiones:

a) En general, todos los interesados convienen en que sólo las personas físicas deben incluirse en la definición de consumidor, aunque algunas personas jurídicas (por ejemplo, las instituciones benéficas y las pequeñas empresas) sean merecedoras de algún tipo de protección en determinadas circunstancias.

b) Los investigadores deberían prestar una mayor atención a la posibilidad de considerar las transacciones de uso mixto que se encuentran sólo parcialmente fuera de la esfera profesional como transacciones de consumo. En concreto, se debería tener en cuenta que la mayoría de los Estados miembros ya amplían el ámbito de aplicación de las normas en materia de protección del consumidor para recoger tales casos.

c) Por otra parte, los investigadores deberían aclarar las razones que justifican el desequilibrio aparente entre las definiciones propuestas de consumidor y profesional.

d) Por último resulta necesario reconocer que las definiciones no pueden ser completamente exhaustivas y que los casos dudosos se deberán dirimir ante los órganos judiciales nacionales y, posiblemente, el Tribunal de Justicia.

Asimismo, los investigadores acordaron poner ejemplos prácticos para ilustrar la aplicación de las normas consideradas, con especial referencia a los conceptos que atrajeron la atención en mayor medida (por ejemplo, «uso principal»).

Parlamento Europeo. Comisión de Asuntos Jurídicos. Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la prescripción en conflictos transfronterizos que entrañen lesiones y accidentes mortales [2006/2014(INI)]. Ponente: Diana Wallis (Iniciativa-artículo 39 del Reglamento). PE 367.972v03-00. Fecha: 11 de mayo de 2006.

<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004-2009/documents/pr/614/614975/614975es.pdf>

El Parlamento Europeo, en virtud de la legitimación que le proporciona el artículo 192 TCE y los preceptos correspondientes de su Reglamento, ha presentado una propuesta a la Comisión para que ésta elabore un Reglamento, al amparo de la competencia que proporcionan los artículos 65.c) y 67.5, segundo guión, TCE, para unificar los plazos de prescripción en las reclamaciones de daños y perjuicios derivadas de accidentes en caso de pleitos transfronterizos. La propuesta afirma que carece de repercusiones financieras y, además, respeta el principio de subsidiariedad y los derechos fundamentales.

En la justificación de tal propuesta, se señala la divergencia existente en los Estados miembros en función de que la acción sea contractual o extracontractual, en función del tipo de accidente, o en función de si el daño proviene de delito o no. Además, se explica que no siempre es idéntica la fijación del *dies a quo* para el comienzo del cómputo, ni siempre existen reglas específicas para personas menores o incapacitadas, o la posibilidad de interrumpir o suspender los plazos. Y, finalmente, se constata que la carga de la prueba y los requisitos para hacer valer la fecha de expiración del plazo de prescripción tampoco son siempre los mismos. Se trata, pues, de evitar que unas personas resulten mejor protegidas que otras y, especialmente, en el caso de accidentes transfronterizos, suponiendo que la víctima pueda acabar gozando en el país en el que se produce el accidente de una protección menor de la que tendría en el suyo propio.

Las recomendaciones detalladas que, en concreto, se realizan son las siguientes:

1. Elaboración de un reglamento que armonice los plazos de prescripción en procedimientos civiles en caso de reclamación de indemnizaciones que sean resultado de lesiones personales, incluso con resultado de muerte, siempre que existan diferentes legislaciones en conflicto, incluso si una de las partes reside o está domiciliada en un Estado no comunitario. En ambos casos se prevé que el pleito haya sido iniciado por los herederos de la víctima u otra persona.

2. Se recomienda un plazo de prescripción general de cuatro años para exigir responsabilidad, dejando a salvo que determinada legislación específica establezca un plazo mayor (que deberá ser probado por el demandante). Si la indemnización ha sido ya reconocida por sentencia, el plazo para exigirla es de diez años. Se recomienda que no prescriban las acciones en casos de tortura, terrorismo o esclavitud. El plazo de prescripción expira el último día, según un cómputo que tiene en cuenta la hora final del día. El *dies a quo* es el siguiente tras la producción del accidente, salvo que se deba tener en cuenta el día del conocimiento del daño. Se admite que puedan reclamar las «víctimas secundarias», esto es, las que sin recibir directamente el daño, en cambio lo sufren por haber perdido o haber resultado dañado un ser próximo. El calendario que se sigue es el propio del Estado miembro en el que las acciones se ejerzan. La prórroga del plazo se inicia a partir del momento en que éste expi-

ra. Se prevén casos de suspensión (por ocultación de hechos que den lugar a responsabilidad, en caso de violencia domésticas, mientras dure la convivencia, en caso de procedimientos penales, o si está pendiente una reclamación presentada de conformidad con la 4.^a Directiva sobre seguro de los vehículos automóviles) y de interrupción (por iniciación del procedimiento judicial o por el inicio de negociaciones o reclamaciones extrajudiciales).

3. Se incluyen instrucciones especiales para los menores e incapacitados, de manera que para los primeros el plazo de cuatro años no comienza hasta cumplir los dieciocho años y, para los segundos, hasta que no desaparezca el estado de incapacidad, siendo el plazo máximo el de diez años tras la producción del accidente.

4. Se recomienda que la legislación que se adopte incluya disposiciones relativas a la posibilidad de solicitar la prescripción, la discrecionalidad en la aplicación del plazo por parte de los tribunales, los efectos de la obtención de tal prescripción, así como los supuestos de demandantes o demandados múltiples.

5. Finalmente, se exhorta a solicitar a los Estados miembros la creación de centros nacionales de información con registros de la instrucción de procedimientos penales con víctimas extranjeras, que, además, proporciona información a todas las víctimas extranjeras que lo pidan.

Parlamento Europeo. Propuesta de resolución, tras la pregunta oral B6-0326/06, sobre el Derecho contractual. Presentada por Giuseppe Gargani en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos, sobre el Derecho contractual europeo. Fecha 4 de septiembre de 2006. Doc. B6-0464/06.

Tras recordar la necesidad de una armonización del Derecho civil en Europa en materia de contratos para el buen funcionamiento del mercado interior y apoyar la redacción de un marco común de referencia que no se limite exclusivamente a las cuestiones de consumo, subraya que además de las tareas de revisión de las directivas comunitarias en esta sede, emprendida por la Comisión, las tareas de redacción del Marco Común de Referencia no deben detenerse. Añade que éste debe hacerse correctamente y, teniendo en cuenta que el resultado final a largo plazo podría ser un instrumento vinculante, deben dejarse abiertas todas las posibles opciones en lo referente tanto a su objeto como a su forma jurídica. Por eso pide a la Comisión que no presente nuevas propuestas legislativas en materia de Derecho contractual antes de que se complete el trabajo sobre el Marco Común de Referencia y que, en todo caso, se le haga partícipe en los trabajos de redacción de este último.

Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social europeo sobre la aplicación de la Directiva 1997/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Bruselas, 21 de septiembre de 2006 COM(2006) 514 final.

Se trata de un informe en el que la Comisión Europea analiza el estado de la transposición de la Directiva 97/7 en los diferentes Estados miembros, con la finalidad de aclarar si las divergencias que se aprecian en cada uno de ellos, muy frecuentemente debido a la aplicación de la cláusula de mínima armonización, son un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior. Se plantea, por consiguiente, la conveniencia y/o necesidad de modificar

algunas de las disposiciones contenidas en la norma, todo ello a la vista de las respuestas que pueda proporcionar el público al cuestionario. Éste se presenta junto al citado informe que advierte de las medidas que han sido adoptadas por los Estados miembros, con relación a todos y cada uno de los artículos de la Directiva. Se anuncia, además, una futura revisión del acervo comunitario en la que además se tenga en cuenta el ámbito del comercio electrónico y la legislación sobre privacidad. Y, para otoño de 2006 (*sic*), se prevé la publicación de un Libro Verde en el que se deje constancia de las labores de revisión a gran escala del acervo comunitario.

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR*

En la última crónica apuntamos que la Comisión Europea había iniciado las consultas sobre los diferentes aspectos del Libro Verde del Mercado Hipotecario 2005 (en relación con su armonización) con los respectivos operadores relevantes (*stakeholders*) en cada uno de los apartados (protección de consumidores, asuntos legales e hipoteca y Registro) en base a las respuestas a dicho Libro.

Pues bien, por lo que se refiere a la Eurohipoteca, el *stakeholder* escogido fue la Federación Hipotecaria Europea (www.hypo.org) (FHE) que, a pesar de no haberse destacado tradicionalmente por un apoyo decisivo en la armonización hipotecaria y a pesar de representar sólo a las entidades de crédito europeas (no a otros operadores o estudiosos del mercado hipotecario), ha venido organizando, desde mayo de 2005, una serie de reuniones para adoptar una posición al respecto de la conveniencia de la misma, donde se han discutido algunos tópicos que ya se plantearon en el libro *Basic Guidelines for a Eurohypothec* (referenciado ya en esta sección) y, a pesar del esfuerzo realizado por la doctrina en deslindar el derecho real de hipoteca de la posición del deudor/consumidor, la supuesta peor posición del deudor con el modelo de Eurohipoteca propuesto sigue jugando en contra de la figura propuesta¹⁵. No obstante, los operadores son conscientes de la necesidad de seguir estudiando los diferentes sistemas de derecho hipotecario en Europa.

También se ha ocupado de la Eurohipoteca 3.º Congreso de Registradores de España (Granada, 30 octubre a 1 de noviembre), dedicado en su mayor parte a la prevista reforma del Mercado Hipotecario (Anteproyecto de ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia, Ministerio de Economía y Hacienda, 27 de octubre de 2006). La segunda conclusión del Congreso critica el modelo de Eurohipoteca propuesto en *Basic Guidelines* en el sentido que «impediría obtener la máxima rentabilidad de los inmuebles» y que al ser «agobiante para la vida familiar (...) finalmente no se utilizaría», tras reconocer que «se detecta, en medios universitarios especialmente, una cierta

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

¹⁵ Incluso dentro del organigrama institucional de la Comisión Europea el estudio de la (Euro)hipoteca se encuadra sistemáticamente dentro de *home loans* (préstamo a la vivienda) junto al Código de Conducta, cuando naturalmente la Eurohipoteca va mucho más allá (http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/index_en.htm), lo que denota cierto descuadramiento del alcance que dicha figura puede llegar a tener.

ilusión por una hipoteca general para toda Europa». Coincidiendo sólo con esto último, pero sin necesariamente circunscribirlo al ámbito universitario, creo que queda claro en el modelo de *Basic Guidelines* que éste no necesariamente debe conllevar las dos primeras afirmaciones, puesto que se prevén mecanismos como la reductibilidad de la hipoteca a medida que se paga el crédito (lo que no es posible hoy en España sin el consentimiento del acreedor) o la mayor facilidad para el deudor de cambio de acreedor a nivel Europeo (hoy por hoy, imposible) que desde luego son beneficiosos para el deudor hipotecario. Además, a diferencia de lo que sugiere la conclusión 3.^a en ningún momento se ha propuesto que la Eurohipoteca sustituya a las hipotecas nacionales, aunque se agradece que se diga que «los estudios existentes sobre la llamada “Eurohipoteca” son positivos, puesto que evidencian la situación normativa de los distintos países a la vez que ponen de manifiesto las deficiencias que deben superarse para facilitar el crédito transfronterizo». No obstante, las conclusiones insisten en que para llegar a la Eurohipoteca «deben armonizarse todos los aspectos básicos del crédito hipotecario», lo que hoy por hoy resulta quimérico y que no aporta ningún argumento para que no se pueda llegar previamente a un sistema de mínimos del derecho real de hipoteca común para Europa obviando, de momento, lo relativo al crédito, armonización del sistema Registral, concursal, etc. Respecto a los valores hipotecarios (conclusiones 9.^a y 10.^a), estamos de acuerdo con todo lo que se aporta, incluida la necesidad de que el Registro Contable de créditos hipotecarios deba contar con la participación de los Registradores.

Un incentivo para la Eurohipoteca lo ha supuesto el Informe (Report) del Parlamento Europeo de 19 de octubre de 2006¹⁶ que ve muy positivo el proceso de armonización del mercado hipotecario en Europa y que sobre la Eurohipoteca insta a la Comisión a «investigar los impedimentos para la cesión transfronteriza de créditos y a explorar con más detalle el potencial de la Eurohipoteca como un instrumento de garantía». Sobre el modelo de Eurohipoteca señala que «puede desarrollarse como una herramienta opcional pan-europea para facilitar el préstamo transnacional y garantizar con multitud de propiedades. De manera que su viabilidad debe ser estudiada con más profundidad».

Por cierto, que sobre la Eurohipoteca verá la luz en España, en breve, un libro con la traducción del modelo de las *Basic Guidelines*, así como comentarios de diversos juristas sobre el proceso de armonización hipotecaria en Europa hasta este momento.

Para concluir debe destacarse también la creación del *Mortgage funding expert Group* de la Comisión Europea que se encarga de analizar la conveniencia de la armonización en materia de refinanciación hipotecaria (cédulas hipotecarias y bonos de titulación hipotecaria) y que, a menudo, resalta más las ventajas que aporta la Eurohipoteca que el propio grupo de la FHE. Por cierto, dado que a menudo es a la inversa, debe reseñarse que en septiembre de 2006, Estados Unidos, en concreto la entidad Washington Mutual (WaMu), realizó su primera emisión de cédulas hipotecarias, un valor hipotecario netamente europeo (creado por Federico el Grande en el s. XVIII), a pesar de que su ponderación de riesgo aún está por ver (al estilo de las cédulas estructuradas inglesas, que incumplen las Directiva OICVM).

¹⁶ A6-0370/2006

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

Libro Verde en materia de régimen económico matrimonial

El 17 de julio de 2006, la Comisión publicó el *Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo*¹⁷. La adopción de un instrumento comunitario en esta materia se contemplaba desde el Plan de acción de Viena de 1998¹⁸, reiterándose en el Programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo¹⁹ así como en el Programa de La Haya²⁰ y el Plan de acción sobre dicho programa²¹. Como viene siendo habitual, el Libro Verde se acompaña de un Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, disponible únicamente en inglés, francés y alemán, que sintetiza las conclusiones de un estudio que por encargo de la Comisión elaboraron la Universidad de Louvaine-La Neuve y el Asser Institut²². En este Documento de trabajo y en el estudio es donde se hallan los elementos de reflexión más valiosos.

Como consecuencia del proceso de integración europea se ha producido un aumento de las parejas casadas y no casadas formadas por personas de distinta nacionalidad. Ello confluente con una mayor movilidad a través de las fronteras interiores de forma que también ha crecido de manera significativa el número de parejas que establece su domicilio en un Estado miembro cuya nacionalidad no ostenta ninguno de los miembros de la pareja²³. Es, asimismo, frecuente la adquisición de propiedades inmobiliarias en Estados miembros distintos al de residencia, calculándose que dicha situación afecta a 2,5 millones de inmuebles sitos en la Comunidad. Adicionalmente ha de ponerse de relieve un incremento muy significativo de los divorcios internacionales, que según un reciente estudio de impacto supondrían un 16 por 100 del total de rupturas.

Ello justificaría, según la Comunidad, la necesidad de abordar en un instrumento comunitario los aspectos de Derecho internacional privado de los regímenes económicos matrimoniales y de los efectos económicos de las uniones de pareja extramatrimoniales. Son múltiples las cuestiones jurídicas que se plantean en un contexto internacional, sobre todo habida cuenta que existen fuertes divergencias entre las regulaciones sustantivas y de Derecho internacional privado. Se trata, en efecto, de un ámbito en los que son escasos los logros del movimiento de codificación internacional. El Convenio de la Conferencia de La Haya en materia de ley aplicable a los regímenes económi-

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universitat de Barcelona.

¹⁷ COM (2006) 400 final.

¹⁸ DO C 19 de 23 de enero de 1999.

¹⁹ DO C 12 de 15 de enero de 2001.

²⁰ Programa de La Haya titulado «Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión europea», recogido en las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 4 de noviembre de 2004.

²¹ Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de la Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (DO C 198 de 18/08/2005, p. 1).

²² http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

²³ Se ha estimado, por ejemplo, que son unos cinco millones de personas las que se hallan en Europa en esta situación.

cos matrimoniales de 14 de marzo de 1978 ha tenido un impacto muy reducido, pues tan sólo está en vigor en Francia, Luxemburgo y los Países Bajos.

En el ámbito del Derecho sustantivo destaca la gran diversidad de regímenes matrimoniales subsidiarios existentes en Europa. Existen también importantes divergencias respecto al régimen jurídico de las capitulaciones y los pactos matrimoniales de forma que éstos no consiguen dar respuesta a las necesidades de los matrimonios «internacionales» (en Eslovaquia no se permiten, por ejemplo, los pactos *ante nuptias*, en Portugal el régimen económico matrimonial es inmutable). La divergencia se acentúa respecto a las reglas «de tipo accesorio» de publicidad, de administración, de disolución, liquidación y partición. La diversidad es todavía mayor por lo que respecta a las parejas no casadas, sector caracterizado por una falta de consenso europeo respecto a las formas jurídicas admisibles y a sus efectos. Se trata adicionalmente de un ámbito en el que no han sido numerosos los estudios de Derecho comparado (aunque habría que hacer referencia al trabajo dirigido por Alain Verbeke y publicado en el *European Review of Private Law*, 1995, pp. 445 ss.) de manera que uno de los primeros efectos positivos del Libro Verde y de los estudios que lo anteceden es su contribución al conocimiento de una materia de innegable importancia práctica.

El Libro Verde plantea algunas cuestiones clásicas de DIPr, como el de la elección del punto de conexión en la materia. Una cuestión especialmente delicada es la del tratamiento que ha de darse al conflicto móvil, habida cuenta que se suele atribuir a la regulación de dicha cuestión gran parte del fracaso del Convenio de La Haya. En algún punto concreto, el Libro Verde propone alguna medida que trasciende el ámbito del Derecho aplicable, como, por ejemplo, cuando en la cuestión 18 sugiere medidas de armonización por lo que respecta a la publicidad de los regímenes económicos en la Unión. Ha de, sin embargo, destacarse que el Libro Verde se queda muy por detrás de las sugerencias contenidas en el estudio realizado con carácter previo, pues en éste se sugería la creación de un régimen económico matrimonial europeo de carácter opcional. Desde ese punto de vista, el contenido del Libro Verde es algo decepcionante, pues se mueve en unas coordenadas de DIPr clásicas, que probablemente no darán adecuada respuesta a las necesidades sociales.

VI. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO*

1. Legislación

Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril («BOE», núm. 162, de 8 de julio de 2006, p. 25561).

En la última crónica europea sobre el derecho de autor hicimos referencia al Proyecto de Ley 621/000053 por el que se modifica el texto refundido

* Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona. La colaboración se enmarca en el Proyecto SEJ 2004-05535 y 2005 SGR 00759.

de la LPI («BOCG», Senado, VIII Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley 31 de mayo de 2006, núm. 53, e). Dos meses después, en julio de 2006, se publicó la Ley por la que se modificaba el texto refundido de la LPI.

La Ley insiste en que la razón de la reforma se encuentra en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, norma con la que, a su vez, la Unión Europea cumplía los Tratados de la OMI de 1996 sobre derecho de autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas. No obstante, otras cuestiones de la realidad jurídica española justificaban la referida reforma. Así, el aspecto relativo a la Comisión Mediadora de la Propiedad Intelectual que pasa a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual.

La Ley 23/2006 se limita a reproducir fielmente la Directiva 2001/29/CE con la velada intención, por parte del legislador español, de reformar mínimamente el derecho de autor español.

Las facultades de explotación económica del autor que se armonizan son:

a) La *facultad de reproducción* (art. 18 LPI): se redacta de nuevo para comprender las reproducciones realizadas mediante sistemas digitales. En este sentido se advierte: «*se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*».

b) La *facultad de distribución* (art. 19 LPI): se precisa que el derecho de distribución sólo se refiere a la explotación de la obra incorporada a un soporte tangible, con lo cual la explotación a través de la red sería o un supuesto de reproducción o un supuesto de puesta a disposición del público. Además se hace referencia al denominado «agotamiento comunitario», es decir, la primera transmisión de la propiedad no supone la extinción del derecho de distribución, sino que éste se pierde para las posteriores transmisiones.

c) La *facultad de comunicación pública* [art. 20.2, letra i) LPI]: Es quizá lo más novedoso de la reforma, el establecimiento de una *derecho de puesta a disposición interactiva*, en virtud del cual cualquier persona puede acceder a las obras desde el lugar y en el momento que elija. Ahora bien, la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación pública. En esta dirección, se atribuye expresamente a los autores, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a las entidades de radiodifusión y a los productores, sean de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, un derecho exclusivo sobre esta modalidad de comunicación pública.

Otra de las novedades de la ley es la *compensación equitativa por copia privada* (art. 25 LPI). La regulación de esta compensación (antes denominada *remuneración*) introduce las diferencias entre el entorno analógico (art. 25.5 LPI) y digital (art. 25.6 LPI). De este modo, se intenta establecer un régimen jurídico flexible que permita adaptarse a la realidad tecnológica que avanza constantemente sin que por ello tenga que modificarse la ley. Se exceptúan de modo de expreso del pago de la compensación los discos duros de ordenador (art. 25.7 LPI).

En relación con los *límites del derecho de autor*, la ley introduce un límite obligatorio en el artículo 31, en virtud del cual se excluyen de la necesidad de autorización las *reproducciones provisionales de carácter técnico* que

forman parte integrante del proceso tecnológico y cuya única finalidad consiste en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita.

Se introducen dos límites nuevos: la *ilustración con fines educativos* (art. 32 LPI) y la *consulta mediante terminales especializados en bibliotecas y otros establecimientos* (art. 37 LPI). Los legitimados para reproducir fragmentos de obras, con fines educativos, sin necesidad de autorización son los profesores de educación reglada. Se excluyen los manuales y libros de texto universitarios, para cuya reproducción se necesitará la correspondiente autorización. Se añade una referencia directa a la recopilación periodística en forma de reseñas o revistas de prensa que tendrán la consideración de citas, salvo que se trate de reproducciones íntegras de artículos periodísticos en cuyo caso será necesaria la correspondiente autorización del autor. Por su parte, la consulta mediante terminales no ampara la entrega en línea, para la cual deberá contarse con la oportuna licencia de los titulares.

Además, se incorporan mejoras respecto de otros límites que ya aparecían recogidos en nuestra LPI y se introduce un nuevo artículo, el artículo 31 bis, el que se condensan, en realidad, dos límites diferentes: uno, concierne a la reproducción, distribución y comunicación pública con fines de seguridad pública o para el concreto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios; el segundo, alude a la reproducción, distribución y comunicación pública de obras en beneficio de personas con discapacidad siempre que tales modalidades de explotación guarden relación directa con la discapacidad que se padece.

También se introducen modificaciones en el Libro II de la LPI que regula «*otros derechos de propiedad intelectual*». Se reconoce una nueva facultad de puesta a disposición interactiva para los artistas intérpretes o ejecutantes y para las entidades de radiodifusión (arts. 107.1 y 108 LPI). Se mantiene el derecho de remuneración de los autores de una obra audiovisual en caso de que se proyecte o se exhiba sin exigir precio de entrada por cualquier medio (art. 90.4 LPI). Son también objeto de atención los *derechos morales de los artistas intérpretes y ejecutantes* cuya tutela se regula también *post mortem* (art. 113 LPI).

Destacan las *medidas tecnológicas de protección* (art. 160 LPI) cuya definición ofrece el artículo 160.3 LPI: se entiende por medida tecnológica toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual.

La ley prevé y sanciona los actos de elusión de medias tecnológicas eficaces empleadas para la protección de las obras y prestaciones, así como los actos de fabricación y comercialización de dispositivos y servicios de neutralización de dichas medidas. Esta normativa no afectará a las disposiciones específicas relativas a los programas de ordenador. Esta protección se excluye cuando las medidas tecnológicas se apliquen a obras o prestaciones puestas a disposición del público con arreglo a lo convenido contractualmente, de tal forma que los usuarios puedan acceder a ellas en el momento y desde el lugar que individualmente elijan.

Finalmente, se establece de nueva planta la posibilidad de solicitar *medidas cautelares* contra los intermediarios a cuyos servicios recurre un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual (art. 138 LPI).

2. Jurisprudencia

Sentencias sobre el derecho exclusivo a autorizar o a prohibir el alquiler y el préstamo. Adaptación incorrecta del Derecho interno.

a) Recurso interpuesto por la Comisión Europea contra la república portuguesa por incumplimiento 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 al haber establecido en su Derecho nacional un *derecho de alquiler en favor de los productores de videogramas*. Dio lugar a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la UE de 13 de julio de 2006 (C-61/05; <http://www.europa.eu.int/eur-lex>).

Declara que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, 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, en su versión modificada en último lugar por 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, al haber establecido un derecho de alquiler en favor de los productores de videogramas.

Declara que la República Portuguesa no se ha atendido a lo dispuesto en el artículo 4 en relación con el artículo 2, apartados 5 y 7, de la Directiva 2001/29, al haber originado en su legislación nacional una confusión por lo que atañe a la identidad del deudor de la remuneración debida a los artistas por la cesión de su derecho de alquiler.

b) Recurso interpuesto por la Comisión Europea contra la república portuguesa por haber 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 a todas las categorías de establecimientos de préstamo público de la obligación del pago de la remuneración debida a los autores, por ceder sus obras en préstamo público*. Dio lugar a la sentencia de 6 de julio de 2006 (C-53/05; <http://www.europa.eu.int/eur-lex>).

Declara que la República Portuguesa 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 a todas las categorías de establecimientos de préstamo público de la obligación de remuneración debida a los autores, por ceder sus obras en préstamo público.

VII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA*

1. Legislación

A) LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN VIGOR

Responsabilidad medioambiental

Reglamento (CE) núm. 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (*DO L 264* de 25 de septiembre de 2006, pp. 13/19).

La Unión Europea, al igual que todos los Estados miembros, firmó el Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE) sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus). Por parte de la Comunidad, la firma se produjo el 25 de junio de 1998 si bien se condicionó su ratificación a la adecuación previa del derecho comunitario a las estipulaciones contenidas en aquél. Al respecto se han adoptado un conjunto de medidas legislativas que contribuyen a lograr los objetivos del Convenio de Aarhus, aprobado por la Comunidad el 17 de febrero de 2005 (*vid.* Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información ambiental, y la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente).

Este Reglamento constituye un paso más en esa dirección, regulando la aplicación del Convenio al funcionamiento de las instituciones y los organismos comunitarios. De una parte se tiene presente lo establecido en el sexto programa de acción comunitario en materia de medio ambiente que, entre otros aspectos, fomenta una aplicación más efectiva de la legislación comunitaria sobre la protección del medio ambiente a través del cumplimiento de la normativa de la Comunidad y de la actuación contra las violaciones de la legislación medioambiental comunitaria. De otra, se ha considerado oportuno abordar los tres pilares del Convenio de Aarhus, a saber, el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en un mismo texto legislativo, y establecer disposiciones comunes en cuanto a objetivos y definiciones, con la finalidad de que ello contribuya a la racionalización de la legislación y al incremento de la transparencia de las medidas de aplicación que se adopten a nivel comunitario.

* Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. La colaboración se enmarca en el Proyecto SEJ 2004-02358.

De acuerdo con el artículo 14 del Reglamento 1367/2006, este texto normativo entrará en vigor el tercer día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y será aplicable a partir del 28 de junio de 2007, siendo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. Sobre su incidencia en la regulación española *vid. infra*, epígrafe 3.1.

Responsabilidad por productos

Decisión de la Comisión 2006/514/CE, de 20 de julio de 2006, relativa a la adecuación a la obligación general de seguridad prevista por la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de determinadas normas y la publicación de sus referencias en el Diario Oficial (*DO L* 200 de 22 de julio de 2006, pp. 35/37).

De conformidad con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/95/CE, se supondrá que un producto es seguro, respecto de los riesgos y de las categorías de riesgos cubiertos por las normas nacionales aplicables, cuando sea conforme a las normas nacionales no obligatorias que sean transposición de normas europeas cuyas referencias haya publicado la Comisión en el *Diario Oficial de la Unión Europea* en aplicación del artículo 4 de dicha Directiva. Corresponde a la Comisión la publicación de dichas referencias. Así, se entiende que las normas enumeradas en el anexo de la Decisión de la Comisión 2006/514/CE cumplen la obligación general de seguridad de la Directiva 2001/95/CE para los riesgos que cubren.

B) LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Responsabilidad civil en materia de servicios

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo, y la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y el Consejo en el marco de la revisión de las directivas sobre productos sanitarios [COM(2005) 681 final- 2005/0263 (COD) (*DO C* 195 de 18 de agosto de 2006)].

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

Responsabilidad medioambiental

Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE) (*BOE* núm. 171 de 19 de julio de 2006, pp. 27109-27123).

Esta ley se encuentra en vigor desde el día siguiente al de su publicación, salvo el título IV y la disposición adicional primera que entrarán en vigor tres meses después de dicha publicación (disposición final octava). Con ella el legislador español pretende, de una parte, cumplir con los compromisos asu-

midos con la ratificación del Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998 (ratificado por España en diciembre de 2004, entró en vigor el 31 de marzo de 2005); de otra, llevar a cabo la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información ambiental y la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo (disposición final cuarta). A su vez, el legislador español se ha adelantado en unos meses a la aprobación definitiva del Reglamento 1367/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, si bien tuvo en cuenta el texto del proyecto de reglamento.

La Ley se estructura en cuatro Títulos. El primero se ocupa de las disposiciones generales. El Título II contiene la regulación específica del derecho de acceso a la información ambiental, en su doble faceta de suministro activo y pasivo de información. El Título III de la Ley regula el derecho de participación pública en los asuntos de carácter ambiental en relación con la elaboración, revisión o modificación de determinados planes, programas y disposiciones de carácter general. El Título IV reconoce el acceso a la justicia y a la tutela administrativa y tiene por objeto asegurar y fortalecer, a través de la garantía que dispensa la tutela judicial y administrativa, la efectividad de los derechos de información y participación.

La Ley 27/2006 deroga expresamente la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente (disposición derogatoria única) y modifica el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental (disposición final primera), y la Ley 16/2002, de 1 de julio, sobre Prevención y Control Integrados de la Contaminación (disposición final segunda)

Asimismo, se prevé la aprobación de un texto refundido de evaluación de impacto ambiental (disposición final quinta) y el desarrollo reglamentario en el ámbito de la Administración General del Estado (disposiciones finales sexta y séptima), sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia (*vid.* disposición final tercera *Título Competencial*).

Responsabilidad por productos

Ley 9/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (*BOE* núm. 178, de 27 de julio de 2006, pp. 28122-28165)

La presente Ley revisa la normativa interna en materia del sector farmacéutico para acomodarse a la evolución de la regulación comunitaria. Así, a través de esta Ley, se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/83/CE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, y la Directiva

2004/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/82/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos veterinarios. Asimismo, asegura la armonización de la normativa española con el Reglamento (CE) núm. 726/2004, por el que se establecen los procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos.

En cuanto a los objetivos concretos de la Ley, de la experiencia derivada de la aplicación de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, se deriva, en opinión del legislador, la necesidad de ampliar y reforzar el sistema de garantías en relación a la autorización del medicamento para asegurar el cumplimiento de la exigencia de calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos.

2. Jurisprudencia

A) TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 30 de marzo de 2006 (asunto T-367/03) en relación con la demanda presentada por Yedaş Tarım ve Otomotiv Sanayi ve Ticaret AŞ contra el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas, señala que en el supuesto de que no se cumpla alguno de los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, enumeradas en el apartado 34 *supra*, deberá desestimarse el recurso en su totalidad, sin que sea necesario examinar los demás requisitos de la citada responsabilidad (Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 1994, KYDEP/Consejo y Comisión, C-146/91, Rec. p. I-4199, apartado 81; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de febrero de 2002, Förde-Reederei/Consejo y Comisión, T-170/00, Rec. p. II-515, apartado 37; de 19 de marzo de 2003, Innova Privat-Akademie/Comisión, T-273/01, Rec. p. II-1093, apartado 23).

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 10 de mayo de 2006 (asunto T-279/03), en relación a la demanda presentada por Galileo International Technology y otros contra la Comisión de las Comunidades Europeas, interpreta el artículo 288 CE, párrafo segundo, ([e]n materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones) y el artículo 235 CE que atribuye al Tribunal de Justicia competencia «para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refiere el párrafo segundo del artículo 228, en el sentido de que no excluyen que se otorgue una reparación en especie, contrariamente al artículo 40, párrafo primero, del antiguo Tratado CECA, que sólo preveía una reparación pecuniaria. Por tanto, el juez comunitario tiene competencia para imponer a la Comunidad cualquier forma de reparación que sea conforme a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros en materia de responsabilidad extracontractual, incluida una reparación en especie si resulta acorde con dichos principios, en su caso en forma de una orden conminatoria de hacer o de no hacer.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 30 de mayo de 2006 (asunto T-87/94), a propósito de la demanda de J. C. Blom contra el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas, sostiene que la existencia de una oferta de indemnización dentro del intento por alcanzar una solución amistosa y colectiva no le vincula al apreciar si concurren los requisitos para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, por dicha solución amistosa y colectiva, respecto a la situación de un sujeto particular. Por lo tanto, el demandante no puede pretender que la recepción de una oferta de indemnización de las autoridades neerlandesas conforme al Reglamento núm. 2187/93 implica un reconocimiento explícito de responsabilidad por parte de la Comunidad.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 21 de junio de 2006 (asunto T-47/02), respecto del litigio de Manfred Danzer y Hannelore Danzer contra Consejo de la Unión Europea, concluye que puesto que los demandantes no han podido demostrar la ilegalidad de las disposiciones controvertidas, la adopción de éstas por el Consejo no se puede considerar un comportamiento irregular que pueda generar la responsabilidad de la Comunidad. Tanto más cuanto que, como declaran el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia en el ámbito de la responsabilidad de la Comunidad por actos normativos que traducen opciones de política económica, para la elaboración de los cuales las instituciones comunitarias disponen también de una amplia facultad de apreciación (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 1995, *Exporteurs in Levende Varkens* y otros/Comisión, T-481/93 y T-484/93, Rec. p. II-2941, apartado 81; de 15 de abril de 1997, *Schröder* y otros/Comisión, T-390/94, Rec. p. II-501, apartados 62 y 63, y de 20 de febrero de 2002, *Förde-Reederei/Consejo y Comisión*, T-170/00, Rec. p. II-515, apartado 46), la ilegalidad de una directiva de coordinación no es suficiente, por sí sola, para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, puesto que esta responsabilidad sólo se genera ante una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de abril de 1991, *Assurances du crédit/Consejo y Comisión*, C-63/89, Rec. p. I-1799, apartado 12, y de 4 de julio de 2000, *Bergaderm y Goupil/Comisión*, C-352/98 P, Rec. p. I-5291, apartado 42).

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 13 de septiembre de 2006 (asunto T-226/01) al decidir la reclamación planteada por CAS Succhi di Frutta SpA contra la Comisión de las Comunidades Europeas, recuerda la jurisprudencia recaída en materia de causalidad, de modo que se admite la existencia de un nexo de causalidad en el sentido del artículo 288 CE, párrafo segundo, cuando existe una relación directa de causa a efecto entre el comportamiento culposo de la institución de que se trate y el perjuicio alegado, nexo que incumbe probar a los demandantes (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 1998, *Coldiretti* y otros/Consejo y Comisión, T-149/96, Rec. p. II-3841, apartado 101). Así, la Comunidad sólo puede ser considerada responsable del perjuicio que se

deriva de manera suficientemente directa del comportamiento irregular de la institución de que se trate (véanse, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 1979, Dumortier Frères y otros/Consejo, 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 y 45/79, Rec. p. 3091, apartado 21; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, Blackspur y otros/Consejo y Comisión, T-168/94, Rec. p. II-2627, apartado 52). En particular, para excluir cualquier responsabilidad de la Comunidad, el Tribunal de Primera Instancia debe verificar si la causa de las ilegalidades alegadas consiste en las dificultades con que se enfrenta un demandante en el mercado (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 2005, Alessandrini y otros/Comisión, C-295/03P, Rec. p. I-5673, apartado 57).

B) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad extracontractual de los Estados miembros.—La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de junio de 2006 (Asunto C-173/03) decide la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Genova (Italia) en el litigio entre Traghetti del Mediterraneo SpA y la Repubblica Italiana sobre el principio y los requisitos para que se genere la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho comunitario, cuando esta violación es imputable a un órgano jurisdiccional nacional. Al respecto señala que el Derecho comunitario se opone a una legislación nacional que excluye, con carácter general, la responsabilidad del Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia debido a que tal violación resulta de una interpretación de las normas jurídicas o de una apreciación de los hechos y de las pruebas efectuadas por dicho órgano jurisdiccional. El Derecho comunitario se opone, asimismo, a una legislación nacional que limita la exigencia de esta responsabilidad únicamente a los casos de dolo o de culpa grave del juez, si dicha limitación llevara a excluir la exigencia de la responsabilidad del Estado miembro afectado en otros casos en los que se haya cometido una infracción manifiesta del Derecho aplicable [*vid* apartados 53 a 56 de la sentencia Köbler (C-224/01)].

C) TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad derivada del retraso en la transposición de la normativa comunitaria. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 27 junio 2006.—A raíz de una caída en las escaleras de un edificio público, se plantea demanda de responsabilidad contra la Administración pública. Ésta alega que las escaleras se encontraban en perfecto estado y que respetaban las normas de seguridad vigentes en el momento de la caída. Esta afirmación era cierta por lo que se refería al Derecho nacional aplicable entonces, pero no respecto del Derecho comunitario, ante el retraso en la transposición de la Directiva 89/654 CEE de acuerdo con la cual resultaba obligado instalar, por lo menos, unas cintas antideslizan-

tes. El tribunal, con una argumentación un tanto confusa que alude tanto al efecto directo de las directivas como a la aplicación retroactiva del RD 486/97 por el que se transpone la Directiva antes citada, entiende que se ha infringido la normativa que establece unas condiciones mínimas de seguridad en los lugares de trabajo y declara la responsabilidad de la Administración.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 29 marzo de 2006.—El 17 de noviembre de 1993 tiene lugar una explosión causada por acumulación de gas butano producida en la vivienda. El tribunal declara la responsabilidad de la suministradora de acuerdo con la siguiente argumentación: «En la fecha en la que se produce la explosión no había entrado en vigor la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, por lo que no es aplicable al caso. Tampoco puede serlo la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, puesto que las directivas, según reiteradas sentencias del TJCE, carecen de eficacia directa horizontal (Faccinidori). No obstante el régimen de responsabilidad no sufre grandes modificaciones en relación a la citada Ley, puesto que tanto por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al artículo 1902 CC como por aplicación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios debemos concluir que nos encontramos ante una responsabilidad de carácter netamente objetivo o por riesgo».

SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 10 y 17 de mayo de 2006.—En relación con dos casos de contagio de la hepatitis crónica C por transfusiones realizadas en centros públicos, el Tribunal reproduce la doctrina expuesta en la Sentencia de 25 de enero de 2006 al considerar que las contaminaciones producidas por transfusiones de sangre practicadas con anterioridad a octubre de 1989 no generan responsabilidad para la Administración sanitaria, ya que el daño sufrido no es antijurídico según establece el 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y así lo ha interpretado esta Sala, encontrándose la cláusula de los riesgos del progreso incorporada al ordenamiento comunitario europeo desde la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, traspuesta a nuestro ordenamiento interno antes que por el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico en la modificación introducida por Ley 4/1999, de 13 de enero, por el artículo 6.1.e) de la Ley 22/1994, de 6 de julio, aunque también viniera siendo utilizada con anterioridad por la jurisprudencia para definir como no antijurídico el daño cuando se había hecho un correcto empleo de la *lex artis*. Por tanto el paciente debe soportar las consecuencias dañosas de dicho contagio.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

HELENA TORROJA MATEU*
DAVID BONDIA GARCIA**

Asunto Lacárcel Menéndez c. España (demanda 47145/02) de 15 de junio de 2006.—Violación del artículo 6.1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo).

La demandante, nacida en 1931 y residente en Murcia, era propietaria del apartamento en el que residía. En 1994, los copropietarios del inmueble le reclamaron judicialmente una determinada cuantía por la falta de pago de unas facturas relativas a cargas comunes. La demandante no se personó en el proceso hasta poco ante de la fecha fijada para la vista oral. Cuando compareció ante el juzgado de primera instancia núm. 4 de Murcia, el 19 de julio de 1995, dijo que «se llamaba Carmen de Borbón, que era hija del rey Alfonso XIII y que no conocía su segundo apellido, puesto que su madre renunció a su maternidad a los pocos meses de nacer ella». Tanto el secretario judicial como el juez estuvieron presentes en esta declaración haciendo constar solamente que, por un lado, Isabel Lacárcel podría ser una «presunta incapaz» y, por otro lado, que se podrían iniciar acciones legales, ya que sus declaraciones constituían un delito consistente en atribuirse la condición de miembro de la familia real. El 3 de octubre de 1996 se ordenó el embargo del inmueble y la subasta pública. Entretanto, el 27 de noviembre de 1995, la demandante fue internada en un hospital psiquiátrico a instancia del juzgado de primera instancia núm. 8 de Murcia. En 1999 fue declarada judicialmente incapaz y se nombró tutora a su hermana Encarnación.

La tutora de la demandante, el 18 de febrero de 2000, instó la nulidad de la sentencia de embargo, recurriendo posteriormente ante el Tribunal constitucional, que rechazó el recurso de amparo, en 29 de abril de 2002.

La demandante se queja ante el TEDH de no haber sido debidamente informada del procedimiento instado ante el juzgado de primera instancia de Murcia, a partir del cual su apartamento fue embargado y posteriormente subastado para poder pagar a sus acreedores. La demandante alega que no pudo comparecer en ese procedimiento al no ser citada correctamente, puesto que ya no residía en su domicilio, al estar ingresada en un psiquiátrico debido a la perturbación de su estado mental, hecho que ya pudo comprobar el secretario judicial y el juez en su comparecencia de 19 de julio de 1995.

El TEDH constata que la efectividad del derecho de acceso a un tribunal implica que el individuo goce de una posibilidad clara y concreta para poder contestar un acto que suponga una injerencia en sus derechos. El TEDH constata que ningún elemento del expediente prueba que la demandante hubiera tenido conocimiento racional del procedimiento iniciado contra ella y, por tanto, no se le puede reprochar pasividad o falta de diligencia.

* Profesora Lectora de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona.

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

El TEDH aprecia que la comparecencia de la demandante, el 19 de julio de 1995, no tuvo ningún seguimiento. El juez, teniendo conocimiento directo de la existencia de una posible causa de incapacidad, no adoptó de oficio las medidas necesarias, ni puso el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, como establece el artículo 203 del Código Civil. Debido a su condición de «presunta incapaz», la demandante no pudo conocer en plenas condiciones las consecuencias del procedimiento de embargo instado en su contra, hecho que comportó una privación manifiesta del acceso efectivo a un tribunal. El representante del gobierno español alegó ante el TEDH que la declaración judicial de la incapacidad fue posterior a la sentencia definitiva que ordenaba el embargo. Para el TEDH, el fundamento basado en la irretroactividad de una declaración de incapacidad aparece como muy formalista y no se concilia con el internamiento de la demandante, contra su voluntad, en un hospital psiquiátrico, decretado por otros jueces de la misma ciudad. De esta forma constata una violación del derecho a un proceso equitativo y condena a España a pagar una indemnización por daños materiales y morales.

Asunto Díaz Ochoa c. España (demanda 423/03) de 22 de junio de 2006.

Violación del artículo 6. 1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo).

El demandante trabajaba como empleado y además era accionista de la sociedad «PlastiRec, S. A.», cuya sede social estaba en Humanes (Madrid), desde la fecha de su constitución en 1977. En abril de 1986, el demandante fue nombrado consejero delegado de la sociedad, haciendo constar este nombramiento en acta notarial en la que figuraba la dirección particular del demandante en Fuenlabrada (Madrid). El 27 de septiembre de 1988, el demandante fue despedido de la sociedad. Mediante acta notarial de 24 de octubre de 1988 transfirió los poderes que tenía como consejero delegado de la sociedad a J. M. M., que se hizo cargo de la administración de la sociedad desde esa fecha hasta la disolución de la sociedad en enero de 1989, asegurando la representación legal hasta el 20 de marzo de 1990. El 18 de diciembre de 1991, J. M. M. presentó una demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y contra Ramón Díaz Ochoa, en la que solicitaba la modificación de la base de cálculo de la pensión de invalidez permanente total. En dicha demanda figuraba como dirección del Sr. Díaz Ochoa la de la sociedad disuelta y solicitaba que se le citara mediante edictos. Mediante sentencia de 31 de julio de 1992, dictada en ausencia del demandante, el juzgado de lo social núm. 7 de Valencia apreció parcialmente la demanda de J. M. M. y aumentó la base de cálculo de la pensión de invalidez. La sentencia fue notificada al demandante mediante su publicación, el 6 de noviembre de 1992, en el *Diario Oficial de la Comunidad de Madrid*.

El Sr. Díaz Ochoa tuvo conocimiento de este procedimiento el 27 de octubre de 1998 al serle embargadas las nóminas para proceder a la ejecución de la sentencia. Instó recurso de reposición, que fue rechazado, y recurso de amparo que fue declarado inadmisibile, puesto que habían pasado cinco años desde la notificación oficial de la sentencia.

El demandante alegó, ante el TEDH, que no fue informado del procedimiento instado ante el juzgado de lo social núm. 7 de Valencia, por el cual fue condenado, conjuntamente con el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a pagar determinadas cantidades.

Como cuestión previa, el Gobierno español solicitó que se declarara inadmisibile la demanda por haber sido introducida fuera del plazo de seis

meses desde la última decisión interna establecido en el artículo 35.1 CEDH. El TEDH constató que, si bien el formulario de demanda se depositó casi diez meses después de la última decisión interna definitiva, la primera comunicación del demandante exponiendo sumariamente el objeto de su demanda se realizó dentro de plazo (art. 47 del Reglamento del TEDH) y, por tanto, no aprecia motivo de inadmisibilidad.

Al entrar a conocer el fondo, el TEDH considera que este asunto se diferencia de caso Cañete de Goñi c. España, puesto que en éste se demostró que la demandante había tenido un conocimiento extrajudicial de la demanda. El TEDH admite que ni la presunción de conocimiento de los actos judiciales por medio de su publicación en el Diario Oficial, ni el principio de seguridad jurídica, que impide reexaminar un proceso pasado el plazo de cinco años desde la notificación de la sentencia pueden ser cuestionados. En este aspecto, las autoridades judiciales internas han aplicado el derecho interno pertinente. Sin embargo, la combinación tan particular de los hechos en este caso, en la medida en que el demandante no podía haber tenido conocimiento del proceso iniciado no obstante constar su dirección particular en el expediente, tuvo por efecto privar al demandante de un acceso efectivo a un tribunal en aras de poder contestar a la demanda. Igualmente, las jurisdicciones instadas en el marco del recurso de nulidad y el recurso de amparo no subsanaron la ausencia de participación en el procedimiento principal al proceder a realizar una interpretación excesivamente restrictiva del derecho. En consecuencia, el TEDH estima que existe violación del derecho de acceso a un tribunal, sin entrar a valorar el resultado final del proceso si el demandante hubiera podido comparecer, y que España sólo debe pagar al demandante por daños morales y por las costas del proceso.

Asunto Gourguénidzé C. Georgia (demanda 71678/01) de 17 de octubre de 2006.—Violación artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

David Gourguénidzé, profesor universitario en el pasado y sin trabajo en el momento de los hechos, decidió vender unos manuscritos heredados de su padre, para paliar las necesidades económicas de su familia. De esta forma, en 1999, publicó un anuncio en diversos periódicos nacionales comunicando la venta de un manuscrito de Konstantiné Gamsakhourdia, uno de los más célebres escritores georgianos del siglo XX. Tras la publicación de este anuncio, la nuera del escritor se personó en el domicilio del demandante, con un periodista, y le acusó de haber robado dicho manuscrito. Al cabo de unos días, apareció, en un periódico georgiano de gran difusión, un artículo titulado *El mercadeo público de los manuscritos de Kostantiné Gamsakhourdi ha comenzado* junto con la foto del demandante. El Sr. Gourguénidzé agotó todas las instancias jurisdiccionales internas solicitando una rectificación por parte del periódico y una indemnización por el daño moral que le habían causado, tanto las informaciones que le acusaban de robar el manuscrito como la aparición de su fotografía, pero no obtuvo tal reparación.

El TEDH constata que el demandante no se queja de una injerencia por parte del Estado sino de una ausencia de protección suficiente de su vida privada, ya que Georgia no adoptó las obligaciones positivas inherentes al derecho a la vida privada y familiar que le incumben en virtud del CEDH. La frontera entre las obligaciones positivas y negativas del Estado, en virtud del artículo 8 del CEDH, no se presta a una definición precisa; sin embargo, los

principios aplicables son comparables. En concreto, en los dos casos, se debe tener en cuenta el justo equilibrio entre el interés general y los intereses individuales, gozando el Estado de un hipotético margen de apreciación. Esta protección de la vida privada debe apreciarse teniendo en cuenta la libertad de expresión garantizada en el artículo 10 del CEDH. Si bien es cierto que el CEDH no garantiza como tal el «derecho al honor y a la reputación», sin embargo, no permite que se vea afectado el ámbito «íntimo» del individuo hasta el extremo que le impida el normal desarrollo y cumplimiento de su personalidad. El TEDH estima que, al margen de la falta de celo profesional por parte del periodista, existió una ausencia de evaluación de los intereses en causa (derecho a la vida privada y derecho a la libertad de expresión) por parte de las jurisdicciones internas. Teniendo en cuenta estas consideraciones, a pesar del margen de apreciación del que dispone el Estado, el TEDH considera que, por lo que respecta a la publicación de las informaciones y de la fotografía del demandante, las jurisdicciones georgianas no han establecido un justo equilibrio entre los intereses en conflicto, no asegurando una protección suficiente y efectiva de su vida privada. En consecuencia, constata una violación del artículo 8 del CEDH y obliga a Georgia a indemnizar por daños morales al demandante.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LIDIA ARNAU RAVENTÓS*

A la lista de sentencias aquí sugerida deben añadirse también las sentencias a las que se hace referencia en los distintos apartados de la sección temática

STJCE de 30 de mayo de 2006, Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas.—Recurso de anulación contra la Decisión 2004/496/CE del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos, y contra la Decisión 2004/535/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de Aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos. Entiende el Parlamento que la Comisión se extralimitó al adoptar la Decisión 2004/535/CEE amparándose en el artículo 25.6 de la Directiva 95/46, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. A tenor del artículo 3, apartado 2, primer guión de la Directiva, sus disposiciones no se aplicarán al tratamiento de datos personales efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho comunitario y, en cualquier caso, al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad y las actividades del Estado en materia penal. Según el Tribunal, la transferencia de datos de qué trata la Decisión constituye un tratamiento que tiene por objeto la seguridad pública y las actividades del Estado en materia penal; ello es así sin perjuicio de reconocer que, en un primer momento, los datos personales son recogidos por las compañías aéreas en el marco de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Procede, pues, anular la Decisión sobre el carácter adecuado de la protección. Considera también el Tribunal que el artículo 95 CE no constituye base jurídica suficiente para adoptar la Decisión 2004/535: lejos de fundamentarse en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, su finalidad consiste en legalizar el tratamiento de datos personales impuesto por la legislación de Estados Unidos. Tampoco la Directiva 95/46 legitimaría aquella Decisión en la medida en que versa ésta sobre tratamiento de datos que no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva.

* Profesora Lectora de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en el Proyecto 2005 SGR 00789.

STJCE de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA c. República Italiana.—Demanda de decisión prejudicial. Tribunale di Genova. Requisitos para que se genere la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho comunitario, cuando dicha violación es imputable a un órgano jurisdiccional nacional. El Derecho comunitario se opone a toda normativa nacional que, por un lado, excluya toda responsabilidad del Estado miembro por los daños causados a los particulares por violación del Derecho comunitario cometida por un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia cuando dicha violación resulta de una interpretación de las normas jurídicas o de una apreciación de los hechos y de las pruebas efectuadas por este órgano jurisdiccional, y que, por otra, limita esta responsabilidad únicamente a los casos de dolo o culpa grave del juez. El principio según el cual todo Estado está obligado a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento, ya había sido establecido en la sentencia Köbler, de 20 de septiembre de 2003. En esta misma Sentencia se había precisado, sin embargo, que aquella exigencia de responsabilidad, lejos de ser ilimitada, requería de una vulneración manifiesta del Derecho comunitario. Y a fin de apreciar la concurrencia de este requisito, el juez nacional que conozca de la demanda de indemnización debe considerar todos los elementos que caractericen el supuesto de hecho, el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria y el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero. Así pues, el carácter manifiesto de aquella vulneración, que cabría incluso presumirse cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, es el único requisito exigible a efectos de exigencia de responsabilidad. De ello resulta que, si bien no cabe excluir que el Derecho nacional precise los criterios relativos a la naturaleza o al grado de una infracción que deben reunirse para que pueda exigirse la responsabilidad del Estado por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia, estos criterios no pueden imponer exigencias más estrictas que las derivadas del requisito de una infracción manifiesta del Derecho aplicable.

STJCE de 13 de julio de 2006. Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriático Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico c. Assitalia SpA y Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA.—Demanda de decisión prejudicial. Giudice di pace di Bitonto (Italia). Interpretación del artículo 81 del Tratado. Se plantea, en particular, si un acuerdo entre compañías aseguradoras consistente en un intercambio recíproco de información que permite un incremento de las primas del seguro de responsabilidad civil de automóviles no justificado por las condiciones de mercado, vulnerando así las normas nacionales de defensa de la competencia, puede constituir también una infracción del artículo 81 CE, habida cuenta, en particular, de la participación en el acuerdo o en la práctica concertada de empresas procedentes de diferentes Estados miembros. Se plantea, también, si el artículo 81 CE legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo prohibido por dicho artículo y, cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo

o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación de dicho perjuicio. El Tribunal, tras reiterar la naturaleza de disposición de orden público que revisten los artículos 81 y 82 CE, recuerda: primero, que en materia de competencia el Derecho comunitario y el Derecho interno se aplican paralelamente, dado que contemplan las prácticas restrictivas bajo aspectos diferentes; segundo, que los artículos 81 y 82 CE producen efectos directos en las relaciones entre particulares y crean derechos en favor de los justiciables; tercero, que la primacía del Derecho comunitario exige que se excluya la aplicación de cualquier disposición de una ley nacional contraria a una norma comunitaria, tanto si es anterior como si es posterior a ésta. El único presupuesto al que se supedita la aplicación de los artículos 81 y 82 CE a una práctica colusoria o abusiva es que dicha práctica pueda afectar al comercio entre los Estados miembros de tal manera que pueda malograr la consecución de los objetivos de un mercado único, en particular aislando los mercados nacionales o alterando la estructura de la competencia en el mercado común. A estos efectos, el hecho de que una práctica colusoria sólo tenga por objeto la comercialización de los productos en un único Estado miembro no basta para excluir que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. Siendo ello así, la práctica concertada entre compañías aseguradoras que se examina puede constituir una infracción del artículo 81 CE si, habida cuenta de las características del mercado nacional en cuestión, existe un grado suficiente de probabilidad de que el acuerdo pueda ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en la venta de pólizas de este seguro en el Estado miembro de que se trate por parte de empresas establecidas en otros Estados miembros y de que esta influencia no sea insignificante. Por lo demás, el artículo 81 CE legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de una práctica colusoria prohibida por dicho artículo y para solicitar la reparación del perjuicio sufrido. Corresponde a cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio de esta reclamación, incluyendo lo relativo a la aplicación del concepto de «relación de causalidad» que deberá respetar, en todo caso, los principios de equivalencia y de efectividad. También corresponde a cada Estado miembro determinar el plazo de prescripción de aquella acción de indemnización y al órgano jurisdiccional nacional verificar si el *dies a quo* de su cómputo hace prácticamente imposible el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio sufrido. Por lo demás, es competencia de los Estados miembros designar los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de aquellas reclamaciones, configurar la regulación procesal de estos recursos y fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación del perjuicio causado, incluyendo el daño emergente, el lucro cesante y el pago de intereses.

STJCE de 13 de julio de 2006. Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG c. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG.—Demanda de decisión prejudicial. Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania). Interpretación del artículo 16, núm. 4, 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, y a cuyo tenor son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio, «*en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos, y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, los tribunales del Estado contratante en que se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún convenio internacional*». Se cuestiona el alcance de dicha competencia exclusiva; en particular, si la norma se aplica a

todos los litigios que tengan por objeto la inscripción o la validez de una patente, tanto si la cuestión se plantea por vía de acción o por vía de excepción, o si se aplica exclusivamente a los litigios en los que la cuestión de la inscripción o de la validez de la patente se haya suscitado por vía de acción. El Tribunal, tras recordar que las reglas del artículo 16 están dotadas de un carácter exclusivo e imperativo y tras precisar que por «litigio en materia de inscripción o validez de patentes» deben entenderse los litigios relativos a la validez, la existencia o la caducidad de la patente o la reivindicación de un derecho de preferencia fundado en un depósito anterior, concluye que la cuestión planteada debe resolverse atendiendo a la finalidad perseguida por el artículo 16 habida cuenta que su tenor literal no permite, por sí solo, escla-recerla. Y tras identificar dicha finalidad con la atribución de la competencia a los órganos que tienen una mayor proximidad material y jurídica con los litigios de que se trata, se resuelve que la competencia exclusiva prevista en el artículo 16, núm. 4, debe aplicarse con independencia del marco procesal en el que se suscite la cuestión de la validez de una patente, ya sea por vía de acción o por vía de excepción, en el momento de interponer la demanda o en una fase posterior del proceso. Por ello, permitir al juez que conoce de una acción por violación de patente, o de una acción de declaración de inexistencia de violación de patente, que constate con carácter incidental la nulidad de la patente controvertida sería contrario a la naturaleza imperativa de la regla de la competencia prevista en el artículo 16, núm. 4, del Convenio.

STJCE de 13 de julio de 2006. Roche Nederland BV y otros c. Frederick Primus y Milton Goldenberg.—Demanda de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos). Interpretación del artículo 16, núm. 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, y a cuyo tenor las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán también ser demandadas «*si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos*». La aplicación del precepto requiere, a juicio del Tribunal, que entre las diferentes demandas formuladas por un mismo demandante contra distintos demandados exista una conexión de tal naturaleza que sea de interés tramitarlas y juzgarlas conjuntamente a fin de evitar soluciones que pudieran ser inconciliables si los litigios se juzgaran por separado. El carácter inconciliable de las resoluciones exige que, atendiendo a una misma situación de hecho y de derecho, se impongan consecuencia jurídicas que se excluyan recíprocamente. Según el Tribunal, este riesgo de contradicción no puede apreciarse en el marco de un litigio por violación de patente europea en el que intervienen varias sociedades, establecidas en diferentes Estados contratantes, en relación con hechos cometidos en el territorio de uno o de varios de esos Estados, aun cuando dichas sociedades, pertenecientes a un mismo grupo, hubieran actuado de manera idéntica o similar, con arreglo a un plan de acción conjunta elaborado por una sola de ellas. Aquel riesgo no existiría en la medida en que no existiría una misma situación de hecho, ya que los demandados son diferentes y los actos de violación que se les imputa no son los mismos.

STJCE de 13 de julio de 2006. Mobistar SA c. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT).—Demanda de decisión prejudicial. Cour d'Appel de Bruxelles. Interpretación de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de

comunicaciones electrónicas, y de la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de telecomunicaciones electrónicas. La tarificación de la interconexión para la conservación de los números contemplada en el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2002/22/CE, se refiere a los costes de transporte de los números objeto de cambio de operador y a los costes de establecimiento soportados por los operadores de telefonía móvil para ejecutar las solicitudes de cambio de operador del número. Esta disposición no se opone a la adopción de una medida nacional que defina un método determinado para el cálculo de los costes y que fije de antemano los precios máximos que puede reclamar el operador cedente al receptor en concepto de costes de establecimiento, siempre que las tarifas se fijen en función de los costes de manera que no se disuada a los abonados de hacer uso de la facilidad relativa a la conservación de los números y siempre que no se impongan al público tarifas para la conservación de los números que puedan falsear la competencia. Por lo demás, el artículo 4 de la Directiva 2002/21/CE debe interpretarse en el sentido de que el organismo designado para conocer de los recursos contra las decisiones de las autoridades nacionales de reglamentación debe disponer de toda la información necesaria para examinar la procedencia de un recurso, incluida la información confidencial que se haya recabado para adoptar la decisión que se recurre. Sin embargo corresponde a dicho organismo garantizar la confidencialidad de dicha información, asegurando el respeto del derecho de defensa de las partes en el litigio.

Jurisprudencia Nacional (mayo 2006 a septiembre 2006)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Competencia desleal

– STS (Sala Civil) de 21 de junio de 2006 (TOL 964468). Ponente: Francisco Marín Castán. La sentencia trae causa de la demanda interpuesta por una productora de cremas de manos internacionalmente conocida contra una empresa que, habiendo finalizado los contratos de distribución que le unían a la primera, introdujo en el mercado una crema de manos de nombre parecido, que se presentaba en envases similares y para cuya publicidad empleó un eslogan ideado por la demandante. La demanda fue estimada parcialmente y recurren en casación ambas partes. Ante la alegación de la demandada, conforme a la cual la sentencia recurrida se basó en el criterio subjetivo del juzgador y no en los informes periciales aportados (en concreto, en el que hacía hincapié en la fidelidad de los consumidores españoles a sus marcas en este mercado), la Sala estima correcta la actuación de las instancias inferiores, puesto que (FJ 2.º): « J) Todo ello está en coherencia con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su sentencia de 16 de julio de 1998 (asunto C-210/96), sobre publicidad engañosa, al tomar en consideración la expectativa que se producía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, y declarar que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales la apreciación de si una mención publicitaria produce un efecto engañoso, no excluyendo que el Juez nacional pueda evacuar un informe pericial o encargar un sondeo de opinión pero también, desde luego, sin obligarle a ello. K) La reciente Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales toma como referencia, en su artículo 5.2 b), al consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o al miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo de consumidores. L) Finalmente, de seguir la tesis de este motivo hasta sus últimas consecuencias se acabaría transformando la disciplina de la competencia desleal en un especie de Derecho gremial dominado por los informes de los expertos; es decir, en todo lo contrario de lo pretendido por el legislador de 1991 al atender al conjunto de intereses que confluyen en el sector (el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado en mantener un orden concurrencial saneado) e incorporar el principio de protección del consumidor “en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado”, vertiente “generalmente desconocida por nuestro Derecho tradicional de la competencia desleal”. La preten-

* Profesora Lectora de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en las actividades del Proyecto 2005 SGR 00759.

sión de que se condenase a la demandada a “no realizar publicidad alguna” de su crema de manos es desestimada por ambigua e incongruente (FJ 3.º)». En cuanto a la procedencia y al alcance de la indemnización debida por los daños resultantes de los actos de competencia desleal, se resuelve en que FJ 7.º: «Aunque en las sentencias de esta Sala sobre la materia se adviertan algunas diferencias acerca de si el comportamiento desleal causa por sí mismo daños y perjuicios al demandante o por el contrario éste necesita acreditar la existencia de tales daños y perjuicios ateniéndose a la regla general, lo cierto es que resulta difícilmente imaginable, tratándose de actos desleales efectivamente puestos en práctica, que éstos no hayan sido en nada perjudiciales para quien promueve el litigio. De ahí que en materia de competencia desleal, y siempre claro está que la acción ejercitada no sea la de prohibición de un acto no puesto en práctica todavía, parezca más acorde con la realidad social regulada por la Ley de 1991 seguir la línea marcada por las sentencias de esta Sala de 23 de febrero de 1998, 17 de noviembre de 1999, 7 de diciembre de 2001, 19 de junio de 2003, 23 de diciembre de 2004 y 1 de junio de 2005, porque, como declara la penúltima de las citadas, raramente podrá darse la infracción que ningún beneficio reporte al infractor, o ningún perjuicio cause al demandante interesado en que cese la ilicitud, si se tiene en cuenta el interés económico que preside estos ámbitos, generalmente vinculados a actividades empresariales». Concluye la Sala que la indemnización consistirá en el coste de una campaña publicitaria a nivel nacional para distinguir ambos productos.

– STS (Sala Civil) de 22 de junio de 2006 (RJ 2006/4712). Ponente: Jesús Corbal Fernández. La fabricación y comercialización de productos textiles utilizando la marca y restantes signos distintivos de otra empresa constituyen supuestos de competencia desleal. La demandada formuló reconvencción alegando la aplicabilidad directa de los artículos 85 y 86 (81 y 82 actuales) del Tratado Constitutivo de la CEE; su pretensión no fue analizada, por entender el tribunal de instancia que la competencia de los órganos jurisdiccionales civiles en este ámbito se encuentra limitada a cuestiones planteadas de modo incidental, y no de modo principal (como ocurre cuando se ejercita una reconvencción). Contrariamente, el Tribunal Supremo interpreta la competencia de la jurisdicción civil en sentido más amplio, de conformidad con la jurisprudencia más reciente, tanto nacional como del TJCE, en su función protectora de los intereses de los particulares (FJ 2.º). Por ello, pasa a analizar, en el FJ 3.º, la eventual vulneración de los referidos preceptos, estimando innecesario plantear una cuestión prejudicial al TJCE. Se entiende que no concurre en la actora la condición de ocupar una posición dominante en el mercado de referencia –que es el mercado textil en general, y no sólo parte del mismo, como pretendía la reconviniente– y se señala qué se entendería por «abuso» de esa posición, caso de concurrir. Por otro lado, la negativa de la actora a suministrar productos de su marca a todos los comercios que lo solicitan no se considera contraria al artículo 85 (actual 81) del Tratado (FJ 3.º, con análisis del ámbito de aplicación del precepto).

– STS (Sala Civil) de 11 de julio de 2006 (RJ 2006/4977). Ponente: Encarnación Roca Trías. Se confirma la calificación de los actos realizados por los demandados, en el ámbito de la gestión de patentes y marcas, como constitutivos de competencia desleal, en los términos recogidos en el artículo 9 de la Ley 3/1991, por darse en ellos los requisitos que ha venido a establecer la jurisprudencia y que se resumen en el FJ 4.º: «Se trata, por tanto, de actos que suponen un ataque a la reputación del tercero y que están realizados con finali-

dad concurrencial; en ellos deben presentarse estos elementos: a) el menoscabo de la reputación y el crédito del tercero en el mercado, como así se deduce de la sentencia de 20 marzo 1996; b) la falsedad; c) que sean pertinentes, y d) que tengan finalidad concurrencial. Así, por ejemplo, la sentencia de 20 marzo 1996 consideró acto de denigración las alusiones a la solvencia de la empresa afectada, en un supuesto muy parecido al que ahora es objeto de recurso. La sentencia de 1 abril 2004 definía lo que debía entenderse como denigración, siendo “la propagación a sabiendas de falsas aserciones contra un rival con objeto de perjudicarlo comercialmente; es decir, actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto; o la difusión de aseveraciones falsas en su perjuicio”, criterio que había sido ya expresado en la sentencia de 15 octubre 2003, que consideró denigratoria una carta que atribuía una actuación incorrecta al demandante, lo que generó la paralización de unas obras y podría influir en los posteriores concursos para la adjudicación de obras». En cuanto al artículo 5 de la Ley 3/1991, en el FJ 5.º se recoge doctrina del propio TS en el sentido de entender que se trata de una norma que sanciona la contravención de los deberes generales de conducta de quien concurre en el mercado, de modo parecido a como operan los artículos 6 y 7 del Código Civil, 57 del Código de comercio o 1:201 de los Principios del Derecho europeo de los contratos, y que funciona como límite del principio de libertad de empresa recogido en el artículo 38 de la Constitución; el artículo 5 debe ser entendido como una cláusula general que cubre aquellas conductas que suponen competencia desleal y que no están tipificadas en alguna de las disposiciones que le siguen. Por lo que se refiere a la flexibilización de la regla contenida en el artículo 1137 del Código Civil en materia comercial y de conformidad con los Principios de Derecho europeo de los contratos (art. 10: 102) puede verse el FJ 7.º

Cooperación jurídica en materia civil

– STS (Sala Civil) de 5 de septiembre de 2006 (TOL 995533). Ponente: Vicente Luis Montés Penadés. Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: medidas cautelares; notificaciones y emplazamientos. En el FJ 1.º se afirma que: «[...] el artículo 39 del Convenio de Bruselas se ha de complementar con los preceptos de la ley española y faculta, pero no obliga, al Juez para adoptar las medidas cautelares, sin prueba ni alegación sobre el *fumus boni iuris*, pero sólo cuando se den los supuestos de *periculum in mora* señalados por la *lex fori*, pero sobre todo sostiene su reiterada doctrina (Sentencias de 18 de mayo y 13 de diciembre de 1993, 12 de abril y 7 de noviembre de 1995 y 5 de febrero de 1996, entre otras) sobre que no cabe recurso de casación en materia de medidas cautelares». En los FFJJ 2.º y 3.º se razona que las notificaciones y emplazamientos realizados no se consideran ineficaces al amparo del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, ni llevados a cabo en contravención del artículo 27 del Convenio de Bruselas, puesto que caben alternativas igualmente válidas a la actuación de la llamada Autoridad Central, prevista en el artículo 2 del primero de los Convenios citados, siempre que comporten la posibilidad efectiva de conocimiento por parte del destinatario de la comunicación, como ocurrió en el caso enjuiciado.

Derecho extranjero

– STS (Sala Civil) de 4 de julio de 2006 (TOL 964470) Ponente: Encarnación Roca Trías. Aparte de analizar los medios disponibles para la acreditación del derecho extranjero, la Sala tuvo que resolver acerca de la

posibilidad de recurrir en casación por la vulneración del derecho extranjero. A este respecto, en el FJ 2.º se entendió que: «A nuestro parecer deben distinguirse dos aspectos en lo que se refiere a la aplicación de la Ley extranjera: a) El primero consiste en la determinación del contenido de la Ley que deba aplicarse según la norma de conflicto correspondiente; en este momento, deben utilizarse todos los medios de prueba dirigidos a demostrar al juzgador la vigencia, el contenido y la interpretación de la norma declarada aplicable, para lo cual debe emplearse el artículo 12.6 CC; b) Cuando se ha demostrado al Juez cuál es el derecho aplicable, éste no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto de normas jurídicas y el Juez está obligado a emplear las técnicas jurídicas apropiadas para su interpretación y aplicación y a ello nos lleva el propio tenor del artículo 1692, 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que establecía que el recurso de casación debía fundarse en “la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate” y en este caso, el aplicable es el derecho alemán. La Ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc., y no debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la Ley (art. 24 CE), además de infringir la norma conflictual española. Sin embargo, la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del derecho extranjero no debe ser tenida como doctrina legal a los efectos del artículo 6.1 del Código Civil, sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas».

Propiedad industrial

– STS (Sala Civil) de 23 de junio de 2006 (TOL 964444). Ponente: Jesús Corbal Fernández. Marcas: caducidad por falta de uso y significado de la expresión «uso real y efectivo». En un caso sometido a la Ley de Marcas de 1988, se confirma la caducidad por falta de uso de una marca: la carga de la prueba del uso real y efectivo de la marca pesa sobre quien la alega y la valoración de esa prueba es competencia exclusiva del juzgador de instancia (FJ 3.º). Sobre el alcance del doble adjetivo («real y efectivo») que se predica del uso en la legislación española, el mismo FJ 3.º describe la jurisprudencia interna y se recoge la doctrina de la sentencia del TJCE de 11 de marzo de 2003, para concluir que: «una mera oferta que no ha sido seguida de ningún resultado comercial, ni efecto tangible, no puede estimarse que reúne la consideración de un uso público y externo de la marca con presencia o repercusión en el mercado, y difusión de manera efectiva. En definitiva, no se cumple ninguna de las pautas que podrían demostrar la efectividad del uso: volumen del negocio realizado por el titular bajo el signo, continuada en el tiempo, medidas adoptadas para satisfacer la obligatoriedad y uso del signo en la publicidad o en los medios de comunicación». Por otro lado, en el FJ 4.º se estima, como ya hiciera con anterioridad la STS de 28 de marzo de 2005, que el artículo 55.2 de la Ley 32/1988 debe ser interpretado de conformidad con el artículo 11.1 de la Directiva 104/89, de modo que la irretroactividad de la caducidad por no uso no puede conducir a legitimar al titular a interponer acciones de nulidad de otras marcas (art. 3 Ley 32/1988) en tanto la sentencia no adquiera firmeza.

Propiedad intelectual

– ATS (Sala Civil) de 20 de julio de 2006 (JUR 2006/201421). Ponente: Jesús Corbal Fernández. Auto por el que se acuerda someter una cuestión prejudicial al TJCE en cuanto al concepto de «comunicación pública». El auto trae causa de la reclamación presentada por la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales contra un establecimiento hotelero que captó y retransmitió a los televisores de cada habitación 20 canales emitidos vía satélite y 6 canales emitidos vía terrestre. La Audiencia Provincial de Málaga, en sentencia de 31 de mayo de 1999, confirmó la sentencia de primera instancia, en el sentido de desestimar la demanda por entender que el establecimiento hotelero había satisfecho ya los derechos correspondientes a los productores por medio del contrato que había suscrito con la SGAE. El Tribunal Supremo, tras analizar los recientes desarrollos comunitarios y de derecho interno en la materia (en particular, las leyes 19 y 23/2006, de 5 de junio y 7 de julio, respectivamente), estima que la resolución del caso depende de la interpretación que se dé a las expresiones «actos de comunicación al público» y «actos de puesta a disposición del público» en el derecho español (art. 20 TRLPI), lo que a su vez pasa por averiguar cuál es el sentido del artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE. De ahí que se estime pertinente elevar una cuestión prejudicial al respecto al TJCE (art. 234 Tratado CE). El Tribunal Supremo se hace eco de sus sentencias de 3 de enero y 10 de mayo de 2003, que mantienen criterios distintos en este punto y se muestra consciente de que el TJCE, en sentencia de 3 de febrero de 2000 (cuestión prejudicial C-293/98), tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema, pero lo hizo remitiendo la decisión al derecho nacional, puesto que no se había aprobado todavía la citada Directiva de 2001. En el FJ 3.º, puede leerse además que: «Pese a que el Ministerio Fiscal dice en su informe de fecha 8 de febrero de 2006 que, al ser anterior a la entrada en vigor de la Directiva la presentación de la demanda iniciadora del litigio del que deriva este recurso, ésta no resultaría aplicable al caso, esta Sala insiste en que necesita conocer la opinión del Tribunal de Justicia acerca de la interpretación adecuada a la expresión “acto de comunicación”, porque dicha frase es utilizada también por la Ley española, por lo que, aún cuando no se aplicara directamente al caso la citada Directiva, la duda acerca del sentido que debe darse a la expresión “comunicación pública” seguiría existiendo. Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene declarado en el apartado 108 de su Sentencia de 4 de julio de 2006 (asunto C-212/04) que “procede recordar que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 249 CE, párrafo tercero (véase, en particular, la Sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I- 8835, apartado 113, y la jurisprudencia que allí se cita). Esta obligación de interpretación conforme concierne a todas las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a la directiva de que se trate (véase, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8, y la sentencia Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 115)». Las cuestiones finalmente planteadas al TJCE pueden verse en el FJ 4.º y en el acuerdo con que concluye el Auto.

Propiedad industrial

– STS (Sala Civil, Sección 1.^a) de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006/2365). Ponente: Jesús Corbal Fernández. Concurrencia entre denominación social y nombre comercial. Como se explica en el FJ 1.º, la controversia se reduce en casación a determinar si procede acordar la modificación de una denominación social posterior por ser similar a un nombre comercial, y crear riesgo de confusión por asociación, a los consumidores, al coincidir las actividades comerciales de las entidades demandante y demandada. En el FJ 3.º, amén de un amplio repaso de la jurisprudencia y de la legislación existente en la materia, se parte de que «[...]Evidentemente, como resulta de la sentencia recurrida, la denominación social y el nombre comercial se desenvuelven en distintas esferas de actuación. Tienen diferente régimen jurídico y responden a funciones diversas. La denominación social –o razón social (pese a la confusión del EPI con nombre comercial)– es un signo de identidad personal, identifica al titular (empresario) a modo de un nombre, y con él opera en el tráfico jurídico como sujeto de derechos y obligaciones», y se concluye que «[...] reconoce la facultad de pedir por parte del titular de una marca o nombre comercial prioritario la modificación de la denominación social posterior, cuando hay identidad o similitud en las denominaciones y semejanza en las actividades, de modo que se crea para los consumidores un riesgo de confusión sobre los productos, o de asociación, como manifestación del error o confusión acerca de la procedencia empresarial, si bien la modificación de la nomenclatura social debe limitarse al vocablo o vocablos que producen la confundibilidad»; así se resuelve, revocando el pronunciamiento de la Audiencia. La normativa aplicable era la Ley de Marcas de 1988.

– STS (Sala Civil) de 8 de junio de 2006 (RJ 2006/3356). Ponente: Jesús Corbal Fernández. Marcas: supuesto de marcas homónimas, una registrada en España y la otra no. Concepto de marca notoria o renombrada. La titular de la marca registrada pretende que se condene a la demandada a dejar de utilizarla para todos sus productos, sean o no del mismo tipo que los que comercializa la actora. En apelación, se estimó parcialmente esta pretensión, pero sólo para productos de la demandada respecto de los cuales podía existir riesgo de confusión. Ante la alegación en casación por parte de la actora de infracción de los artículos 4.4, 12.a), 31 y 35 de la Ley 32/1988, la Sala, en el FJ 4.º analiza si por ser la marca notoria o renombrada y existir riesgo de asociación en el mercado no es precisa la identidad o similitud de productos, concluyendo que en cualquier caso la Ley 32/1988 exigía la identidad o similitud de los productos para el éxito de toda acción de violación (art. 31). A continuación, se analiza si concurre en el caso esa identidad o similitud, que permita apreciar el riesgo de confusión o de asociación. La cuestión no es considerada mera cuestión de hecho, por encerrar la interpretación de un concepto jurídico indeterminado y «[...] aplicando esta doctrina al caso, la Sala, teniendo en cuenta que nos hallamos ante productos alimenticios destinados al consumo humano, que incluso pertenecen a la misma familia, se venden en los mismos establecimientos, e incluso en las mismas zonas o departamentos, y tienen los mismos consumidores potenciales, y sobre todo la absoluta identidad –homonimia– del signo distintivo, que acentúa el riesgo de asociación, determinante de confusión, en relación con el origen productivo o procedencia empresarial (SSTJCE de 29 de septiembre 1998. Asunto Canon; 22 de junio de 1999, Lloyd; 22 de junio de 2000, marca Mode), por todo ello no comparte el criterio de la sentencia recurrida. La apreciación resulta reforzada

por una doble consideración. Por un lado, la apreciación de «similitud» de los productos, aquí comprendidos en las marcas en litigio, en la Resolución de la Oficina de Armonización del Mercado Interior comunitario (OAMI) dictada en Alicante el 25 de enero de 1999 que rechaza la solicitud de marca comunitaria formulada por Nutrexpá, S. A.; y, por otro lado, singularmente, que la entidad actora –del mismo grupo empresarial que la demandada, según resulta de autos– se opuso a dicha concesión con base en la “identidad” de los productos, por lo que resulta contradictorio el distinto comportamiento observado, según se trate del mercado español o alemán». En cuanto a la alegación de caducidad por no uso de la marca de la actora y a la interpretación de los artículos 4 y 53 de la Ley de Marcas de 1988, puede verse el FJ 6.º

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico

– SAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 2 de mayo de 2006 (AC 2006/777). Ponente: Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo. Nulidad del contrato de aprovechamiento y del préstamo vinculado. FJ 2.º: «En los mencionados pactos, los denominados adquirentes, no pueden saber lo que adquieren, es decir, sobre qué bien inmueble tienen el derecho de uso, en qué períodos de tiempo, en qué estación anual, cuáles son los servicios en base a los cuales se les exige una cuota, y lo único claro es el montante económico que ha de percibir la parte denominada transmitente. En estos datos contenidos en el contrato poco error probatorio puede existir. Con este total confusiónismo sobre el objeto, difícilmente se puede hablar de consentimiento libre y difícilmente se puede hablar de igualdad de prestaciones». Además, se incumplieron los deberes de información previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 42/1998 (FJ 4.º). Se estima que concurren los requisitos para estimar vinculado el contrato de préstamo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo, siguiendo la línea jurisprudencial que entiende que cabe flexibilizar el requisito de la exclusividad (FJ 5.º). Sobre créditos vinculados a contratos de aprovechamiento por turno, pueden verse, de la misma Audiencia (Sección 1.ª), la sentencia de 12 de junio de 2006 (JUR 2006/191858), ponente: Luis Casero Linares, apreciando también la vinculación; SAP de Madrid (Sección 11.ª) de 22 de mayo de 2006 (JUR 2006/192254), ponente: Jesús Gavilán López, y SAP de Cáceres (Sección 1.ª) de 10 de mayo de 2006 (JUR 2006/158578), ponente: Leopoldo Puento Segura, reseñada en el apartado sobre «crédito al consumo».

Cláusulas abusivas

– SAP de Alicante (Sección 7.ª) de 5 de mayo de 2006 (JUR 2006/183798). Ponente: Javier Gil Muñoz. Contrato de agencia inmobiliaria. Aunque quepa admitir, no sin discusiones, la validez del pacto de exclusiva para la gestión de venta, la renuncia por el propietario a enajenar personalmente la finca sí comporta una limitación de sus facultades dominicales. Por tanto, la cláusula penal prevista (1,5 por 100 del precio) debe entenderse referida únicamente a la vulneración del pacto de exclusiva por haber enajenado la finca otra mercantil, pero no si lo hace directamente el propietario. Por tanto, en su interpretación amplia

sería nula por abusiva, habida cuenta del desequilibrio que genera entre las partes, ya que el propietario no recibe contrapartida alguna por su renuncia. No obstante, la resolución unilateral por parte del propietario genera la obligación de indemnizar los gastos de gestión realizados hasta la fecha, cosa que no tuvo lugar en el caso porque el agente no facilitó a la propietaria la liquidación de tales gastos, pese a haber ofrecido ella pagarlos.

– SAP de Valencia (Sección 9.^a) de 17 de mayo de 2006 (TOL 986647). Ponente: Gonzalo Caruana Font de Mora. Tarjeta de crédito. Tras describir el carácter atípico del contrato de tarjeta de crédito y su naturaleza de contrato de adhesión, en el FJ 3.^o se afirma que: «[...] las consecuencias perjudiciales que pueden derivar de tal riesgo [se refiere al riesgo de uso fraudulento] en principio han de ser asumidas por las entidades bancarias, pues son ellas la parte fuerte o dominante del contrato, las generadoras de la fuente del riesgo, dado que son las que emiten las tarjetas e impulsan su uso en masa; las que marcan las reglas de funcionamiento y seguridad de la propia tarjeta fijadas en el propio contrato de adhesión y, por último, porque controlan y confeccionan los medios tecnológicos desplegados para su efectividad y su seguridad, pues son las que han configurado en el punto ahora que interesa, los cajeros automáticos, su ubicación y sus medidas de seguridad». La diligencia exigida al cliente es la propia de un buen padre de familia, mientras que la exigida a la entidad bancaria es la correspondiente a un profesional. La cláusula que imputa al cliente-consumidor, de modo automático y sin contemplación de una eventual falta de diligencia por su parte, la responsabilidad en supuestos de uso fraudulento es nula, por abusiva, de conformidad con lo dispuesto en la DA 1.^a II, apartados 10 y 14, y IV, apartado 19, de la Ley 26/1984.

– SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 23 de mayo de 2006 (JUR 2006/192227). Ponente: Amparo Camazón Linacero. Contrato de limpieza de centros de enseñanza. No resultan aplicable la regulación de las condiciones generales de la contratación (por tratarse de una cláusula negociada individualmente) ni la relativa a las cláusulas abusivas (por no tratarse de contratos celebrados con consumidores), pero la cláusula penal desproporcionada por desistimiento unilateral puede ser moderada al amparo del artículo 1154 CC.

– SAP de Huesca (Sección 1.^a) de 31 de mayo de 2006 (AC 2006/914). Ponente: Antonio Angós Ullate. En aplicación de la DA 1.^a, apartado 1.3, de la Ley 26/1984, se declara nula, por abusiva, la estipulación conforme a la cual no existe límite de tiempo para el devengo de la penalización diaria por falta de devolución de una película al videoclub. La Audiencia modera la indemnización, fijándola en treinta días, pero sobre la base del precio de alquiler de la película, que es superior a la penalización.

– SAP de Cáceres (Sección 1.^a) de 31 de mayo de 2006 (JUR 2006/183380). Ponente: Antonio María González Floriano. Aunque no afecta al fondo de la resolución, se considera que no es calificable de venta por catálogo la realizada en el establecimiento del vendedor, estableciéndose una relación personal con el comprador, pese a que no estén físicamente presentes los objetos del contrato. No obstante, se considera abusiva la cláusula inserta en el reverso de la hoja de pedido, que no fue firmada por el cliente en manifestación de su aceptación y que fue establecida unilateralmente por el vendedor, conforme a la cual la cancelación del pedido comportaría la pérdida del 10 por 100 de la cantidad abonada como señal por el cliente si se realizaba dentro de los diez

días siguientes a la adquisición y del total, si tenía lugar con posterioridad. Además, el carácter abusivo deriva del hecho de que la anulación del pedido no causa perjuicios al vendedor.

– SAP de Pontevedra (Sección 1.^a) de 2 de junio de 2006 (JUR 2006/187472). Ponente: Francisco Javier Menéndez Estébanez. Contrato de mantenimiento de ascensores por un plazo de diez años y con renovación automática salvo preaviso de la comunidad de propietarios con tres de meses de antelación. La duración no se estima abusiva, pero sí el plazo de preaviso, que de hecho impide al consumidor ejercitar sus derechos. No obstante, en el caso enjuiciado la comunidad pretendió desvincularse del contrato al año seis, sin preaviso alguno, lo cual se considera incumplimiento contractual por su parte. Respecto de la cláusula penal, que establecía una indemnización para estos casos del 50 por 100 de los plazos pendientes, se califica de abusiva, por desproporcionada, y por comportar una doble sanción, al solaparse con el reintegro de las cantidades percibidas como descuento por la duración del contrato, amén de no tener paralelo en caso de desistimiento por la compañía de mantenimiento. Declarada la nulidad de la cláusula en este sentido, el tribunal la integra aplicando la regla general del artículo 1124 CC y estableciendo una indemnización a cargo de la comunidad del 15 por 100 de los pagos pendientes. Para el mismo tipo de contrato, con preaviso de seis meses para el desistimiento y previsión de indemnización a cargo del cliente y no de la empresa suministradora, SAP de Asturias (Sección 4.^a) de 17 de mayo de 2006 (JUR 2006/187880), ponente: Francisco Tuero Aller, pero absolviendo en este caso por completo a la consumidora demandada, por estimar la nulidad absoluta de las cláusulas analizadas; también SAP de Asturias (Sección 6.^a) de 15 de mayo de 2006 (AC 2006/920), ponente: Jaime Riaza García.

– AAP de las Islas Baleares (Sección 3.^a) de 6 de junio de 2006 (JUR 2006/194221). Ponente: María Rosa Rigo Rosselló. Cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo por impago de cuotas: se estima su validez, sin que se aprecien en ella las notas características de las cláusulas abusivas, que en este supuesto se cifrarían en el carácter discrecional de la facultad de declarar el vencimiento. Tras analizar la evolución de la consideración que han merecido este tipo de cláusulas, el FJ 5.º concluye que en el caso enjuiciado el pacto de vencimiento anticipado no comporta un desequilibrio de derechos y obligaciones que perjudique al consumidor, puesto que no contempla cualquier incumplimiento menor y su apreciación no queda al arbitrio de la entidad financiera.

– SAP de Asturias (Sección 7.^a) de 9 de junio de 2006. Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente. Interés calificable de abusivo, a tenor de las Leyes 26/1984 y 7/1995. Según el FJ 3.º: «[...] debe calificarse de abusivo un interés que supera en más de cinco veces el legal del dinero, pues no existen en las actuaciones índices para determinar el interés que resultaría aplicable en este tipo de operaciones de préstamo, en el que aquéllos pueden superar los de otro tipo de contratos en el que el prestatario ha de ofrecer mayores garantías, aunque no cabe olvidar que, en el presente caso, los prestatarios aceptaron sesenta letras de cambio en garantía del pago, por lo que procede reducir el interés a los límites que prevé el artículo 19.4.º de la Ley de 23 de marzo de 1995, de Crédito al Consumo, no porque entienda la Sala que deban equipararse matemáticamente ambas operaciones, ya que no es lo

mismo un contrato de préstamo y sus intereses remuneratorios, que un descubierto originado en el contrato de cuenta corriente, sino por estimar que es utilizable en determinadas ocasiones por analogía ese índice para adecuar los intereses pactados a la normativa protectora del consumidor cuando no existen otros de mayor fiabilidad, cual ocurre en el caso enjuiciado, tal y como ha hecho en otras ocasiones esta Audiencia (Sentencia de 21 de noviembre de 2005». Imposibilidad de aplicar al caso la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, por no haberse probado cuál era el tipo de interés habitual a la fecha del contrato para operaciones de la misma clase, de modo que falta el elemento comparativo (FJ 4.º). Pueden verse también los FJ 5.º y 6.º, con abundante cita jurisprudencial, respecto del posible carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo por incumplimiento, que se niega, y a la posible moderación de sus consecuencias, por la vía del artículo 1154 CC, a lo cual se da lugar. Véase, en cambio, AAP de Toledo (Sección 2.ª), de 8 de junio de 2006 (JUR 2006/191891), de la que fue ponente Juan Manuel de la Cruz Mora, y en la que, siguiendo la doctrina del TS en sentencia de 2 de octubre de 2001, se estima que, al tener naturaleza penal los intereses moratorios, no pueden ser calificados de usurarios según la Ley de 1908.

Competencia desleal

– SAP de Madrid (Sección 14.ª) de 8 de mayo de 2006 (AC 2006/925). Ponente: Amparo Camazón Linacero. No se estima producido ninguno de los supuestos de competencia desleal previstos en la Ley 3/1991 en un caso en que dos de los socios minoritarios y consultores de una empresa de asesoría y consultoría a empresas la abandonan y constituyen una nueva sociedad, para desarrollar por medio de ésta su actividad profesional. El hecho de que otro de los colaboradores de la citada empresa pusiera fin a su contrato con ella, en aplicación de las cláusulas del mismo, no es indicio de mala fe ni denota la inducción por parte de los socios salientes a este comportamiento, sino que es consecuencia natural de la relación de confianza que les unía.

– SAP de Madrid (Sección 10.ª) de 8 de mayo de 2006 (JUR 2006/188123). Ponente: José González Olleros. Estando pendiente un pleito sobre patentes entre la actora y la demandada, en la que la primera vio desestimada su pretensión de obtener medida cautelar de retirada de la circulación del medicamento genérico comercializado por la segunda, la demandante envió más de 150 requerimientos a distribuidoras farmacéuticas explicando la situación, lo cual produjo un efecto devastador sobre las ventas del genérico, que su fabricante compara a las que hubiese producido la medida cautelar denegada. Por ello, insta un procedimiento por competencia desleal, por entender infringidos los artículos 5, 7, 9 ó 14 de la Ley 3/1991. La Audiencia entiende que la veracidad y la redacción de los requerimientos impiden estimar concurrente ninguno de los tipos de ilícito contemplados en la referida Ley.

Condiciones generales de la contratación

– SAP de la Rioja (Sección 1.ª) de 21 de junio de 2006 (JUR 2006/187240). Ponente: Alfonso Santisteban Ruiz. No hay duda alguna sobre la incorporación de las condiciones generales y particulares al contrato de préstamo para el comprador de bienes muebles, en el que se hace referencia expresa a las mismas, es firmado por ambas partes y el prestatario recibe una copia, amén

de constar en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, cumpliéndose, por tanto, los requisitos exigidos por la Ley 7/1998. Se estima que tampoco se vulnera la Ley 26/1984, por tratarse de un contrato normado, que obedece a una resolución oficial de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyas cláusulas fueron expresamente aceptadas por las partes, que manifestaron conocerlas.

Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles

– SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 10 de mayo de 2006 (AC 2006/929). Ponente: Amparo Camazón Linacero. La reconvención planteada por la adquirente de una colección de libros, frente a la demanda de pago interpuesta por la editorial-vendedora, pretendiendo la nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad del contrato, por incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley 21/1991, se desestima por entender que en el caso se cumplieron todas las referidas previsiones.

– SAP de Asturias (Sección 6.^a) de 12 de junio de 2006 (JUR 2006/205828). Ponente: José Manuel Barral Díaz. Adquisición de un tractor agrícola. No resulta de aplicación al caso la Ley 21/1991, porque el agricultor solicitó la presencia en su domicilio del vendedor y, además, no concurre en el comprador la condición de consumidor o usuario.

Crédito al consumo

– SAP de Zaragoza (Sección 4.^a) de 10 de mayo de 2006 (JUR 2006/188055). Ponente: María Jesús de García Muñoz. No se aprecia la vinculación del crédito a los efectos de la Ley 7/1995, por haber sido negociado individualmente por la compradora con su entidad bancaria habitual y por no quedar acreditada la exclusividad en la financiación.

– SAP de Cáceres (Sección 1.^a) de 10 de mayo de 2006 (JUR 2006/158578). Ponente: Leopoldo Puente Segura. Se estima vinculado el préstamo concertado para la adquisición de un derecho de aprovechamiento por turno –cuya declaración de nulidad en primera instancia no es impugnada (art. 14.2 Ley 7/1995). No se estima aceptable la alegación de la entidad bancaria recurrente conforme a la cual la Ley 7/1995 no es aplicable a préstamos para la adquisición de bienes inmuebles. En cuanto al cumplimiento de los requisitos del artículo 15 de la referida Ley, se hace especial hincapié en el acuerdo previo entre la constructora y la entidad bancaria, la inexistencia de pactos similares con otras entidades bancarias y la falta de relación de los adquirentes con la sucursal concedente del préstamo; todo ello, pese a que en el contrato se estableciese que el adquirente podía elegir la financiación que más conveniente le pareciese. Véanse, también, las sentencias reseñadas en el apartado «aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico».

– SAP de Las Palmas (Sección 1.^a) de 15 de mayo de 2006 (AC 2006/1010). Ponente: Mónica García de Yzaguirre. Se aprecia el carácter de crédito vinculado del concertado para la financiación de un curso de idiomas, al que resulta de aplicación la Ley 7/1995, así como el artículo 1288 CC, por tratarse de un contrato de adhesión. La entidad financiera incumplió su obligación de redactar por escrito el contrato y de entregar al cliente una copia del mismo suscrita por la entidad. La sentencia recoge y sigue resoluciones anteriores respecto de la misma academia de idiomas y la misma financiera, para

entender concurrente el requisito de la exclusividad y el destino del curso a la satisfacción de necesidades personales, imprescindibles para la consideración del crédito como vinculado. Cerradas las puertas de la academia, procede la resolución del contrato de préstamo, con devolución sólo de las cantidades devengadas tras el incumplimiento por la academia. En sentido prácticamente idéntico, respecto de otra academia de inglés que dejó de prestar sus servicios y empleaba el mismo método de financiación, SAP de Las Palmas (Sección 4.ª) de 9 de mayo de 2006 (JUR 2006/212786), ponente Emma Galcerán Solsona.

Garantías en las ventas de bienes muebles de consumo

– SAP de Cáceres (Sección 1.ª) de 24 de mayo de 2006 (JUR 2006/183418). Ponente: Juan Francisco Bote Saavedra. Vestido del boda del que se desprendían pañuelos. Se ejercita una acción indemnizatoria por incumplimiento contractual (art. 1101 CC), y, por consiguiente, no es de aplicación la Ley 23/2003, al no haberse planteado ninguna de las acciones en ella previstas.

– SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 30 de mayo (JUR 2006/187552). Ponente: Carlos Moreno Millán. La apelación trae causa de la demanda interpuesta por el adquirente de un automóvil contra el distribuidor y el fabricante, solicitando la sustitución del vehículo o, subsidiariamente, la resolución del contrato, debido a los defectos que presentaba. En primera instancia, se estimó parcialmente la demanda. Recurren el adquirente y las demandadas. La Audiencia desestima, en el FJ 2.º, la alegación de falta de legitimación pasiva formulada por el fabricante en España; el Tribunal entiende que la Ley 23/2003, en concordancia con las previsiones de la Ley 26/1984, establece una responsabilidad directa, objetiva y solidaria de todos los intervinientes en el proceso de producción y comercialización, aunque no fuese a ellos imputable el defecto del producto; de ahí que el artículo 10 de la Ley 23/2003 prevea las correspondientes acciones de regreso. Por otro lado, el vendedor es legitimado pasivo respecto de la posible pretensión de sustitución (FJ 3.º). La sustitución del vehículo se consideró, no obstante, desproporcionada, por la excesiva onerosidad para el vendedor (art. 5.1 Ley 23/2003), por lo que la resolución acordada en primera instancia se confirma: los defectos que presentaba el vehículo no afectaban a su seguridad y funcionamiento, pero sí se consideran de suficiente entidad como para dar lugar a la resolución del contrato, una vez intentada sin éxito la reparación (FJ 4.º).

Propiedad industrial

– SAP de Madrid (Sección 11.ª) de 12 de mayo de 2006 (AC 2006/933). Ponente: Félix Almazán Lafuente. Marcas. Demanda interpuesta por los titulares de las marcas de la familia «Citi» contra una empresa, inicialmente dedicada sólo a la prestación de servicios inmobiliarios y aduaneros, cuya marca registrada es únicamente «Citi». El hecho de que la marca de la entidad financiera actora sea mixta, en el sentido de incluir representaciones gráficas, y vaya acompañada siempre de un sufijo («Bank», «House», «Corp», etc.) hace que no exista riesgo de confusión, en los términos establecidos por la jurisprudencia del TJCE (sentencia de 26 de octubre de 2005). Respecto del registro del nombre de dominio «citi.es» por parte de la demandada véanse las consideraciones vertidas en el FJ 8.º, rechazando igualmente

la pretensión de las actoras-recurrentes. En materia de riesgo de confusión, incluyendo los nombres de dominio en Internet, puede verse también SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 3 de mayo de 2006 (JUR 2006/192897), ponente: Pablo Quecedo Aracil (especialmente, FJ 4.^o).

– SAP de Albacete (Sección 1.^a) de 24 de mayo de 2006 (JUR 2006/192160). Ponente: Manuel Mateos Rodríguez. Demanda interpuesta por los titulares de la marca comercial «Cornetto» contra la empresa que comercializaba igualmente helados con el nombre «Conatto», sin tener registrada marca alguna. Se estiman concurrentes los requisitos necesarios para estimar que la semejanza entre los signos implica un riesgo de confusión para el público [art. 34.2.b) Ley 17/2001] (FJ 4.^o). El hecho de que el uso en España de la marca «Conatto» fuese anterior al registro de la marca «Cornetto» se estima irrelevante (FJ 5.^o), puesto que la segunda era ya utilizada en Europa y, además, la empresa comercializadora de la segunda no tiene registrada la marca, por lo que no puede beneficiarse de la protección que brinda la Ley de Marcas. No se aprecia prescripción de las acciones de propiedad industrial y de competencia desleal ejercitadas, por aplicación de la doctrina de los actos continuados (FJ 3.^o), pero sí limitación en cuanto a los efectos indemnizatorios, de conformidad con el artículo 45.2 de la Ley 17/2001. A partir de 1995, cuando la marca «Cornetto» fue introducida masivamente en España, la demandada estuvo llevando a cabo claros actos de confusión, a los que es de aplicación el artículo 6 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

– SAP de Burgos (Sección 3.^a) de 13 de junio de 2006. Ponente: Ildefonso Barcalá Fernández de Palencia. Marcas. La Audiencia declara la nulidad de una marca («La Sepia») y de la marca mixta que lleva el mismo nombre, por haber sido registrada en contravención de la prohibición establecida en el artículo 5.1 de la Ley 17/2001, al tratarse de una denominación genérica, de uso habitual en el ámbito de la restauración, al que se dedica el titular, que no puede servir para distinguirlo de otros competidores. No se estima aplicable la excepción prevista en el artículo 5.2 de la Ley 17/2001. A pesar de ello, la denominación puede seguir siendo empleada como distintivo del local, como se ha venido haciendo durante treinta años, puesto que en este ámbito no está prohibido el uso de denominaciones genéricas, y, por consiguiente, su titular puede interponer las acciones pertinentes para evitar que otros en la misma localidad usen signos que no distingan adecuadamente un negocio de otro. En este punto, se aplica la doctrina surgida al amparo del artículo 82.2 de la Ley de Marcas de 1988, pese a haber quedado ahora la cuestión desplazada al ámbito de la competencia desleal. «En el supuesto de autos, la posibilidad de confundir el bar o el restaurante de la parte actora con el de la parte demandada es prácticamente nula, pues el primero se halla en el centro de la ciudad donde lleva establecido treinta años, y el segundo se ha abierto recientemente en una de las grandes superficies que están a las afueras de Valladolid. Ni por la proximidad entre los establecimientos, ni por la clientela que acude a uno o a otro local, ni por las costumbres que hacen que esa clientela se desplace en búsqueda del servicio ofrecido, puede decirse que la parte demandada realice alguno de los actos que son constitutivos de competencia desleal. Por otra parte, el nombre de ambos establecimientos introduce algún elemento diferenciador, girando uno como la Sepia y el otro como Casa de la Sepia, como para que no se produzca una identidad absoluta ente ambos nombres que impida su identificación».

– SAP de Zaragoza (Sección 5.^a) de 22 de junio de 2006 (JUR 2006/225847). Ponente: Pedro Antonio Pérez García. Marcas. Recogiendo la doctrina del TS y del TJCE, la Audiencia estima que no hay riesgo de confusión entre las marcas «Marqués de Alella» y «Marqués de Maella», puesto que, pese a referirse ambas a vinos, uno es tinto y el otro es blanco, sus envases y etiquetas no presentan semejanza y su modo de elaboración y denominación de origen es también diverso, de modo que el consumidor medio, a quien se presume cierto conocimiento en la materia, no sufre el peligro de confusión aludido. Tampoco se estima concurrente la notoriedad de la primera de las marcas, que pudiera comportar la expansión de sus efectos a otros productos o servicios.

Propiedad intelectual

– SAP de Zaragoza (Sección 5.^a) de 15 de junio de 2006 (JUR 2006/183294). Ponente: Antonio Luis Pastor Oliver. Se parte de que la emisión de música en una escuela de danza es un acto de comunicación pública y no un acto de uso privado, dado el beneficio comercial que con ello obtiene la escuela. Se reconoce la legitimación de la SGAE para reclamar de la escuela, por no haber acreditado ésta que la música que utilizaba en sus clases era de la llamada «libre», esto es, colgada en Internet por sus autores con renuncia implícita a sus derechos de explotación, siendo así que la carga de la prueba pesaba sobre la demandada y no sobre la SGAE, a quien se presume representa a todos los autores.

Recensiones de libros sobre Derecho Privado Europeo

SANZ CABALLERO, Susana: *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, 397 pp., ISBN: 84-8456-387-1.

Podría decirse que en nuestros días la realidad social parece desbordar a la realidad legal tradicional en torno a la noción de familia y a los derechos que le son inherentes. Por ello es del todo oportuno preguntarse, como lo hace la autora de esta obra, Susana Sanz Caballero, «qué tipo de medidas se adoptan en el ámbito internacional al objeto de proteger los intereses familiares, qué clase de iniciativas se promueven y fomentan para que los Estados cumplan con sus obligaciones hacia la familia y, en definitiva, eleven el nivel de bienestar de la misma» (p. 23). Con una trayectoria especializada en derecho internacional de los derechos humanos y derecho comunitario –la Dra. Sanz es Titular de la Cátedra Jean Monnet de Integración Europea de la Universidad Cardenal Herrera de Valencia, donde es profesora ordinaria de Derecho Internacional Público–, la autora se adentra en un análisis del derecho internacional en la materia. El resultado ha merecido la calificación de ser la primera monografía dedicada a estudiar con «rigor científico» y «coherencia» el ámbito jurídico de lo que constituye «la célula básica de la sociedad» desde la perspectiva de la protección internacional (universal y europea) de los derechos humanos, como indica el Profesor Dr. Jorge Cardona Lloréns en el prólogo (pp. 17 y 20).

La obra se estructura en seis capítulos que representan en realidad tres grandes ámbitos de análisis: el primero, y menos extenso, se dedica al concepto y protección de los derechos de la familia en el sistema de las Naciones Unidas (capítulo I); el segundo aborda el concepto y derechos de la familia en el seno del Consejo de Europa (capítulos II y III), y el tercero estudia el concepto y derechos de la familia en la Unión Europea (capítulos IV y V). El capítulo VI es de conclusiones finales. El uso de un método jurídico de análisis uniforme a lo largo de toda la obra es muy acertado. Se diría que la autora realiza una construcción teórica que parte de una lectura inductiva de instrumentos jurídicos y jurisprudencia para llegar a enunciar a modo de ideas conceptuales los *pormenores jurídicos* del concepto de familia y de los derechos humanos que le son intrínsecos en la realidad social actual. Por ello, en lo que se refiere a la parte regional europea, la obra ofrece un compendio sistematizado de un número considerable de sentencias ágilmente manejadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Su contenido es en exceso descriptivo, echándose en falta, en ocasiones, una mayor profundización y apoyo doctrinal con respecto a diversos de los conceptos jurídicos que se destacan, así como con respecto a las valoraciones personales que se aportan.

Quizás el primer capítulo, dedicado a las Organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, será el menos interesante para el *iusprivatista*, por consistir en una relación indicativa –no exhaustiva– de distintos instrumentos jurídicos internacionales, en su mayoría de *soft law*, que incluyen derechos humanos vinculados a la familia (como, por ejemplo, el derecho a la vida privada y familiar, derecho a contraer matrimonio, a fundar una familia y la

igualdad de derechos entre cónyuges, derecho de la persona a una remuneración justa que le asegure a ella y su familia una vida digna, etc.). Al respecto, si bien se echa en falta un mayor análisis contextual de cada instrumento (Estados parte en el tratado o Estados que adoptan la resolución internacional en cuestión, las causas de su adopción, etc.), el capítulo no deja de ilustrar sobre la relevancia del *valor familia* en la sociedad internacional universal, así como sobre la dificultad de manejar un concepto único de ésta en un ámbito que es tributario de la heterogeneidad de los Estados que lo componen.

Mayor interés ofrecen los capítulos siguientes donde se reflejan dos lecturas, en cierto modo opuestas, de los derechos humanos de la familia: la visión *humanista, cristiana y liberal* (p. 349) y la visión *pragmática y utilitarista* (p. 354), en expresiones de la autora, del juez de Estrasburgo y el juez de Luxemburgo, respectivamente.

La aproximación al Consejo de Europa se hace a partir de la inexistencia de una definición de *familia* en el Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos humanos y Libertades Fundamentales. Ésta se deducirá a partir de una jurisprudencia que «se puede tildar actualmente de poco conservador[a]» (p. 350), vivo reflejo de la adecuación de los jueces al *air du temps* y de su tendencia a proteger la *famita natural* (así, por ejemplo, hay familia entre una madre soltera y su hijo natural desde el momento de su nacimiento; la familia puede incluir a los abuelos; existe familia entre unos padres y su hijo matrimonial desde el mismo momento del nacimiento, independientemente de que los progenitores convivan con el niño; puede existir vida familiar entre personas transexuales, etc.). El concepto de *esposo y matrimonio* tiene su giro jurisprudencial en el 2002 (sentencias Goodwin e I), cuando parece darse mayor peso al *sexo psíquico* que al biológico y así se puede interpretar el artículo 12 del Convenio —que textualmente se refiere al derecho a casarse de «el hombre y la mujer»— abriendo la puerta al derecho a casarse de los transexuales. Otro tanto decirse del concepto jurisprudencial de *hijo*, basado en la necesaria igualdad entre *todos* los hijos; o de *vida privada y familiar*, de la *igualdad de derechos de los cónyuges y del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia*, que se realizan a continuación. Tras este ensayo de construcción conceptual, el contenido concreto de los derechos se analiza en el capítulo III (*derecho a una vivienda, al respeto de la propiedad familiar, derechos socio-económicos, situación ante la expulsión de extranjeros, derecho a la educación de los hijos, la custodia de los hijos*, etc.), no sin las necesarias remisiones a puntos analizados en el capítulo anterior; en alguna ocasión se fuerza demasiado el discurso para extraer las conclusiones reflejadas en la sistematización del capítulo. Por otra parte, la autora muestra también con acierto que el liberalismo del TEDH choca en alguna ocasión con la falta de pronunciamiento sobre temas excesivamente polémicos o sobre los que no hay aún un consenso entre los jueces, como es el caso del aborto.

En cuanto a la Unión Europea, la autora parte de su falta de competencia expresa sobre derechos fundamentales ni sobre los derechos de la familia. Ello conlleva que la Unión se interese por éstos «en la medida en que un asunto que verse sobre ellos afecte a un objetivo de la Unión como pueda ser la libre circulación de personas o bienes, la creación del mercado único o la libre competencia entre las empresas» (p. 323). Es, por tanto, del todo lógico, que el TJCE encare el tema de forma «economicista e instrumental» (p. 244), pues «los derechos de la familia interesan en tanto que medio para conseguir el crecimiento económico europeo y la integración y cohesión social». Claro ejemplo es que «la mayoría de las normas comunitarias protege a la familia

del trabajador migrante comunitario, descartándose por lo general sus aplicación para el caso de familiares de migrantes de terceros Estados» (p. 245). La incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al derecho originario, no cambiaría demasiado el panorama, pues, con la excepción de su artículo 33.1, la mayoría de los derechos ya se protegían en la Unión de un modo u otro. El análisis del concepto y los derechos de la familia se basa en los mismos elementos conceptuales utilizados en los capítulos anteriores. Aun observándose influencias de la jurisprudencia del TEDH (claro ejemplo es el de las sentencias Goodwin e I sobre la Sentencia KB/Nacional Health Service Pensionsagen, admitiendo el derecho al matrimonio entre transexuales), los resultados son en global divergentes. La jurisprudencia en torno a los *derechos socio-económicos* es lógicamente más profusa, sin embargo, los logros positivos del juez de Luxemburgo deben ser matizados y criticados por su visión económica, «tan diferente e incluso distante en materia de derechos fundamentales» (p. 360), lo que «produce cierta esquizofrenia jurídica» (p. 361) en Europa.

De todo lo visto, dado el objeto de la obra, más que el listado de documentación final que se presenta, hubiese sido deseable incluir un índice de citas de los instrumentos jurídicos y sobre todo de las sentencias, especialmente teniendo en cuenta la remisión que de éstas se hace de un capítulo a otro. Pero ello no impide considerar el resultado global como un muy interesante y sugerente análisis jurídico basado en un método ordenado y coherente que permite al lector aproximarse con un menor (Sistema de Naciones Unidas) y mayor (ámbito regional europeo) detalle al concepto de familia y de los derechos que le son inherentes en una perspectiva internacional.

Helena TORROJA MATEU
Universidad de Barcelona

SERRANO FERNÁNDEZ, María: *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*, València, Tirant Lo Blanch, 2005. ISBN 84-8456-291-3, 437 pp.

El libro se presenta a modo de estudio comparado del proceso de interpretación de los contratos en los diferentes sistemas jurídicos de nuestro entorno. Tal metodología se impone por entender la autora que, para poder abordar la consecución de un Derecho civil europeo, antes es preciso llevar a cabo la tarea de aproximación de los dos grandes sistemas jurídicos civiles occidentales: el *Civil Law* y el *Common Law*.

La obra se estructura en tres partes, divididas, cada una, en tres capítulos. A la vez, la materia se divide en tres temas clave: La «interpretación y prueba documental», la «interpretación, integración e interpretación integrativa del contrato» y los diferentes tipos de «normas de interpretación (subjettivas y objetivas), su posible jerarquía, y la buena fe como criterio de interpretación». Entorno a tales cuestiones, se analizan los problemas que plantean el Derecho civil español y otros Derechos civiles continentales (Parte Primera) y el anglosajón (Parte Segunda). Además, se toman en consideración los tres más importantes instrumentos de armonización jurídica-privada actuales (Parte Tercera), esto es: la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de

compraventa internacional de mercaderías, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios de Derecho europeo de contratos.

Asimismo, la autora divide cada uno de estos tres temas clave en varios puntos, cuyo análisis se va repitiendo con respecto a cada uno de los ordenamientos jurídicos y normas antes mencionados.

En primer lugar, en relación con la «interpretación y prueba documental», cabe destacar lo siguiente:

1) El análisis de la admisibilidad de la *parol evidence rule* o «regla de la palabra» del Derecho civil anglosajón (Parte Segunda, Capítulo I), la cual imposibilita el recurso a una prueba extrínseca ante una manifestación de voluntad contractual que no adolezca de lagunas.

En el Derecho civil español, la noción «términos claros» no es una regla similar a la anglosajona de la *parol evidence rule*. Se entiende que son claros los términos del contrato (art. 1281 CC) si reflejan realmente la intención evidente de los contratantes y que la literalidad de los términos tiene un papel subordinado respecto de la valoración de todos los demás datos (art. 1182 CC), a la hora de estimar cuál fue la intención de las partes. Una regla como la *parol evidence rule* tampoco está vigente en otros Derechos civiles continentales. Así, se analiza el artículo 1156 *Code* francés, llegando a la conclusión de que la literalidad tiene un valor relativo, aunque exista un principio de prueba tasada (art. 1341 *Code*). Igualmente, el artículo 1362 del *Codice* italiano impone el deber positivo de indagar la común intención de las partes y, en dicha indagación, la literalidad de los términos tiene un papel secundario, con respecto a datos extrínsecos. Por último, se observa que el parágrafo 133 BGB también impone al intérprete el deber de buscar la voluntad real o común de las partes, por encima del texto literal.

Finalmente, respecto a los instrumentos internacionales (Parte Tercera) cabe destacar que la CV (art. 8), los PU (art. 4) y los PECL (art. 5101) señalan, como material hermenéutico, la común intención de las partes. Para buscarla deben tomarse en consideración todas las circunstancias (art. 4.3 PU) y el intérprete tiene un amplio abanico de medios (art. 5102 PECL), con lo cual estos textos no han acogido la regla de la *parol evidence rule*.

2) La cuestión de la validez de las *merger clauses* o cláusulas de restricción probatoria, del Derecho civil anglosajón (Parte Segunda, Capítulo I), en las que las partes indican que el acuerdo debe ser interpretado dentro del marco de los acuerdos escritos.

Por lo que se refiere al Derecho civil español, esta cláusula puede nacer al amparo del artículo 1255 CC; no obstante, las partes no pueden excluir reglas imperativas de interpretación (arts. 1291-1289 CC). En el Derecho civil francés, la cuestión se resuelve en los mismos términos; mientras que el Derecho civil alemán y el italiano admiten la posibilidad de pactar formas convencionales.

En los instrumentos internacionales, la CV no admite las *merger clauses* ex artículo 8.3, aunque se trate de una norma dispositiva (art. 6). Mientras que, los PU las admiten, si su propósito es delimitar lo que constituye el acuerdo definitivo de las partes, respecto de las negociaciones previas. También las admiten los PECL (art. 2105), pero entendiendo que puede probarse que dichas cláusulas no fueron acordadas con la finalidad de neutralizar una promesa verbal u otra hecha en otro documento.

En segundo lugar, en relación con la «interpretación, integración e interpretación integrativa del contrato» (Parte Primera, Capítulo II), la autora explica con profundidad la interpretación integradora. Su construcción en el

Derecho civil español se realiza a partir de la tesis de Alfaro, que la considera preferente a la integración mediante normas de Derecho dispositivo, cuando existan datos en el contrato que induzcan a pensar que la solución prevista por las partes hubiera sido distinta a la prevista por éste. Por otro lado, esta construcción recibe críticas basadas en que la reglamentación contractual carece de posibilidades propias de autointegración (López y López). Como colofón a esta cuestión, se aborda el tema de la interpretación integradora en los contratos celebrados bajo condiciones generales a partir de los artículos 8 y 10 LCGC y del artículo 10 bis LGDCU. Estos preceptos remiten a las reglas del artículo 1258 CC, sin acudir previamente al mecanismo de la interpretación integradora. Solución que valoramos como lógica teniendo en cuenta que, en estos contratos, cede el poder de autorregulación de los propios intereses. La temática se cierra con una referencia comparada a las soluciones del Derecho de francés (arts. L.132 ss del Código de Consumo), con mayor detalle, a las soluciones del Derecho italiano (art. 1341 *Codice*) y un breve apunte a los Derechos portugués (art. 9 Decreto-ley de 31 de agosto de 1995) y holandés (arts. 213 a 247 BW).

En cuanto a la interpretación integrativa en el sistema del *Common Law*, la autora plantea la cuestión (Segunda Parte, Capítulo II) siguiendo a Treitel. Resalta la idea de que, por la ausencia de una conciencia clara de que los efectos del contrato no se agotan en el propio acuerdo y de que es preciso añadirles otros efectos derivados de fuentes objetivas, los Tribunales del *Common Law*, para la interpretación integrativa, acuden a la ficción de considerar implícitos en el contrato los *statutes* (fuentes extrínsecas).

En tercer y último lugar, se abordan las «clases de normas de interpretación y su jerarquía». Merece destacarse, en el estudio del Derecho civil español (Parte Primera, Capítulo III), que un sector doctrinal (López y López) considera que las normas subjetivas tienen preferencia y otro (Jordano Barea, Díez-Picazo, Gil Rodríguez) piensa que deben utilizarse simultáneamente las reglas subjetivas y las objetivas. También es interesante la exposición del tema de la cláusula general de buena fe (art. 1258 CC) como criterio objetivo de interpretación de los contratos.

El Derecho civil anglosajón parte igualmente de una interpretación objetiva, pues el intérprete ha de determinar el alcance de las obligaciones asumidas con el parámetro del *reasonable man*. Asimismo rige el principio general de buena fe en sentido objetivo (*fair dealing*).

El libro no cuenta con un apartado de conclusiones. Tal vez por ello, la autora anticipa una a su comienzo, aunque se trate de una idea conocida: las soluciones acogidas en el *Civil Law* y en el *Common Law* respecto de los problemas que plantea la interpretación de los contratos se encuentran en íntima conexión con la propia concepción del contrato y con el papel del principio de autonomía de la voluntad.

Finalmente, nos queda realizar una valoración crítica de la obra. Sin duda, la autora ha sabido escoger un tema importante y sugerente para el análisis y la metodología de Derecho comparado utilizada se revela especialmente interesante, necesaria incluso. Con todo, los resultados se hubieran visto notablemente mejorados si, además de los ordenamientos jurídicos nacionales, también hubiera tomado en consideración las directivas comunitarias, por cuanto en la posible estructura que pueda tener un MCR, prevista en la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de octubre de 2004 [COM(2004) 651 final], la interpretación del contrato aparece como una de las partes del acervo comunitario que debe ser revisado. Desde luego, ello hubiera contribuido a aportar nuevos

datos o soluciones a los problemas que plantea la interpretación del contrato, tanto desde la perspectiva del derecho propio como del resto de derechos nacionales. Problemas que, por otra parte, generalmente se abordan desde una perspectiva meramente descriptiva y desde una posición excesivamente acrífica (por ejemplo: al concluir sobre la cuestión de la integración del contrato con condiciones generales tras la declaración de nulidad parcial –p. 195–; o sobre si la buena fe es sólo un medio de interpretación objetiva –p. 258–; o sobre la valoración de la presunción *iuris tantum* a favor de la validez de una *merger clause* que, indica la autora, establece el artículo 2205 PECL, cuando dicha cláusula no ha sido negociada individualmente –p. 422–, lo cual, a primera vista, nos parece una formulación poco acorde con el principio *pro consumatore*). También el apartado bibliográfico es reducido. Ni siquiera se recogen las contribuciones de la doctrina española más reciente (por ejemplo: PARRA LUCÁN, «Interpretación del contrato», en: CÁMARA LAPUENTE, *Derecho Privado Europeo*, 2003; y ESPIAU ESPIAU, «Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo», en: ESPIAU ESPIAU/VAQUER ALOY, *Bases de un Derecho contractual europeo*, 2003), ni cierta doctrina extranjera, que merece ser citada en un estudio comparado (KÖTZ, «Interpretation of Contracts», en: HARTKAMP/HESSELINK/HONDIUS/JOUSTRA/DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, 1998; y GALGANO, *Atlas de Derecho privado comparado*, 1999). Ahora bien, se trata sin duda de una obra útil, clara y formativa para quien quiera obtener una primera aproximación al estado de la cuestión en materia de interpretación y, también, desde la perspectiva del Derecho comparado.

Francisca LLODRÀ GRIMALT
Universidad de Les Illes Balears

SCHULZE, Reiner (Hrsg.), *Europäische Genossenschaft (SCE)*, Handbuch, Baden-Baden, Nomos, 2004, ISBN 3-8329-0658-4, 269 pp.

1. Introducción

El grado de armonización alcanzado entre las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea en el ámbito del Derecho de sociedades ha contribuido de manera decisiva al avance en un fenómeno todavía más intenso, tendente a lograr no sólo la *aproximación* de legislaciones diversas sino la *unificación* del régimen jurídico de determinadas formas de sociedad. La creación de formas sociales «europeas», entendiéndose por tales las dirigidas a ofrecer una vestidura jurídica a proyectos y actividades empresariales transfronterizos, desarrollados en dos o más Estados miembros de la Unión Europea, ha sufrido un impulso notable en la presente década.

La primera manifestación de este fenómeno fue la creación, en 1985, de la *Agrupación Europea de Interés Económico* (AEIE)²⁴, configurada como una entidad sin ánimo de lucro, que tiene prohibido desarrollar una actividad empresarial por sí misma al estar destinada exclusivamente a facilitar las actividades económicas de sus miembros, y que responde a un modelo de organización personalista: responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios,

²⁴ Reglamento (CEE) núm. 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE).

voto por cabezas y regla de unanimidad en la toma de decisiones sociales, cambios de socios sometidos a autorización unánime de los restantes, etc. [arts. 24, 17 y 22 del Reglamento (CEE) núm. 2137/85].

Hubo que esperar hasta el año 2001 para que, tras un largo proceso lleno de altibajos, se introdujera en el Ordenamiento comunitario una forma social de naturaleza capitalista y con vocación de alcanzar un mayor protagonismo que la anterior en la realización del mercado interior: la *Sociedad Anónima Europea* (SE)²⁵. Sólo dos años después, en julio de 2003, queda completado el panorama actual de formas sociales supranacionales con el nacimiento de la *sociedad cooperativa europea*, cuyo estatuto jurídico se establece en el Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003 (en adelante, RSCE). Con esta norma, el legislador europeo asume, dentro de su marco de actuación, las directrices expresadas por Naciones Unidas en diversas Resoluciones (entre ellas la Resolución 56/114, aprobada por la asamblea general el 19 de diciembre de 2001 [A/RES/56/114], y la 58/131, de 22 de diciembre de 2003 [A/RES/58/131]), alentando a los gobiernos a «crear un entorno propicio al desarrollo de las cooperativas», así como «proteger y promover su potencial para ayudarlas a lograr sus objetivos».

La obra colectiva *Europäische Genossenschaft* (SCE) es el resultado de la colaboración de seis autores, de cuatro nacionalidades diferentes, para abordar de manera sistemática los principales aspectos del régimen jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea (en adelante, SCE). Su director, Reiner Schulze, es Catedrático de Derecho civil e Historia del Derecho en la Universidad de Münster (Alemania) y cuenta con una dilatada experiencia académica e investigadora tanto en el campo del Derecho privado europeo como en el ámbito del Derecho de cooperativas. Además de ocuparse de la dirección, el Prof. Schulze es autor de dos capítulos esenciales en esta obra (el primero, introductorio, y el quinto, relativo a la estructura de la SCE), y se encarga, asimismo, de ofrecer en el último capítulo (el séptimo) una perspectiva general del Derecho alemán en la materia, junto a otros autores que exponen, a su vez, la situación de sus respectivos Ordenamientos: el francés (a cargo de Elie Alfandari y Bernard Piot, que son también los autores del capítulo cuarto, relativo a la condición de socio), el italiano (por Emanuele Cusa, responsable además del capítulo sexto sobre aplicación del resultado empresarial) y el británico (del que se encarga Ian Snaith, quien asume asimismo el capítulo segundo sobre el Derecho aplicable). A los cinco autores ya citados sólo falta añadir el Dr. Martin Ebers, vinculado a la Universidad de Münster al igual que R. Schulze, que se encarga del capítulo tercero dedicado a la constitución de la SCE.

La sociedad cooperativa europea es una entidad que, aunque tiene importantes elementos en común con la Sociedad Anónima Europea (SE), está orientada a satisfacer las necesidades específicas de las cooperativas en sus actividades transfronterizas²⁶. Es preciso señalar que, en la doctrina mercantil española, la SCE no ha recibido hasta el momento un tratamiento monográfico, habiéndose centrado el interés doctrinal, en mucha mayor medida, en el estudio de la Sociedad Anónima Europea (SE). Entre los escasos trabajos dedicados a la sociedad cooperativa europea tras la aprobación del Reglamento que establece su estatuto jurídico (en adelante, RSCE) cabe destacar,

²⁵ Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

²⁶ Cfr. Cdos. 5 y 6 del Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (RSCE).

por ejemplo, los de Vicent Chuliá y Fajardo García²⁷, ambos publicados en el 2003, así como los más recientes de la profesora Alfonso Sánchez²⁸.

Esta materia quizás despierte mayor atención doctrinal en el futuro, cuando el legislador español termine de dictar las normas necesarias para la plena efectividad del régimen establecido en el Reglamento comunitario en diversos aspectos (entre los que puede destacarse, como hace el prof. Schulze en la p. 18, la designación de la «autoridad competente» para diferentes asuntos relacionados con la constitución y la actividad de la SCE, a la que se alude en los arts. 7, 21, 29, 30, 54 y 73 RSCE). Hasta el momento sólo se ha verificado la transposición de la Directiva sobre implicación de los trabajadores²⁹ en una norma conjunta para las SE y las SCE³⁰, pero no se ha abordado un tratamiento legislativo nacional (y/o, en su caso, autonómico) respecto a las SCE domiciliadas en España, en aquellas materias relativas a la organización interna de esta forma social que lo requieran, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (CE) núm. 1435/2003.

Debe hacerse notar, en relación con este tema, que se ha rebasado ya la fecha prevista en el Reglamento (art. 80) para el inicio de su propia «aplicación» (no su entrada en vigor, producida ya el 21 de agosto de 2003). Esta diferenciación entre la fecha de entrada en vigor del Reglamento y la de inicio de su aplicación parecía tener la intención de procurar que los Estados miembros dictaran, en el periodo comprendido entre ambas, las disposiciones necesarias para el cumplimiento efectivo del mismo, además de la incorporación de la Directiva³¹, pero al menos en el caso del Derecho español no ha podido lograrse el efecto pretendido.

2. Contenido

Los dos primeros capítulos de la obra que nos ocupa contemplan aspectos generales relacionados con la nueva forma social y el Reglamento que establece su estatuto jurídico. Los capítulos tercero a sexto se dedican, en particular, a sendos aspectos del régimen de la SCE (constitución, condición de socio, estructura orgánica, etc.), mientras que el último capítulo de la obra retoma el enfoque general para hacer un análisis comparado del estado de las legislaciones de los distintos Estados miembros.

²⁷ VICENT CHULIÁ, F., «La sociedad cooperativa europea», *Rev. Ciriéc-España*, núm. 14, 2003, pp. 51-82; FAJARDO GARCÍA, I. G., «Reflexiones sobre el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea», en CHAVES/FAJARDO/NAMORADO (Coords.), *Integración empresarial cooperativa. Posibilidades, ventajas e inconvenientes*, Ed. Ciriéc, Valencia, 2003, pp. 203-210.

²⁸ ALFONSO SÁNCHEZ, R., «La sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 252, 2006, pp. 19-34 y, de la misma autora, «El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea: propuestas de implantación», *Boletín Aldizkaria*, Academia Vasca de Derecho, núm. extraordinario II (Jornadas sobre la implantación del estatuto de la SCE), junio 2006, pp. 11-52.

²⁹ Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

³⁰ Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Las especialidades de la SCE respecto a la SE se regulan, en particular, en la disposición adicional segunda.

³¹ La fecha prevista, tanto para la aplicación del Reglamento como para la adopción de las disposiciones necesarias para el cumplimiento de la Directiva, era el 18 de agosto de 2006 [cfr. art. 80 Reglamento (CE) núm. 1435/2003 y artículo 16 Directiva 2003/72/CE].

En el primer capítulo, de carácter introductorio, el profesor Schulze destaca los elementos configuradores de la sociedad cooperativa europea tal y como ha sido regulada en el Reglamento (CE) núm. 1435/2003. Las singularidades de las cooperativas respecto a otras formas de empresa han llevado al legislador comunitario a establecer un régimen jurídico unificado que permita constituir sociedades cooperativas europeas entre personas físicas y/o jurídicas con domicilio en diferentes Estados miembros, de manera que puedan competir en condiciones de igualdad con otras formas sociales en el desarrollo de sus actividades transfronterizas sin perder sus rasgos identificativos.

El Prof. Schulze comienza su análisis resaltando la finalidad perseguida por el Reglamento, deducible de lo dispuesto en los Cdos. 6, 7, 11 y 12: atender a las específicas necesidades de las cooperativas para que, manteniendo sus principios característicos, puedan desarrollar actividades fuera de las fronteras nacionales, en todo o parte del territorio de la Unión Europea, en igualdad de condiciones con otras formas de empresa.

Tras la exposición de la estructura del Reglamento, se atiende a los *elementos esenciales* de la forma «sociedad cooperativa europea» que, para el citado autor, se establecen en el artículo 1 RSCE y son los siguientes: *a)* entidad dotada de personalidad jurídica; *b)* capital dividido en participaciones y carácter variable tanto del capital como del número de socios; y *c)* responsabilidad de los socios por las obligaciones de la SCE limitada al importe del capital suscrito, salvo disposición en contrario de los estatutos en el momento de la constitución. Una vez identificada la esencia de la SCE, el autor se detiene en señalar determinados *principios inspiradores*, entre los que se integran tanto aquéllos de carácter funcional que permiten distinguir a las cooperativas (y a la SCE) de los demás sujetos económicos con otras formas jurídicas, así como los principios que atienden al fin u objetivo principal de una cooperativa (y SCE): la satisfacción de las necesidades de sus socios o el fomento de sus actividades económicas o sociales. Pertenecerían al primer grupo el principio de preferencia de la persona sobre el capital, el de estructura y control democráticos o el de distribución equitativa del beneficio neto del ejercicio (Cdos. 7 y 8 RSCE). Respecto a los principios relativos a la finalidad primordial de la SCE, cabe señalar, por ejemplo, el que proclama la necesidad de participación de los socios en la actividad de la cooperativa, debiendo ser al mismo tiempo, en la mayoría de los casos, clientes, proveedores o trabajadores de la misma. Tratamiento específico y separado merece, finalmente, el principio que garantiza la implicación de los trabajadores en la SCE.

Junto a las cuestiones indicadas [tratadas en los A) y B)], en este capítulo primero se completa la caracterización jurídica de la sociedad cooperativa europea mediante el estudio de las relaciones entre esta nueva forma social y la tradición europea en materia de cooperativas, exponiéndose los presupuestos y antecedentes del régimen actual de la SCE [ap. C)]; también son abordadas las relaciones de ésta con las cooperativas nacionales, basadas en el principio de no discriminación [ap. D)].

De especial interés es el epígrafe dedicado a la distinción entre «Derecho europeo» y «Derecho nacional» de la SCE [ap. E)]. El Reglamento y la Directiva relativos a la SCE no agotan en absoluto su régimen jurídico, sino que en numerosos aspectos le resultarán de aplicación las disposiciones nacionales en materia de cooperativas (e incluso las normas aplicables a las sociedades anónimas nacionales, en materias objeto de armonización comunitaria), ya sea por virtud de la remisión expresa de un concreto precepto del Reglamento comunitario o bien por la aplicación del sistema general de fuen-

tes establecido en el artículo 8 RSCE. El encaje entre las distintas fuentes puede suscitar, en ciertos aspectos, dudas de interpretación que el Prof. Schulze apunta, si bien un desarrollo más amplio de estas cuestiones debe buscarse, como veremos, en el capítulo segundo del libro.

Concluye el capítulo primero con algunas consideraciones sobre el fundamento normativo del Reglamento, la entrada en vigor y su aplicación o vigencia efectiva [ap. F)].

El *capítulo segundo* se dedica al estudio pormenorizado del Derecho aplicable a la SCE. Dividido en tres apartados, en el primero (A) se analiza la cláusula general que deriva del artículo 8 RSCE en materia de jerarquía normativa. El orden de prelación de fuentes establecido parte de la primacía del *Reglamento* sobre cualquier otra norma; sólo cuando el Reglamento lo autorice expresamente se aplicarán, en segundo lugar, las disposiciones de los *estatutos de la SCE*; y, en tercer lugar, las materias no reguladas en el Reglamento (de forma total o parcial) se regirán por la *legislación de los Estados miembros* (bien la que éstos dicten específicamente para la SCE o, en su defecto, las leyes aplicables a las cooperativas constituidas según el Derecho del Estado miembro donde la SCE tenga su domicilio). El sistema de fuentes se cierra admitiendo la aplicación de las restantes disposiciones estatutarias de la SCE (esto es, las relativas a materias donde no exista una autorización expresa del RSCE) en las mismas condiciones exigidas para las cooperativas nacionales.

El autor de este capítulo, Ian Snaith, presta atención a una cuestión de interés tanto para el Derecho británico (en el que se detiene especialmente, como es lógico, por ser el Ordenamiento que le resulta más próximo) como para otros ordenamientos comunitarios y, en particular, para el Derecho español: la determinación de la legislación interna aplicable cuando en el Estado del domicilio de la SCE existen *diversas regulaciones aplicables a las cooperativas*. Esta pluralidad de regímenes puede darse en razón de la actividad a la que la cooperativa se dedique (como pasa en el Derecho francés), o bien, como ocurre en el caso español y en el británico, por la existencia de regulaciones regionales (en nuestro caso, autonómicas) de cooperativas.

La solución más sencilla para este problema sería que el Estado miembro afectado dictara una norma específica que disipara las dudas; en defecto de ley especial al respecto, el autor se manifiesta partidario de aplicar, cuando proceda, la legislación interna que sería de aplicación si la SCE en cuestión hubiera sido registrada como cooperativa nacional y tuviera tanto su administración central como su domicilio en el lugar en el que deberían haber sido establecidos conforme a la regulación regional de cooperativas (cfr. p. 21). En una línea similar se ha pronunciado la doctrina española, que defiende la aplicación a la SCE domiciliada en el territorio de una Comunidad Autónoma de la correspondiente ley de cooperativas autonómica (si la tiene), que a estos efectos debería ser considerada como «legislación del Estado miembro» en el sentido del artículo 8.1.c) RSCE³².

En el segundo apartado (B) de este capítulo, se atiende al régimen aplicable a cuestiones específicas, atendiendo en su tratamiento al esquema que resulta del enunciado de los capítulos del Reglamento (disposiciones generales; constitución; estructura; emisión de títulos con privilegios específicos; cuentas anuales y cuentas consolidadas; disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos).

³² VICENT CHULIÁ, F., *La sociedad cooperativa europea*, cit., p. 65; ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La sociedad cooperativa europea*, cit., p. 29.

Finalmente, el tercer apartado adopta de nuevo una perspectiva general para tratar una cuestión calificada como característica central del sistema de regulaciones aplicables: la de si, para la conexión de la SCE con un determinado Ordenamiento jurídico, habría de tenerse en cuenta el lugar de constitución (*Gründungstheorie*) o bien aquél donde se sitúe su domicilio o centro de administración efectiva (*Sitztheorie*). Tras reproducir los términos del debate en el ámbito comunitario, ante la presencia de uno y otro modelo en los ordenamientos de los Estados miembros, se destaca, cómo el RSCE se decanta en su artículo 6, por el criterio del domicilio, que deberá situarse en el lugar de administración central de la SCE (cfr. arts. 6, 7 y 73 RSCE). Este régimen se ha considerado un triunfo de la teoría de la sede real (*Sitztheorie*) para las SCE, según reconoce expresamente el legislador comunitario en el Cdo. 14 del Reglamento.

El enfoque general de los capítulos anteriores se abandona en los siguientes para, a partir del capítulo tercero y hasta el sexto, emprender el estudio de distintos aspectos particulares de la disciplina que rige la creación y el funcionamiento de una SCE.

En el *capítulo tercero* se analizan detenidamente los tres procedimientos admitidos para la constitución de una SCE: 1) creación *ex novo* por personas físicas y/o jurídicas [pp. 54-56]; 2) fusión de cooperativas (bien mediante la absorción de una cooperativa, que se extingue, por otra que adopta la forma de SCE o bien mediante extinción de todas las cooperativas participantes en la fusión para integrarse en una nueva SCE) [pp. 56-69]; y 3) transformación en SCE de una cooperativa nacional que haya tenido un establecimiento o filial en otro Estado miembro durante, al menos, dos años [pp. 69-70]. En el estudio de cada una de estas vías para la constitución de una SCE se aborda el análisis del régimen jurídico aplicable, y se ponen de manifiesto los principales mecanismos jurídicos previstos con la finalidad de tutelar los diversos intereses afectados, especialmente en el supuesto de fusión: los de los socios, los acreedores y los trabajadores.

Por su claridad expositiva y su trascendencia para la comprensión de cada uno de estos procedimientos merecen ser resaltadas las consideraciones previas dedicadas por el autor de este capítulo (M. Ebers) a la exposición sistemática de los *presupuestos generales del régimen de constitución* de esta nueva forma social, con independencia del procedimiento elegido (pp. 44-54). Trataremos, a continuación, de sintetizar tales presupuestos.

a) Remisión del Reglamento, en importantes aspectos de esta materia, al régimen aplicable a las sociedades anónimas en el Estado del domicilio de la SCE, bien de manera directa, desplazando al Derecho de cooperativas (p. ej., en materia de registro de la SCE, conforme a lo dispuesto en art. 11.1 RSCE), o bien en defecto de aquél (p. ej., respecto al control de legalidad en el caso de constitución de la SCE mediante fusión, según dispone el art. 29.1 RSCE).

b) Supranacionalidad como elemento indispensable, pues los socios fundadores deben tener su domicilio en –o estar sujetos al Derecho de–, al menos, dos Estados diferentes de la Unión Europea o, en el caso de transformación de una cooperativa estatal, tener un establecimiento o una filial en otro Estado miembro.

c) Forma escrita del contrato de constitución con los estatutos, debiendo ser suscritos ambos por los socios fundadores y contener, en cada caso, las menciones mínimas señaladas en el RSCE.

d) Respeto de las reglas para la formación inicial del capital (que es variable) de la SCE, que incluyen la previsión de un capital «legal» mínimo

de 30.000 euros, si bien en la escritura y los estatutos podrá fijarse una cifra mínima de capital por encima de dicha cifra, que funcionará como límite cuantitativo respecto a los socios que deseen abandonar la SCE (ya que la devolución de sus participaciones no podrá llevarse a efecto si, como consecuencia de ello, el capital quedara por debajo de la cifra mínima fijada); además del capital mínimo, el legislador comunitario contempla otros mecanismos para garantizar una adecuada formación del capital, como la prohibición de emitir participaciones por debajo de su valor nominal o la exigencia de desembolso inicial obligatorio de, al menos, el 25 por 100 de las aportaciones dinerarias y del importe total de las no dinerarias.

e) Inscripción en el registro del Estado de su domicilio, a partir de la cual la SCE adquiere personalidad jurídica; con anterioridad estaríamos ante una SCE en constitución, a la que el RSCE dedica el artículo 18.2, aunque no especifica a partir de qué momento debe entenderse aplicable dicho precepto; a este problema y sus posibles soluciones se dedican las páginas 70 a 73 de este capítulo.

f) Preceptivo cumplimiento de deberes adicionales de publicidad, que varían en función del procedimiento de constitución.

g) Ausencia de un sistema de control preventivo de la constitución de una SCE, de carácter judicial o administrativo, que sea común a todas las modalidades de constitución; en su lugar sólo contempla el Reglamento una remisión al Derecho de sociedades anónimas del Estado miembro donde se fije el domicilio.

h) Necesaria observancia de las previsiones de la Directiva 2003/72/CE sobre implicación de los trabajadores como presupuesto para el registro de la SCE, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 RSCE.

Como cierre del capítulo tercero se incluye un apartado que no se refiere propiamente a ningún aspecto relativo a la *constitución* de la SCE sino justamente al «reverso» de ésta: su *extinción*. En él se trata de clarificar bajo qué presupuestos puede ser extinguida una SCE ya constituida [pp. 73-76], dedicándose especial atención a las causas de disolución contempladas en el artículo 73 RSCE, cuya eficacia queda condicionada a la declaración de una autoridad judicial o administrativa competente del Estado del domicilio de la SCE.

En el *capítulo cuarto* se estudia la condición de socio en la SCE. En esta materia se aprecian gran parte de los rasgos configuradores de esta forma social, que le atribuyen su identidad y la diferencian con nitidez de otras figuras con las que comparte su finalidad de promover la realización del mercado interior y el desarrollo de actividades transfronterizas, en particular la sociedad Anónima Europea (SE).

Siendo el fin de la SCE la satisfacción de las necesidades de sus socios o promover sus actividades económicas y sociales, no debe extrañar que sea caracterizada por los autores de este capítulo (Elie Alfandari y Bernard Piot), así como en los mismos Considerandos del Reglamento (CE) núm. 1435/2003, como una empresa orientada a los socios y no a los inversores, con primacía de la persona sobre el capital, donde sus miembros revisten una doble cualificación (pues, además de socios, son clientes, suministradores, empleados o participan de cualquier otro modo en la actividad de la cooperativa) y el reparto del resultado empresarial responde a un principio de distribución equitativa.

Siguiendo un esquema clásico en el tratamiento de la condición de socio en el Derecho de sociedades, su análisis respecto a la SCE comprende tres cuestiones: presupuestos de *adquisición* (y mantenimiento) de la condición de socio en la SCE [apartado A)]; *contenido*, esto es, derechos y deberes de los socios [apartado B)]; y C) *pérdida* de la condición de socio [apartado C)].

Respecto a la primera de estas cuestiones, se aborda inicialmente el estudio de las personas legitimadas para adquirir la condición de socio en una SCE (que pueden ser tanto físicas como jurídicas, siempre que reúnan los requisitos de número y supranacionalidad del art. 2 RSCE). Se adquiere tal condición mediante la suscripción de participaciones, por virtud de una declaración de ingreso en la que el interesado se compromete a cumplir los estatutos y a desembolsar las participaciones en los plazos y condiciones establecidos. La admisión como socio debe ser aprobada por el órgano de administración o de dirección de la SCE, salvo en el caso de los socios inversores, en el que se atribuye tal competencia a la asamblea. En caso de constitución por fusión o transformación, los socios de las sociedades implicadas adquieren *ipso iure* la condición de socios en la SCE resultante.

Ya ha sido apuntado que los socios en la SCE responden a un principio de doble cualificación, que se materializa en la conclusión con ésta de acuerdos sobre suministro de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras para el desempeño de las actividades de la cooperativa (art. 1.3 RSCE). Esta regla general presenta, no obstante, ciertas excepciones. Es posible, por un lado, que la SCE desarrolle operaciones con terceros que no tengan la condición de socios, siempre que así se establezca en sus estatutos. Cabe también, por otro lado, que la SCE tenga socios no usuarios o «inversores», cuando así se prevea en los estatutos y tal posibilidad se admita en el Derecho del Estado donde la SCE tenga su domicilio. En este sentido, el Derecho estatal de cooperativas español prevé la figura del «socio colaborador» (cfr. art. 14 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas). Los autores del presente capítulo se ocupan de estas y otras excepciones al principio de doble cualificación con especial consideración del Derecho francés (cfr. pp. 81 y 82).

En cuanto al contenido de la condición de socio en la SCE destaca el tratamiento, en el ámbito de los derechos políticos o de participación, del derecho de información y sus límites, así como del derecho de voto (pp. 84-86). Siendo la regla el voto por cabezas («un socio, un voto»), se admite no obstante el voto ponderado, siempre que esté permitido en el Estado de domicilio de la SCE, en función de la participación de los socios en la actividad de la cooperativa y, en determinados supuestos, también en proporción a la participación en el capital de la cooperativa. En el ámbito de los derechos económicos o patrimoniales, se estudian los tres siguientes (pp. 86 a 88): 1) derecho al valor patrimonial de las participaciones (en el doble aspecto de que éstas pueden ser transmitidas, respetando las condiciones indicadas en el art. 4.11 RSCE, y pueden ser total o parcialmente reembolsadas a los socios que abandonen la sociedad, siempre que no se rebase el límite previsto en el art. 3.4 RSCE); 2) derecho de participación en el resultado empresarial de la SCE, incluyendo tanto el retorno (en función de la actividad cooperativa realizada) como el eventual reparto de los excedentes disponibles, y 3) derechos de los socios en caso de disolución de la SCE, regulados en el artículo 75 RSCE.

Se completa el capítulo cuarto de la obra recensionada con el análisis de las diversas hipótesis que conllevan la pérdida de la condición de socio y, en especial, los supuestos de salida voluntaria o separación (*Austritt*) y de exclusión (*Ausschluss*) de socios.

De conformidad con el carácter variable del capital y el número de socios en la SCE, cualquier socio podrá abandonar voluntariamente una SCE en los términos previstos por sus estatutos (que podrán condicionar pero no excluir plenamente tal posibilidad). Al margen de esta «vía ordinaria» de salida de socios cabe también una «extraordinaria», consistente en el ejercicio por éstos

de un derecho de separación. Tal derecho se atribuye por el artículo 15.2 RSCE exclusivamente a aquellos socios que hayan votado en contra de un acuerdo de la asamblea general de modificación de estatutos del que se deriven consecuencias perjudiciales para los socios, en los términos definidos por el citado precepto. La versión española del RSCE utiliza para estos casos el concepto de «renuncia», desconociendo así los avances dogmáticos sobre esta cuestión en el ámbito del Derecho de sociedades, conforme a los cuales ha de estimarse técnicamente más preciso el de «separación». Junto a estas hipótesis de abandono voluntario de la SCE se ha previsto también una salida forzosa: la exclusión de socios («expulsión» en el RSCE). Respecto a las causas en las que procede excluir (o «expulsar») a un socio de la SCE, se ha utilizado en su formulación una interesante técnica de cláusula general: «cuando el socio haya incumplido gravemente sus obligaciones o haya incurrido en actos contrarios a los intereses de la SCE»³³. Su apreciación en cada caso compete al órgano de administración o de dirección, aunque la decisión que dicte éste podrá ser recurrida ante la asamblea general (art. 15, núms. 1 y 3, RSCE).

En el capítulo quinto del libro comentado, el prof. Schulze afronta el estudio de la estructura orgánica de la SCE, materia ésta donde las similitudes con el régimen de la SE son evidentes. El modelo adoptado en ambos casos se basa en el reconocimiento de un derecho de elección entre dos sistemas de organización: monista y dualista.

Además de la asamblea general, cuyo régimen es idéntico cualquiera que sea el sistema elegido, la estructura de la SCE se compone, en el sistema monista, de un único órgano de administración (que asume la gestión y representación de la SCE) y, en el sistema dualista, de dos órganos: el de dirección (a quien corresponde la gestión y la representación de la SCE ante terceros) y el de control (que supervisa la gestión desarrollada por aquél y representa a la SCE exclusivamente ante el órgano de dirección o sus miembros en caso de litigio o en la celebración de contratos).

La adopción de este modelo de regulación tiene importantes consecuencias para aquellos Estados miembros (como es nuestro caso) en los que no se prevé más que uno de estos dos sistemas de organización para las cooperativas nacionales, ya que estarán obligados a regular el otro sistema para que las SCE domiciliadas en su territorio tengan garantizada la posibilidad de elección que el Reglamento les reconoce. Esta exigencia hace surgir la duda sobre si el derecho de elección entre dos posibles sistemas (con la mayor flexibilidad que conlleva) debe limitarse a las SCE o extenderse también a las cooperativas nacionales para evitar discriminaciones, hipótesis esta última que en nuestro caso exigiría, en buena lógica, modificar no sólo la legislación estatal sino también las leyes autonómicas de cooperativas.

El prof. Schulze trata con detalle todos los aspectos del régimen jurídico de los sistemas dualista y monista. En las páginas 93 a 104 ofrece una visión crítica y sistemática de los preceptos que el RSCE dedica a su regulación, tratando tanto las competencias de cada órgano, como su composición o las reglas para la designación de sus miembros y su revocación. Siguiendo la estructura acogida en el propio Reglamento, se ocupa a continuación de los preceptos comunes

³³ Para una valoración crítica de esta técnica de regulación de la exclusión de socios en relación con las sociedades mercantiles, tanto personalistas como capitalistas, nos permitimos remitir a SÁNCHEZ RUIZ, M., *La facultad de exclusión de socios en la teoría general de sociedades*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 203 a 222.

a ambos sistemas previstos en los artículos 45 a 51 RSCE, reproduciendo el diseño acogido ya en el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 para la SE.

Finalmente concluye este capítulo con el análisis del régimen de la asamblea general, a cuya regulación dedica el Reglamento una considerable extensión. Sin entrar en detalles, sólo diremos que aborda, entre otras cuestiones, las competencias de la asamblea, su composición y las normas sobre constitución y funcionamiento de la misma, con especial atención al ejercicio del derecho de voto y las mayorías para la válida adopción de acuerdos, así como al derecho de información de los socios. Un último epígrafe hace referencia a la posibilidad de constituir asambleas sectoriales o de sección, cuando se den los requisitos fijados por el artículo 63 RSCE.

«La aplicación del resultado empresarial» es el título del *capítulo sexto*. El prof. Emanuele Cusa desarrolla aquí, de manera minuciosa y crítica, una materia compleja, que conecta directamente con la esencia de las cooperativas: las reglas especiales sobre aplicación del resultado en la SCE que, tal y como señala del Cdo. 7 RSCE, están informadas por el principio de distribución equitativa del beneficio neto del ejercicio financiero.

Comienza el autor señalando cuáles son las fuentes de regulación de la materia estudiada que, a su juicio, no se agotan en las incluidas en el artículo 8 RSCE. Destaca la importancia de la *Declaración sobre la identidad cooperativa* aprobada por la Alianza Cooperativa Internacional en 1995, que no se limita a axiliar en la interpretación de los Derechos de los Estados miembros y del Derecho comunitario, sino que puede constituir en sí misma una fuente de Derecho en la medida en que el Derecho nacional lo permita y se admita la costumbre como fuente jurídica. Debería considerarse, en su opinión, como una especie de «*ius commune cooperativum*».

El Derecho aplicable a la aplicación del resultado en la SCE sólo se contiene de manera parcial en el Reglamento, de manera que las materias no previstas se regirán por el Derecho aplicable en los Estados miembros y por la autonomía estatutaria, en las condiciones señaladas por el artículo 8 RSCE. Según señala Cusa, las únicas disposiciones imperativas del Reglamento son tres: las relativas a la reserva legal, las que se refieren a la absorción de pérdidas de ejercicios anteriores y la preferencia del retorno cooperativo, que se antepone a la remuneración de los capitales aportados (y asimilados).

Antes de avanzar en el estudio de la materia objeto de este capítulo sexto, se acometen ciertas precisiones terminológicas, con notables referencias comparadas a la legislación de algunos Estados miembros, en especial la italiana y la española.

En primer lugar, se indica que los conceptos de «excedente» y de «resultado» son considerados como sinónimos en el RSCE, y se precisa el significado de dichos términos en el propio Reglamento y, en general, en el Derecho comunitario. En segundo lugar, se apunta que los conceptos de «aplicación» y de «reparto» se utilizan siempre en el RSCE con un significado concreto: mientras el término «aplicación» se refiere a todos los destinos posibles del resultado empresarial, el concepto de «reparto» se emplea sólo para determinado tipo de aplicaciones, en especial las que tienen como beneficiarios a los socios y a terceros (p. ej.: trabajadores, inversores), pero no las que se realizan en beneficio de la propia SCE. En tercer lugar, se analiza el concepto de «retorno», clarificándose su significado en relación con las diversas modalidades posibles de realizar el fin principal, mutualista, de la SCE. Se distingue así, en atención al método de cálculo para el reparto del retorno, entre SCE configurada como cooperativa de consumo o de producción. Se recuerda, por

otro lado, que sólo los socios usuarios podrán recibir retornos, y que las cantidades repartidas en concepto de retorno deberán proceder precisamente de los excedentes obtenidos en las operaciones de la SCE con sus socios.

A continuación se abordan diversas cuestiones relacionadas con la autonomía estatutaria reconocida en el Reglamento en la materia analizada. Entre ellas destaca la posibilidad prevista en el artículo 67.3 de excluir totalmente el reparto, cuyo alcance puede suscitar ciertas dudas. En opinión de Cusa, dicha exclusión estatutaria podrá afectar tanto a socios como a no socios, ya que el precepto citado no distingue y el artículo 66 RSCE señala que los estatutos «podrán» (no «deberán») prever el pago de un retorno a los socios.

Después de tratar el tema del órgano competente para la aplicación del resultado, se estudian las especialidades en materia de aplicación y distribución del resultado en función de los sujetos destinatarios: la misma SCE, los socios (distinguiendo entre el pago de retornos y la remuneración de las aportaciones u otras inversiones) y los terceros inversores (titulares de obligaciones u otros títulos distintos de las participaciones).

Termina este capítulo con el tratamiento de un eventual reparto del resultado (y del patrimonio, en caso de disolución de la SCE) en beneficio de terceros no inversores, y con algunas reflexiones sobre la verificación de las cuentas anuales de la SCE.

La obra se cierra, como ya hemos indicado, con el *capítulo séptimo* destinado a exponer la situación de los Ordenamientos francés, italiano, alemán y británico en relación con la SCE. De una manera sintética se ofrece una visión general del régimen aplicable a las cooperativas nacionales y a la SCE en cada uno de ellos, para después apuntar las principales singularidades que presentan en relación con las materias objeto de tratamiento en el RSCE.

3. Breve valoración general

Para una correcta valoración de la obra recensionada es preciso destacar un rasgo de la misma que hasta ahora habíamos silenciado: constituye la primera edición de un manual. Estructurado en siete capítulos, más dos anexos legislativos (que reproducen el Reglamento-SCE y la complementaria Directiva sobre implicación de los trabajadores en esta forma social), estamos ante un trabajo asequible y con una organización sistemática sencilla, a pesar de la dificultad consustancial a la materia tratada. Su orientación didáctica, sin embargo, no le hace perder rigor en la exposición de los numerosos problemas de interpretación que suscita la disciplina de las sociedades cooperativas europeas, ofreciéndose en la mayoría de los casos propuestas de solución razonablemente fundadas.

Supone una excelente introducción en el régimen de esta reciente forma social de carácter europeo y, debido a que en su enfoque tiene muy presente el análisis comparativo de los diversos Ordenamientos de los Estados miembros, constituye una aportación significativa que puede contribuir a la incorporación del complejo sector del Derecho cooperativo al debate sobre la conformación de un Derecho privado europeo.

Mercedes SÁNCHEZ RUIZ
Universidad de Murcia

WOOD, Philip. R., *Maps of World. Financial Law*, Londres, Allen & Overy LLP (ed.), Londres, 2005⁵ (sin ISBN ni D.L.), 175 pp.

Estamos ante la quinta edición de una curiosa e interesante publicación que, según su propio autor, persigue tres objetivos: *a)* ayudar a aquellos que tienen que ver con el derecho comparado de las finanzas, con datos muy destilados; *b)* aportar una nueva clasificación de sistemas legales más útil que la tradicional; *c)* realizar un ejercicio comparativo entre sistemas jurídicos sobre diferentes aspectos legales.

Con este prefacio, Wood nos introduce en un completo Atlas Jurídico compuesto de 44 mapamundis más sus explicaciones. Aunque algunos aspectos sean de derecho financiero, tratan también importantes cuestiones relacionadas con el Derecho civil y el Derecho mercantil; es decir, es *financial law* en sentido amplio y comprende todas las normas que puedan afectar al «derecho de las finanzas», hasta el punto en que casi un tercio del libro está dedicado a clasificar los ordenamientos jurídicos que existen en el mundo en base a su derecho privado: *Common Law* (distinguiendo entre el sistema Inglés y el sistema norteamericano), napoleónicos (Francia, Brasil, Argelia, Egipto, Grecia, Portugal, España, entre otros), germánicos (Alemania, Austria, Holanda, Polonia, Rusia, Suecia, Finlandia, entre muchas otras), mixtos *Civil Law-Common Law* (incluye a Escocia, Sudáfrica, Japón, China, Quebec, Taiwan), islámicos (esencialmente, Arabia Saudita y otros estados de la Península Arábiga) y jurisdicciones especiales (ej., Vaticano, Cuba, Corea del Norte).

Dicha clasificación se realiza en base a unos indicadores que el autor ha considerado relevantes para la actividad jurídico-financiera: el derecho de compensación (alcance, especialmente en supuestos de concurso), la negociabilidad de los contratos (cuál es el efecto de la no comunicación/consentimiento de la cesión de un crédito al deudor, y especialmente en el supuesto en que pague al cedente y éste resulte insolvente), el comportamiento concursal de las garantías, la posibilidad de utilizar el *trust* comercial y, por último, la posibilidad de perseguir dinero de quien no tiene derecho a él y está en situación de insolvencia.

Precisamente es el estudio de dichos indicadores lo que ocupa la mayor parte del resto de la obra. Ello se realiza desde una doble perspectiva: los mapas y gráficos y una explicación de los mismos haciendo, a menudo, ejercicios de derecho comparado.

a) Sobre la compensación: estudia una serie de auto-ejemplos, propios de la práctica bancaria, como son la compensación de depósitos bancarios y préstamos, compensación en *swaps* (permutas financieras) o en adquisición cruzada de valores, etc. Señala una importante diferencia entre los sistemas de Derecho civil francés y los de *common law*: mientras en éstos la compensación es obligatoria en caso de insolvencia del deudor, incluso cuando el acreedor no tiene garantía, en los de Derecho civil de origen francés está expresamente prohibido en dicha circunstancia (aumentando el patrimonio del deudor insolvente). A España, como a Francia, Irlanda, Canadá o Estados Unidos, la coloca en una «compensación débil», pero con disposiciones legales específicas al respecto (ver los arts. 58 y 205 LC que prohíben, en general, la compensación una vez declarado el concurso, aunque lo permite si los requisitos ya se daban con anterioridad o una ley especial lo autoriza).

b) Sobre la libertad en la cesión de créditos y su publicidad. El autor considera que en la mayoría de jurisdicciones de *Common Law* no se requiere, para la validez de la cesión en caso de concurso del cedente (no en el

supuesto de cesión normal entre solventes), la notificación al deudor, así como en los de Derecho civil de origen germánico. En cambio, los que tienen origen en el artículo 1690 *Code français* sí que la requieren. Casos interesantes son el de Holanda, donde fue obligatorio entre 1994 y 2004, la poca claridad de la legislación China a este respecto y la abolición de tal obligación en Bélgica en 1994. Le dedica algunas líneas a supuestos especiales, normalmente ligados a procesos titulizadores que, a menudo, excepcionan tal obligatoriedad. A España la sitúa entre los ordenamientos que requieren una notificación formal al deudor. El artículo 1527 CC (para créditos hipotecarios, véase en el mismo sentido el 149 LH) señala que «el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación», que legitima al deudor a pagar con efectos liberatorios al cedente si no le ha sido notificada la cesión (STS 19 de febrero de 1993). Ahora bien, verificándose la no comunicación, y pagando el deudor al cedente y entrando éste en concurso, lo pagado bien podría caer dentro del ámbito del artículo 76.1 LC y difícilmente podrá ser considerado «bien de titularidad ajena» (art. 80 LC) con derecho de separación (el cesionario tendrá un derecho de crédito para reclamar lo que se le debe con base en el contrato de cesión contra el cedente insolvente, pero deberá incluirse en la masa pasiva, arts. 84 ss LC). De manera que si el cesionario del crédito quiere asegurarse el cobro, deberá notificar al deudor, que es lo que apuntaba Wood. Éste no es el caso en Inglaterra, Estados Unidos, Canadá (excepto Quebec) o Alemania, entre otros. El autor considera que la exigencia de notificación impide un mercado libre de intangibles (créditos) y diversas operaciones financieras.

c) Sobre la fuerza de las garantías de los acreedores privilegiados en concurso o insolvencia del deudor. Destaca, en los sistemas de *Common Law* inglés la facilidad con la que se puede crear una *floating charge* sobre todos los activos del deudor, lo que permite cierta tranquilidad a su titular, aunque sea subordinadamente a las *fixed charges* (como las hipotecas). Para comprobar su fuerza, toma en cuenta algunos caracteres como son su ejecutabilidad, su alcance (inclusión o no de deudas futuras), su preferencia concursal o en la insolvencia, costes y tasas, subordinación, etc. Así, hay jurisdicciones, como en Estados Unidos, Inglaterra, Escocia, Australia o India que dan mucha relevancia a las garantías, en los aspectos que hemos comentado, situando a España en el grupo de «límites a las garantías» junto a Rusia, China, Italia, y la mayoría de países sudamericanos, aunque con más eficacia jurídica que Francia y parte de sus antiguas colonias. Lo cierto es que, tras las Ley Concursal 2003, los créditos hipotecarios no pueden ejecutarse tan rápidamente como antes (arts. 55 a 57 LC), se ha producido una resurrección de las hipotecas tácitas (art. 90.2 LC), al tiempo que no queda esclarecida la naturaleza ni posición de las denominadas «cargas reales» (ej., en Propiedad Horizontal, bonos hipotecarios, etc.); tampoco es clara la posición de los derechos reales de garantía de los Derechos territoriales (ej., los que regula el Libro 5.º del Código Civil de Cataluña de 2006); y se produce un crecimiento de los créditos contra la masa que tienen derecho a prededucción que, a causa de la indeterminación de la naturaleza de la garantía de alguno de ellos (ej., disp. adic. 19.ª), puede llegar a afectar a los créditos concursales (los del art. 90 LC, algunos de los cuales son preferentes por estar especialmente garantizados).

d) Sobre el *trust* financiero, relata alguna de sus utilidades (tenencia de bonos a favor de inversionistas, fondos de pensiones, titulización, protección de depósitos, custodia de inversiones, etc.) y busca, entendemos que acertadamente, estructuras parafiduciarias que puedan cumplir con más o menos éxito

alguna de las funciones que allí se describen, sin necesidad de descartar *a priori* un ordenamiento jurídico porque formalmente no tenga el *trust*. Así, Alemania, Polonia, Suiza o Chile pueden tener estructuras fiduciarias más limitadas que el *trust* pero con algunas pocas funciones análogas; más amplio es Méjico, Malta, Japón o Sudáfrica y, desde luego, en último lugar, sin poder realizar eficientemente todos los negocios en los que se utiliza el *trust*, se sitúan el gran grupo de España, Francia, Italia, etc. En alguno de estos países se ha introducido con mayor o menor alcance el *trust* (ej., Italia) o se está debatiendo (ej., Francia). Este debate puede hacerse extensivo a Cataluña (no así en el ámbito del Código Civil) tras la presentación de un nuevo borrador de Anteproyecto de Ley sobre patrimonios fiduciarios en septiembre de 2006.

A partir de la página 115, Wood relata cuestiones muy concretas relacionadas con el sistema concursal, aporta datos interesantes (ej., países con problemas bancarios entre 1980 y 2002, entre ellos está España; países con normativa sobre el blanqueo de dinero, seguros, etc.).

En definitiva, se trata de una obra muy original e interesante, con información valiosa, dada la gran experiencia del autor en la práctica financiera a nivel mundial. Necesariamente, este tipo de obras generalistas pueden caer en errores respecto a países en concreto (ej., clasificarlos en uno u otro grupo) no sólo por la necesidad de simplificar la información al máximo sino también por la enorme cobertura geográfica (mundial) de la obra, de manera que la normativa en las 319 jurisdicciones analizadas es, y debe ser, cambiante. A pesar del (exagerado) *disclaimer* presente en cada pie de gráfico o mapa (*Do not rely on this, it is not legal advice*), el libro es una excelente guía aproximativa de la realidad jurídica global para cualquier estudioso y práctico del derecho y comparatistas.

Sergio NASARRE AZNAR
Universitat Rovira i Virgili

Miscelánea

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

I. INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

Italia ha sido denunciada por la Comisión europea ante el TJCE por conceder prerrogativas especiales a los inversores de las sociedades privatizadas, lo cual es susceptible de ser considerado una restricción injustificada de la libre circulación de capitales y del Derecho de establecimiento (arts. 56 y 43 TCE) (Bruxelles, le 28 juin 2006, IP/06/859).

II. LEGISLAR MEJOR

Informe de la Comisión: «Legislar mejor 2005, de conformidad con el artículo 9 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad proporcionalidad». Bruselas, 13 de junio de 2006 COM (2006) 289 def. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0289es01.pdf

III. LIBROS VERDES

Publicadas las contribuciones al Libro verde sobre conflicto de jurisdicciones y el principio de *non bis in idem* en los procedimientos penales, adoptado por la Comisión el pasado septiembre de 2005. Se puede consultar en: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction/news_contributions_conflicts_jurisdiction_en.htm

Publicado el Libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo [COM (2006) 400 final]. *Vid., supra*, Sección Temática, Derecho de Familia en la Unión Europea.

IV. ESTUDIOS

Estudio requerido por la Comisión de mercado interior y protección al consumidor sobre la Directiva de crédito al consumo. Autor: Prof. Jules Stuyck (Center for European Economic Law-KU Leuven, Bélgica).

* Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en el Proyecto 2005 SGR 00759.

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/615/615453/615453es.pdf

V. **NORMATIVA EUROPEA, CONSULTAS, COMUNICACIONES E INFORMES**

Está disponible al público el portal de la Unión europea, en fase experimental desde el mes de abril de 2006, en el que se pueden consultar las legislaciones de los Estados miembros, gracias a la conexión que se ofrece a los sitios legislativos nacionales, mediante la búsqueda a través de una plantilla que contiene varios campos a través de los cuales introducir los criterios que permitirán obtener los resultados deseados.

<http://eur-lex.europa.eu/n-lex//pays.html?lang=es>

Legislación comunitaria y propuestas

La Comisión ha presentado una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica la Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera en relación con la introducción de datos biométricos y se incluyen disposiciones sobre la organización de la recepción y la tramitación de las solicitudes de visado. Bruselas, 31 de mayo de 2006. COM(2006) 269 final. 2006/0088 (COD). El objetivo es crear el fundamento jurídico para que los Estados miembros tomen los identificadores biométricos obligatorios –imagen facial y diez huellas dactilares planas– a los solicitantes de visado y establezcan un marco jurídico para la organización de las oficinas consulares de los Estados miembros con vistas a la aplicación del Sistema de Información de Visados (VIS). Puede consultarse en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0269es01.pdf. *Vid.* luego la Decisión de la Comisión, de 22 de septiembre de 2006, por la que se establecen las especificaciones técnicas de las normas sobre los identificadores biométricos en relación con el Sistema de Información de Visados [notificada con el número C(2006) 3699], publicada en *DOUE* L 267, de 27 septiembre de 2006.

Publicadas en el *DOUE* las medidas de ejecución de la Directiva sobre el mercado de instrumentos financieros. Consultable (Directiva y Reglamento) en: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/isd/mifid2_fr.htm

Consultas e informes

Informe de la Comisión europea de expertos sobre Derechos humanos en la Unión europea: http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm. El informe, <http://www.statewatch.org/news/2006/jun/EU-funrights-report05.pdf>

Comunicaciones de la Comisión

La Comisión europea ha acogido la propuesta del Consejo y del Parlamento de proclamar el año 2007, como año de la igualdad de oportunidades para todos. Se ha creado un sitio web (http://ec.europa.eu/employment_social/equality2007/index_fr.htm) en el que se explican los objetivos y un calendario de actividades. Se trata de incrementar la convicción en los ciudadanos de

la Unión europea de su derecho a no ser discriminados y a recibir una igualdad de trato.

Con una comunicación del 31 de mayo de 2006, la Comisión explica su nueva estrategia para la seguridad de las tecnologías de la información para Europa, basada en un diálogo abierto con los Estados miembros, con la Agencia europea encargada de la seguridad de las redes y de la información (ENISA) y con el sector de las tecnologías de la comunicación y la información (ITC) [COM (2006 [...] 251] en: http://ec.europa.eu/information_society/doc/com2006251.pdf

El pasado 27 de septiembre, la Comisión ha adoptado una Comunicación al Parlamento Europeo relativa a la posición común definida por el Consejo en vista a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

Consejo de la Unión Europea

El Consejo ha llegado a un acuerdo político sobre la directiva relativa a los servicios del mercado interior. El objetivo es procurar la auténtica realización del mercado interno de los servicios a partir del establecimiento de un cuadro jurídico tendente a eliminar, por un lado, los obstáculos a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y, por el otro, las barreras a la libre circulación de servicios entre los Estados Miembros.

VI. PARLAMENTO EUROPEO

1. Resoluciones, recomendaciones y decisiones

Protección de los menores y dignidad humana, y derecho de réplica

El plano de la Cámara se ha pronunciado sobre la propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y dirigida igualmente a permitir el derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información. Doc.: A6-0244/2005. Procedimiento: Codecisión (1.ª lectura). Debate: 6 de septiembre de 2005. Votación: 7 de septiembre de 2005. Entre las medidas que propone el Parlamento para mejorar la protección de los menores figuran, entre otros, una mejor formación permanente de los profesores y educadores, junto con asociaciones de protección de la infancia, fomento de internet y un enfoque educativo integrado y continuo. Además se propone adoptar una etiqueta de calidad de los proveedores, de tal manera que cualquier usuario pueda comprobar fácilmente si un determinado proveedor está o no acogido a un código de buenas conductas o implantar una línea telefónica única para las denuncias de actividades ilegales o sospechosas en la red. Entre las propuestas, figura también la creación de un nombre de dominio («.kid», por ejemplo) controlado permanentemente y que se comprometa a respetar a los menores y sus derechos. En relación con el derecho de réplica en los medios de comunicación, se trata de establecer principios mínimos a nivel europeo.

Convenio de Protección de Datos EU-Canadá

El Parlamento Europeo ha rechazado la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y el

Gobierno de Canadá sobre el tratamiento de datos procedentes del sistema de información anticipada sobre pasajeros (API) y de los expedientes de los pasajeros (PNR). Doc.: A6-0226/2005. Procedimiento: Consulta. Votación: 7 de septiembre de 2005. Aunque se estima que el acuerdo mantiene un equilibrio aceptable entre asegurar la seguridad y la protección de datos personales, el Parlamento no estima conveniente firmar el acuerdo hasta que el Tribunal Internacional de Justicia se pronuncie sobre el acuerdo similar que la UE firmó con EE.UU, cuyo contenido es susceptible de violar la protección de datos personales.

Resolución sobre el cierre de Guantánamo

El Parlamento ha adoptado por gran mayoría una resolución en la que solicita a los EEUU la clausura de la prisión de Guantánamo, condena cualquier forma de tortura y solicita que sean garantizados los derechos humanos en la lucha frente al terrorismo. Se ha propuesto además enviar una delegación de diputados a Guantánamo. Doc. PE 373.350v01-00 / B6-0295/2006.

Decisión sobre el control de las personas en las fronteras externas

Aprobada la Decisión núm. 895/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que introduce un régimen simplificado de control de las personas en las fronteras exteriores, basado en el reconocimiento unilateral por la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia de determinados documentos como equivalentes a sus visados nacionales para fines de tránsito en su territorio. DOUE L 167, de 20 de junio de 2006.

2. Informes

Informe previo a la Resolución para unificar los plazos de prescripción. *Vid., supra* Sección temática, Derecho de Obligaciones y contratos.

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/614/614975/614975es.pdf

Informe sobre la adopción unitaria del concepto de consumidor. *Vid., supra*, Sección temática, Derecho de Obligaciones y contratos.

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/615/615453/615453es.pdf

Informe que contiene recomendaciones a la Comisión sobre sucesiones y testamentos

Vid., supra, Sección temática, Espacio Judicial Europeo.

Informe sobre el papel de las mujeres en Turquía

El Parlamento Europeo ha votado un informe sobre el papel de las mujeres en la vida social, económica y política en Turquía. Doc.: A6-0175/2005. Procedimiento: Iniciativa. Debate: 5 de julio de 2005. Votación: 6 de julio de 2005. El Parlamento recuerda que es necesario respetar los derechos de la mujer en Turquía para ser miembro de la UE y aprueba el informe que se le somete a votación por 573 votos a favor, 19 en contra y 32 abstenciones. Los mayores problemas para las mujeres son: violencia

doméstica (aunque recientemente se ha tipificado ya como delito la violación dentro del matrimonio), torturas, matrimonios forzados, crímenes de honor (castigado también como delito, recientemente), poligamia, acoso sexual, o pruebas de virginidad, analfabetismo, infrarepresentación en la esfera política (en el Parlamento turco, sólo un 4,4 por 100). Se rechazó una enmienda que instaba a Turquía a retirar su prohibición a las chicas de llevar velo en Universidades o edificios públicos, dadas las implicaciones que esta petición podría implicar para Francia. Los diputados piden al gobierno turco que cree un centro de acogida para mujeres maltratadas en todos los municipios con más de 50.000 habitantes (párrafo 16). Se exige también una debida asistencia sanitaria a las víctimas y la creación de líneas telefónicas de ayuda (párrafo 24). Además, que se mantenga un registro de los matrimonios y los nacimientos en el país, para que los padres no puedan mentir sobre la edad de sus hijas (enmienda 1).

Informe sobre el papel de la mujer en política

Informe de base para una Resolución del Parlamento Europeo sobre la mujer en la Política internacional. Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género. Ponente: Ana María Gome. Doc [2006/2057(INI)]. Fecha: 17 de octubre de 2006. Doc. Final A6-0362/2006. El informe presenta un panorama de la situación de las mujeres en la política internacional a comienzos del siglo XXI y señala que las mujeres están infrarepresentadas en los foros políticos e institucionales en prácticamente todo el mundo y, como consecuencia, insta a los Gobiernos y a los Partidos políticos a cambiar la situación.

Plan de Acción europeo 2006-2007, personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada

Informe sobre la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el Plan de Acción Europeo 2006-2007. Ref. [2006/2105(INI)]. Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Ponente: Elizabeth Lynne. Fecha 13 de octubre de 2006. Doc. Final A6-0351/2006.

3. Preguntas parlamentarias

– Pregunta escrita de Georgios Papastamkos (PPE-DE) a la Comisión

Asunto: Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Ref. E-4672/06

En su respuesta a mi pregunta E-3848/06 relativa a los planes de creación de una página web para ofrecer música «gratuita» cuyo acceso, sin embargo, se ve condicionado por la necesidad de navegar a través de un programa de publicidad, la Comisión indica que: «La Comisión no es la autoridad en mejor posición para valorar casos concretos. Las autoridades y tribunales nacionales son competentes para garantizar la aplicación de la legislación nacional por la que se transpone el Derecho comunitario, incluida la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales».

1. ¿Considera la Comisión que no tiene competencias para valorar un caso que incide en el marco regulador de una Directiva que ella misma ha propuesto?

2. Dado que el plazo dado a los órganos competentes de los Estados miembros para transponer la Directiva 2005/29/CE a la legislación nacional expira el 12 de junio de 2007, ¿no considera la Comisión que existe margen suficiente para aclarar algunos aspectos de la aplicación de dicha Directiva, en particular en lo que respecta a los casos que crean problemas jurídicos acerca de la publicidad más avanzada, potencialmente engañosa?

3. Esta práctica comercial concreta puede dar lugar a reagrupaciones fundamentales en el mundo y, por extensión, en el mercado europeo de los productos de audio musicales. Dado que la naturaleza del medio –internet– que se utilizará para promover la práctica comercial en cuestión puede afectar directamente, debido a sus funciones técnicas, a una amplísima sección de los consumidores en Europa, ¿no considera la Comisión que es necesario tomar decisiones preventivas y anticipativas para abordar las cuestiones planteadas?

– Pregunta escrita de Ashley Mote (NI) a la Comisión.

Asunto: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Fecha: 21 de septiembre de 2006. Ref. E-3989/06

¿Reconoce la Comisión que su propuesta de creación de un espacio de «libertad, seguridad y justicia» repercutirá profunda y singularmente en el Reino Unido, en cuanto que los cambios propuestos minarán por completo el sistema judicial británico basado en el common law– que ha prestado durante siglos un buen servicio al mundo anglosajón–, sin ningún beneficio discernible y por ninguna buena razón?

Responde el Sr. Frattini, en nombre de la Comisión (fecha 24 de octubre de 2006), diciendo que no comparte tal opinión. La Comisión cree que los instrumentos adoptados para crear un espacio común de libertad, seguridad y justicia respetan las tradiciones de los Estados Miembros. Un propósito fundamental en esta área es la mejora de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros, lo que fundamentalmente ha sido posible a partir del principio de mutuo reconocimiento, que asegura que las decisiones judiciales pronunciadas en un Estado miembro puedan ser reconocidas en otro. Desde luego, esto no se lleva a cabo de manera indiscriminada, de manera que los Estados miembros pueden rechazar tal reconocimiento en determinados casos y, desde luego, deben rechazar la ejecución de decisiones que supongan violación de derechos fundamentales. Además, tales instrumentos contienen provisiones en favor de los afectados que se aplican de acuerdo con las disposiciones nacionales de los Estados miembros más destacados. Algunos instrumentos de la EU armonizan algunos aspectos de derecho sustantivo y procesal de los Estados miembros. Sin embargo, tales medidas sólo se adoptan en ámbitos en los que se ha revelado necesario establecer una regulación a nivel comunitario. Debe siempre tenerse en cuenta, además, que en su implementación se deja un gran margen de discrecionalidad a los Estados miembros y, por tanto, se posibilita la preservación de sus características particulares y sus propias tradiciones. Es importante, finalmente, subrayar que el Reino Unido, junto con Irlanda, se beneficia de la posibilidad de quedar al margen en materia de justicia civil europea tal y como queda establecido en un Protocolo al Tratado de Amsterdam. En esta área, ambos Estados miembros tienen la posibilidad de desentenderse de cualquier proposición justo después de haberse realizado. Si la legislación de la Unión europea finalmente se adopta sin su intervención, pueden luego adoptarla si la Comisión lo aprueba.

– Pregunta escrita de Ashley Mote (NI) a la Comisión.

Asunto: ¿Están los franceses socavando la UE? Fecha: 21 de septiembre de 2006. Ref. E-3988/06

¿Podría comentar la Comisión el reciente informe de Civitas (laboratorio de ideas políticas con sede en el Reino Unido) en el que se señala que la UE funcionaría mejor sin Francia? Civitas acusa a Francia de:

- a) No transponer en repetidas ocasiones las Directivas de la UE a su legislación.
- b) Mostrar una fuerte resistencia a aplicar la legislación de la UE.
- c) Ignorar la amenaza de sanciones.
- d) Socavar la autoridad de las instituciones de la UE.
- e) Socavar sistemáticamente el mercado único al no permitir la libre circulación de mercancías, servicios, capital y personas.

¿Qué tiene que decir la Comisión al respecto? ¿No será que, ahora que Francia no puede dominar un grupo de 25 como lo hacía con uno de seis, se ha convertido en un miembro si cabe más incómodo que el Reino Unido?

La respuesta proporcionada por el Sr. Barroso, en nombre de la Comisión (fecha: 3 de octubre de 2006) es que no compete a la Comisión comentar las alegaciones/juicio de carácter general que se efectúan en relación con algún Estado Miembro.

– Pregunta escrita de Ashley Mote (NI) a la Comisión.

Asunto: Pesimismo de una Ministra francesa ante las perspectivas de la UE. Fecha 21 de septiembre de 2006. Ref. E-3986/06

¿Podría la Comisión valorar los comentarios de la Ministra francesa de Asuntos Europeos, Catherine Colonna, quien ha dicho en una reunión de embajadores franceses (29 de agosto de 2006) que la UE padece «agotamiento general» y que le resulta preocupante su funcionamiento? ¿Qué respuestas da la Comisión a la idea expuesta por la Sra. Colonna de que uno de los problemas actuales que aquejan a Francia es la llegada de más países con distintas lenguas, muchos de los cuales tienen una actitud liberal ante el comercio que constituye una amenaza para el modelo social francés?

La respuesta dada por el Sr. Barroso en nombre de la Comisión (fecha 6 de octubre de 2006) es que la Comisión no acostumbra a comentar las afirmaciones de los representantes de los Estados miembros o bien de las Instituciones europeas.

– Pregunta escrita de Alejo Vidal-Quadras (PPE-DE) a la Comisión

Asunto: Aplicación de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales. Fecha: 8 de septiembre de 2006. Ref. P-3893/06

Tal y como se puso de manifiesto en la pregunta anterior [Respuesta escrita de 15 de febrero de 2006, H-0022/06, existen sospechas de que la Generalitat de Cataluña podría haber utilizado historiales clínicos sin garantizar plenamente la protección de los datos personales de los afectados y con fines no demasiado claros. En su respuesta escrita, la Comisión se comprometió a solicitar más información a las autoridades españolas con el ánimo de verificar el cumplimiento de la Directiva 95/46/CE sobre la protección de las personas en el tratamiento de datos personales, en especial de sus artículos 7, 8, 10, 11, 18 y 20. Además, la Agencia Española de Protección de Datos confirmó recientemente que se utilizaron historiales clínicos originales de pacientes claramente identificables con fines

lingüísticos, sin garantizar su anonimato. ¿Han proporcionado las autoridades españolas la información pertinente? ¿Se ha incumplido la directiva mencionada? ¿Cuáles son los siguientes pasos que seguirá la Comisión Europea?

Respuesta del Sr. Frattini en nombre de la Comisión (fecha 3 de octubre de 2006). Como indicó la Comisión en su respuesta a la pregunta oral H-0022-6 de Su Señoría en el turno de preguntas de la sesión del Parlamento de febrero de 2006 (respuesta escrita de 14 de febrero de 2006), son las autoridades de los Estados miembros encargadas de la protección de los datos, en virtud de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre protección de los datos, las competentes para supervisar la legalidad de las actividades referentes al tratamiento de los datos personales realizadas en su territorio. Dichas autoridades deben adoptar las medidas convenientes para garantizar el respeto de la legislación nacional sobre protección de datos y para poner fin a las actividades ilegales en este ámbito. La Comisión se dirigió a las autoridades españolas para saber si las investigaciones realizadas por los servicios de la Generalitat de Cataluña con el fin de evaluar la utilización del catalán por los servicios sanitarios respetaron la legislación española sobre la protección de los datos personales, adoptada en aplicación de la Directiva 95/46/CE. A este respecto, solicitó a las autoridades españolas cuáles eran las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de dicha legislación. En su respuesta de 15 de junio de 2006, las autoridades españolas informaron a la Comisión que las autoridades españolas competentes en materia de protección de los datos personales (Agencia de Protección de Datos y Agencia Catalana de Protección de Datos) habían realizado inspecciones en el marco de sus competencias respectivas para determinar si las investigaciones de los servicios de la Generalitat de Cataluña respetaron la legislación española sobre protección de datos. Las autoridades españolas informaron también a la Comisión que, a raíz de estas inspecciones, se iniciaron algunos procedimientos contra algunas entidades para determinar si se habría vulnerado la legislación y, en su caso, adoptar las medidas convenientes. Estos procedimientos están aún en curso. Con fecha de 15 de septiembre de 2006, la Comisión se dirigió de nuevo a las autoridades españolas para solicitarles información sobre el curso dado a los distintos procedimientos abiertos y, en su caso, las sanciones y medidas que se habrían adoptado para poner fin a las posibles infracciones cometidas.

– Pregunta oral de Marc Tarabella a la Comisión.

Asunto: Fracaso de la política de los consumidores en el mercado interno. Fecha 25 de octubre de 2006. Ref. H-0955/06.

La última encuesta del Eurobarómetro, realizada en marzo de 2006, puso de manifiesto una vez más la total desconfianza de los consumidores de cara al mercado interno, así como su completa ignorancia de sus derechos y de los medios de que disponen para resolver sus problemas.

¿Puede la Comisión explicar por qué la legislación existente es inadecuada y/o ha sido tan mal aplicada que ha desalentado a los consumidores y los ha hecho desconfiar de las adquisiciones transfronterizas? ¿Cómo piensa la Comisión proteger a los consumidores contra los abusos crecientes de que son víctima como consecuencia de la rápida expansión de las ventas a través de internet? ¿Por qué no tiene en cuenta la Comisión los millares de quejas relativas a las compras transfronterizas que recibe de sus propias redes, concernientes a las compras transfronterizas, los viajes, la atención sanitaria, etc.?

Vida Jurídica. Reseña de congresos en materia de Derecho Privado Europeo

ALUFFI, Roberta (cur.), *Persone, Famiglia, Diritti. Recenti riforme legislative nell’Africa mediterránea*, Turín, 26 maggio 2006.

El Congreso trató de un tema delicado y de muchísima actualidad: la reforma del Derecho de familia en los países musulmanes (el matrimonio, el estatuto personal, la maternidad adoptiva y fuera del matrimonio), así como de un tema de alcance más general como los Derechos humanos y el principio «de condicionalidad» en el sistema de las relaciones euro-mediterráneas y la formación del jurista en algunos países del Mediterráneo. Tomaron parte en el evento varios juristas provenientes del área mediterránea: Hossam El Ehwani (Universidad de Ayn Shams, El Cairo); Mohamed Loukili (Universidad de Rabat-Agdal); Nadia Ait Zai (Universidad de Argelia); Hocine Benkheira (École des hautes études en sciences sociales, París); Pier Giuseppe Monateri (Universidad de Turín); Massimo Papa (Universidad de Bolonia); Silvia Angiol.

Barbara PASA
Università di Torino

Área de Derecho civil del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Pablo de Olavide, «Jornadas sobre Derecho Privado Europeo». Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 1 y 2 de junio de 2006.

Los días 1 y 2 de junio de 2006 tuvieron lugar las «Jornadas sobre Derecho Privado Europeo», organizadas por el Área de Derecho civil del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Pablo de Olavide.

El propósito de las Jornadas era, tal y como se apuntaba en el boletín informativo de las mismas, «[...] analizar, a través de la visión de prestigiosos profesores expertos en la materia, las características más relevantes del proceso de unificación que se está llevando a cabo, así como los perfiles que poco a poco va adquiriendo ese Derecho Privado que se está desarrollando en el marco del proceso de la construcción europea».

Los dos días de duración de las Jornadas se organizaron en tres sesiones: una primera de carácter general («Perspectivas de la unificación del Derecho Privado Europeo») y las otras dos centradas en el análisis de un aspecto concreto de la unificación, la del Derecho Patrimonial Privado [«La unificación del Derecho Patrimonial Privado (I) y (II)»].

La primera sesión comenzó con una presentación de las Jornadas por parte de la Profesora Dra. Rosario Valpuesta Fernández, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide y principal impulsora de esta interesante iniciativa.

Los profesores encargados de explicar cuáles son las perspectivas de la unificación del Derecho Privado europeo fueron los Doctores Sixto Sánchez Lorenzo (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada) y Stefan Leible (Catedrático de Derecho civil, Derecho procesal civil, Derecho Internacional privado y Derecho comparado en la Universidad de Jena). Las dos intervenciones adoptaron puntos de vista diferentes pero complementarios.

El Dr. Sánchez Lorenzo quiso poner de manifiesto con su intervención «Límites culturales y axiológicos en la unificación del Derecho Privado Europeo» las dificultades intrínsecas a dicho proceso. El ponente ilustró su tesis a través de tres ejemplos concretos en los que las diferencias culturales y axiológicas dentro de la Unión Europea resultan evidentes: el matrimonio homosexual, la dicotomía sede social-sede real, y la dignidad humana *versus* las libertades comerciales.

El Dr. Leible, por su parte, se ocupó de exponer los diferentes caminos que existen para lograr la unificación del Derecho Privado Europeo en una ponencia («Vías para la unificación del Derecho Privado Europeo») estructurada en cinco puntos: la relación que media entre el mercado interior y el Derecho Privado Europeo, la armonización positiva y negativa en la Unión Europea, los problemas del escalonamiento del Derecho Comunitario, la necesidad y los límites de la unificación del Derecho Privado en la Unión Europea y las vías de unificación para lograrla. La preparación del «marco común de referencia» y las diversas redes de investigadores dedicadas a ello, en particular los trabajos del «Acquis Group», al que pertenece el propio ponente, fueron los puntos especialmente desarrollados en esta ponencia.

Como ya se ha apuntado, las sesiones II y III se ocuparon del Derecho Patrimonial Privado.

La primera ponencia de la segunda sesión, a cargo del Dr. Ángel López y López (Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla) titulada «Sistemas jurídicos civiles y Constitución Europea» analizó la influencia de ésta última en el proceso de unificación del Derecho Privado. Fueron cuatro los puntos principales de su exposición: en primer lugar, la constatación de la diversidad de Ordenamientos dentro de la Unión Europea y la ausencia de uniformidad incluso dentro de cada sistema jurídico civil. En segundo lugar, el Dr. López y López se preguntó cuál es el nivel de inserción de la Constitución europea en las Constituciones y en los códigos civiles nacionales. En tercer lugar, el ponente puso de manifiesto que el proceso de unificación del Derecho Privado Europeo es inevitable, pues resulta necesario, entre otras razones, para lograr llevar a término los principios de libre competencia y libre circulación de bienes y servicios. En cuarto y último lugar, la intervención finalizó apuntando las previsibles líneas de tendencia del proceso.

A partir de la siguiente ponencia, a cargo de la Dra. Liliana Rossi Carleo (Profesora Ordinaria de Diritto Privato en la Universidad degli Studi Roma Tre), las Jornadas se centraron en temas concretos del Derecho Privado Europeo. La Profesora italiana, a través de su vivencia de primera mano de la elaboración de un Código de Consumo en Italia expuso el «Futuro del Derecho de consumo europeo». La primera parte de la intervención tuvo como objeto explicar la estructura del código de consumo aprobado en Italia en el año 2005, así como la razón de algunas de las elecciones tomadas en su elaboración, por ejemplo el haber dejado fuera sectores como el contrato de seguro o el farmacéutico. La segunda parte de la ponencia fue más allá del Derecho italiano, refiriéndose a las diversas opciones existentes para recibir

el Derecho de consumo, elaborado por las instituciones europeas, en los diversos Estados miembro. La Dra. Rossi Carleo concluyó que las opciones futuras se reducen a dos: la elaboración de un código autónomo (como en el caso italiano o francés) o la inserción de las reglas en el código civil (tal y como ha realizado el legislador alemán).

La sesión III comenzó con la intervención del Dr. Santiago Cavanillas Múgica (Catedrático de Derecho civil en la Universidad de las Islas Baleares), centrada en el «Derecho Europeo de la sociedad de la información». El ponente justificaba la elección del tema de su ponencia aduciendo que la sociedad de la información puede considerarse un «laboratorio» del Derecho Privado Europeo. La ponencia trató las cuestiones que plantea la sociedad de la información en el ámbito contractual y en el del Derecho de daños.

Precisamente del Derecho de daños se ocupó el Dr. Miquel Martín Casals (Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Girona) quien, a través de su ponencia «Los Principios Europeos del Derecho de Daños», informó al público asistente de las líneas fundamentales de estos recientes principios, en cuya elaboración participó el propio ponente. Entre los puntos que trató destaca la regulación sobre la causalidad, sobre la responsabilidad objetiva y sobre la determinación de la cuantía de la indemnización.

De los Principios del Derecho europeo de los contratos se ocupó el Dr. Antonio Manuel Morales Moreno (Catedrático de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid) con su ponencia «El incumplimiento en el marco de los principios del Derecho europeo de contratos». El Dr. Morales Moreno puso de manifiesto la evolución de la responsabilidad contractual en nuestro sistema: de una visión tradicional, adoptada por nuestro CC, caracterizada por la disgregación y la falta de articulación de los remedios frente, al moderno Derecho de obligaciones, que aporta una visión unitaria del incumplimiento y que concibe los remedios como una vía de reparto del riesgo. El Dr. Morales Moreno nos ilustró sobre el modelo adoptado por los Principios del Derecho europeo de los contratos, ejemplo del nuevo sistema.

A los participantes en las Jornadas, fundamentalmente Profesores de Derecho civil de varias Universidades españolas, pero también profesionales del Derecho de fuera del ámbito universitario, se les ofreció una visión general del proceso de unificación del Derecho Privado europeo, con sus límites y vías de desarrollo, así como ejemplos concretos de este proceso que ya está en marcha de manera especialmente acusada en el ámbito del Derecho patrimonial.

Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI
Universidad Autónoma de Madrid

**ARROYO AMAYUELAS, Esther (dir.), *¿Por qué el Trust en Cataluña?*
Jornada celebrada en el Colegio de Registradores de la Propiedad y
Mercantiles de España, Barcelona, 16 de junio de 2006.**

El día 16 de junio de 2006 se celebró en el Decanato Autonómico de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de Cataluña una jornada dedicada a la institución del *trust*, que tanto interés suscita entre los civilistas, especialmente en Cataluña, pues no hay que olvidar el reciente Congreso celebrado en la Universidad de Tarragona sobre los patrimonios

fiduciarios y el trust (NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coords.): *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de Derecho Civil Catalán*, celebrado en Tarragona, 20 y 21 de octubre de 2005, 1.ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2006). La jornada reunió a civilistas de gran nivel, con participación de ponentes venidos de universidades de Francia, Italia y China.

La profesora Mirzia Bianca, de la Università degli Studi di Roma, *La Sapienza*, inició la jornada centrándose en los patrimonios de destino, en el vínculo de destino establecido negocialmente y en su relación con la separación de patrimonios, desde el punto de vista de la regulación italiana sobre el *trust*. La ponente hizo especial hincapié en las limitaciones a la responsabilidad patrimonial universal (art. 2740.1 CC Italiano, 1911 CC), para después analizar en detalle las ventajas e inconvenientes del patrimonio de destino. Entre las ventajas, destacó la selección de los acreedores dada por la creación del patrimonio o que constituye un nuevo medio en manos del operador jurídico frente a las sociedades unipersonales. Como inconvenientes, señaló la difícil relación entre autonomía privada y la tutela del crédito, la falta de instrumentos de publicidad de la existencia del vínculo de destino o instrumentos que permitan la conservación del vínculo en caso de enajenación (poniéndolo en relación con la subrogación real que se contemplaba en el Anteproyecto del Libro V del CC de Cataluña). Finalizó su ponencia proponiendo diferentes soluciones derivadas del nuevo artículo 2545-ter CCI y declarándose crítica ante la carencia de regulación en algunos aspectos, como la mencionada conservación del vínculo.

El registrador Celestino Pardo impartió su conferencia sobre la confusión de patrimonios y la publicidad registral. Indicó tres aspectos problemáticos acerca del *trust*: la distinción que debemos realizar entre personalidad y capacidad, apuntando como ejemplo a la herencia yacente que tiene capacidad pero no personalidad; la existencia de un patrimonio y de la posibilidad de que el propio *trust* haga suyas las ganancias del mismo; o la causa de la aportación del fundador, que de ser gratuita, cabría la posibilidad de una acción de rescisión por parte de los acreedores del fundador. El ponente pasó después a referirse a la gestión del fondo, tanto en su vertiente pasiva como activa. La gestión, afirmaba, implica la confusión entre los derechos del patrimonio del gestor y del fondo. El principio de subrogación real se presenta como una solución al problema, aunque éste es inseguro en la gestión activa y dinámica. Para esta gestión se propone el principio de representación, ya que en ella es difícil identificar los bienes. El gestor sólo vincula al fondo cuando actúa como tal y en nombre del *trust*, sin embargo en el tráfico jurídico inmediato –operaciones al contado– se complica, por ello el profesor Pardo apuesta por exponerse públicamente las condiciones de la gestión.

D. Jesús Sempere introdujo el tema de la fiscalidad del *trust*. Reivindicó el reconocimiento expreso de la figura del *trust* en la legislación de nuestro país. Señaló como antecedente del *trust* la figura de la fiducia aragonesa, donde se sometía a gravamen la primera transmisión. También lo relacionó con el heredero de confianza que existe en la regulación de Cataluña y Navarra. El ponente señaló como figuras afines al *trust* los patrimonios fiduciarios, sin embargo se les aplica el impuesto de sociedades y no estamos ante el mismo régimen de titularidad, por lo que no podemos aplicar por analogía sus principios. Sempere fijó unas reglas básicas del *trust*, entre ellas, la capacidad de pago. Posteriormente realizó un análisis de la clasificación de los *trust* (personales/familiares...).

Al acto constitutivo del *trust* le asigna un papel esencial en la tributación del mismo, ya que allí se fija la organización del fondo. Aunque Sempere propone tres posibles líneas de actuación: desconocer este acto y aplicarle la tributación al constituyente; gravar a cuenta en el inicio y realizar una declaración complementaria al final de la vida del fondo; o finalmente, que se establezca un gravamen moderado en las constituciones del *trust*.

La siguiente ponente de la jornada fue la profesora Esther Arroyo que expuso algunas propuestas para la regulación del *trust* en Cataluña, defendiendo la regulación sobre los patrimonios fiduciarios que contenía el anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña. Esta regulación finalmente fue desechada por la Generalitat, decidiendo no realizar ninguna regulación concreta para este tema, a pesar de que como se pudo observar en las conferencias, es una figura de calado, con futuro y extendida en muchos países del extranjero, incluso en China. Las características del *trust* no son del todo desconocidas en Cataluña, porque existen instituciones como la fiducia testamentaria, el albaceazgo, y las sustituciones fideicomisarias. Aún con todo, el Anteproyecto sólo recogía la fiducia de gestión, dejando de lado el *trust* de garantía. La profesora Arroyo propone un mayor estudio de esta última figura. En el anteproyecto, el fiduciario sólo acepta el encargo de administración, pero no adquiere los bienes. La ponente examinó los diferentes tipos de constitución de fiducia (voluntaria – mortis causa o *inter vivos*– y la judicial), así como los sujetos que participan en la estructura del *trust* «catalán», que es de forma triangular. Finalizó su exposición indicando obstáculos de orden público ante el reconocimiento del *trust*, como la infracción del artículo 1911 CC, o la acción de reintegro de los artículos 71 y 73 de la Ley Concursal. La solución del anteproyecto a este problema fue la inoponibilidad de acto frente a los acreedores que ya existían ante de la constitución, pero recibió críticas al discriminar otros acreedores.

El profesor François Barrière, de la Universidad Panthéon-Assas de París, abrió las ponencias de la tarde con el tema: «el *trust* y aplicaciones comerciales». En Francia, se ha venido intentando crear una ley sobre la fiducia desde 1992, aunque en 2005 con la proposición de ley y el posterior anteproyecto sigue la corriente del estudio y regulación de esta materia por los diferentes países. A día de hoy, todavía no se ha incorporado al ordenamiento jurídico la regulación de la fiducia típica (*fiducie nommée*), que de aprobarse permitiría la creación de las fiducias de gestión y de garantía. A pesar de lo anterior, el Estado francés ya ha regulado fiducias atípicas (*innommées*), figuras que tienen el mismo funcionamiento que el *trust*. Según el anteproyecto de 2006, sólo podrán constituirse fiducias por personas jurídicas y los fiduciarios –que recibirán la propiedad fiduciaria sólo podrán ser ciertos establecimientos de crédito, mutuas y cooperativas. Los últimos textos surgidos en Francia excluyen las transmisiones a título gratuito. El ponente propuso la existencia de una cierta neutralidad fiscal para que la fiducia pueda adaptarse a la vida comercial, así como una regulación minuciosa del procedimiento de transferencia de derechos al fiduciario.

El siguiente ponente fue el Dr. Ángel Serrano de Nicolás que puso en relación el *trust* con el derecho de sucesiones. Después de hacer un análisis de la situación en el mundo anglosajón, apuntó que el *trust* podría utilizarse para la transmisión *mortis causa* de grandes patrimonios. Afirmó que el gestor del fondo no es propietario porque no estamos ante propiedades temporales. El ponente incidió en que Cataluña ya posee instituciones jurídicas (albaceazgo, fideicomiso de residuo, usufructo con facultad de disposición...) que tienen características semejantes al *trust*. Planteó que las legítimas podrían causar dis-

torsiones en este régimen y deberían tenerse en cuenta, así como la posibilidad de revocar el *trust*, hasta el último momento, incluso mediante testamento.

El profesor Lihong Zhang, de la East China University of Political Science and Law de Shangai, realizó una exposición sobre los orígenes y la regulación actual del *trust* (*Xin Tuo*) en China. El primer instrumento jurídico chino sobre el *trust* lo estableció el Banco Central China en 1986, mediante un reglamento provisional para la gestión del *trust*. El ordenamiento jurídico chino es de tradición romanista, hecho que ha permitido la buena recepción de esta institución procedente de países capitalistas. La regulación del *trust* se plasmó en ley en el 2001. Hay tres tipos de *trust* en China: el civil (no lucrativo), el mercantil (lucrativo) y el de utilidad pública. En la regulación china no existe la obligación de la transmisión de la propiedad al fiduciario, el *trustee* sólo adquiere el poder de gestión. El ponente hizo referencia a los requisitos de constitución del *trust*, por ejemplo, la obligación formal de realizarlo por escrito. Al hablar de los sujetos del *trust* indicó que tiene también una estructura triangular, como en Cataluña, dado que el disponente no pierde protagonismo. Dio mucha importancia a la segregación del fondo del *trust*, principal característica del *trust* chino según el ponente. Finalmente se refirió a las características del *trust* de utilidad pública.

Cerró la jornada científica una mesa redonda que discutió sobre los patrimonios fiduciarios en el derecho civil catalán, para finalmente el profesor Ferran Badosa Coll, de la Universidad de Barcelona, presentar las conclusiones de la jornada.

Andrés Miguel COSIALLS UBACH
Universitat de Lleida

BIN, Marino; LENTI, Leonardo, y MONATERI, Pier Giuseppe (dirs.),
Ciclo di Lezioni organizzate dal Dottorato di Ricerca in Diritto Civile e
informatica giuridica nelle società tecnologicamente avanzate. Torino,
Aprile/Maggio 2006.

El ciclo de lecciones destinadas a los doctorandos de Derecho civil estuvo abierto también a un público mucho más amplio, y abordó problemas generales de método en la justicia contractual. Los ponentes invitados son conocidos estudiosos italianos de Derecho civil: Rodolfo Sacco (Universidad de Turín), habló de la «Justicia contractual y la libertad de consentimiento»; Pier Giuseppe Monateri (Universidad de Turín), de la «Integración del contrato y la justicia contractual» y de «el método crítico y la civilística»; Alessandro Somma (Universidad de Pisa), disertó sobre la «Justicia contractual y la ordenación liberal de la sociedad: reflexiones críticas»; Giovanni Marini (Universidad de Perugia), sobre la «Redistribución e identidad en el Derecho de contratos»; Ugo Mattei (Universidad de Turín), sobre «Justicia contractual y análisis económico del Derecho»; Roberto Calvo (Universidad de Turín), se ocupó de «la equidad en el Derecho privado»; Francesco Galgano (Universidad de Bolonia) habló sobre «la justicia contractual: nuevas perspectivas»; Giuseppe Vettori (Universidad de Florencia), sobre «Justicia y remedios en el Derecho de contratos».

Barbara PASA
Università di Torino

MONATERI, Giuseppe (dir.), *Italia-Usa a confronto: danni e responsabilità alla luce del nuovo codice dei consumatori*. Torino, 23 Maggio 2006

El tema del congreso fue la comparación realizada por prácticos y académicos de ambos países en materia de responsabilidad civil. La prospectiva italiana es especialmente interesante desde el momento que acaba de ser promulgado en Italia un nuevo *Codice del Consumo* (año 2005), que regula la responsabilidad del productor, del vendedor, y del *tour* operador. La jurisprudencia estadounidense ha individualizado en las *class actions* y el daño punitivo los instrumentos adecuados para corregir los desequilibrios de una economía liberal, más bien agresiva y absolutamente ajena a los Derechos de la persona. En los últimos años, la jurisprudencia italiana ha tenido en cuenta las soluciones creadas ultramar, por su capacidad pragmática de conjugar las exigencias sistemáticas con las de tutela del usuario-consumidor-víctima. Se presentaron en síntesis algunos temas recurrentes en los tribunales civiles de los EEUU y también en los italianos y ello facilitó el análisis comparativo concreto.

Barbara PASA
Università di Torino

NORTON, Rose, *Oxford Colloquium on Contract Terms*. St. Hugh's College, Oxford, 22 e 23 settembre 2006

Tal y como se desprende del título, las cláusulas contractuales fueron el tema de discusión elegido en el *Norton Rose-Oxford Colloquium* que tuvo lugar los pasados 22 y 23 de septiembre. La primera sesión se dedicó a la interpretación de tales cláusulas y fue Gerard McMeel quien comenzó exponiendo sobre los principios y las políticas de la interpretación contractual, tomando en consideración el desarrollo del derecho jurisprudencial inglés del último decenio. Siguió la intervención de Edwin Peel, con el título «*Whither contra proferentem?*», centrada en la oportunidad de renunciar a la regla de interpretación «*contra proferentem*» sobre todo en relación con las llamadas «*exemption clauses*». Tras él, Andrew Burrows afrontó el tema de las relaciones entre interpretación y rectificación del contrato, explorando concretamente el alcance que contemporáneamente asume la «*rectification*». A su conferencia siguió la intervención de Robert Stevens, con el título «*Objectivity, Mistake and the Parol Evidence Rule*». Al término de la sesión matutina tomó la palabra Stefan Vogenauer, con el fin de evidenciar algunas conclusiones en el ámbito del Derecho comparado en materia de interpretación del contrato. El autor se fijó en el Derecho francés y alemán y sobre todo mostró el diferente planteamiento con el que ambos países enfocan el tema y, por tanto, constató las divergencias existentes en el seno de sistemas jurídicos que pertenecen a una misma tradición jurídica, esto es, la del *Civil Law*.

La segunda ponencia se basó en el control legislativo de las llamadas «*limitation clauses*» y «*exemption clauses*», así como en las cláusulas abusivas. Elizabeth MacDonald se refirió al *Unfair Contract Terms Act* de 1977, a sus funciones y al desarrollo del Derecho jurisprudencial en torno a tal norma, con particular referencia a las relaciones entre empresas. A continua-

ción, Susan Bright intervino con el tema de la «*unfairness*» y el *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations*, que ya está en vigor desde hace más de diez años. La jornada finalizó con la intervención de Hughe Beale, que disertó sobre el tema «*Exclusion and Limitation Clauses in Business Contracts: Transparency*». El ponente expuso algunas sugerencias manifestadas en el informe sobre *Unfair Terms in Contract*, que la *Law Commission* inglesa y la *Scottish Law Commission* publicaron en el año 2005 y subrayó especialmente la necesidad de una mayor transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales.

La jornada del sábado fue íntegramente dedicada a las cuestiones surgidas en relación con determinadas cláusulas contractuales. Las sesiones se inauguraron con una ponencia de John Cartwright sobre el tema «*Excluding liability for Misrepresentation*» en la que el autor analizaba las dificultades conexas a la exclusión de la responsabilidad por *misrepresentation*. Siguió a continuación la ponencia de Ewan McKendrick sobre cláusulas relacionadas con la fuerza mayor. El ponente se refirió sobre todo al *gap* que se da entre la teoría y la praxis y, finalmente, se concentró en el control legislativo de tales cláusulas. Por el contrario, Simon Whittaker habló sobre las «*termination clauses*» e indagó sobre los diferentes modos a través de los cuales tales cláusulas sufren en la práctica restricciones y controles. Clausuró las intervenciones Louise Gullifer con una ponencia sobre «*retention of title clauses*».

Alexandra BRAUN
St. John's College, Oxford

SECOLA, *Constitutional Values and European Contract Law*, Universidad Humboldt, Berlín, 8-9 de septiembre de 2006

Los días 8 y 9 de septiembre de 2006 tuvo lugar en la Sala del Senado de la Universidad Humboldt de Berlín la Conferencia anual de SECOLA (*Society of European Contract Law*), bajo el título «*Constitutional Values and European Contract Law*».

La primera jornada comenzó con una conferencia impartida por Prof. Miguel Poiaras Maduro, Abogado general del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre los valores constitucionales de la Unión Europea y sus implicaciones en el ámbito del Derecho de contratos, la cual sirvió de introducción al tema general de la Conferencia. A continuación, el Prof. Giuseppe Vettori (Universidad de Florencia) analizó, desde una perspectiva institucional, la Constitución económica y social de la Unión, mientras que el Prof. Schepel (Universidad de Canterbury) se refirió a las libertades fundamentales de la Unión Europea y a sus consecuencias en el Derecho europeo de contratos. Su intervención fue completada con un breve comentario del Prof. Stefan Leible (Universidad de Bayreuth). Posteriormente, el Prof. Fernando Gómez (Universidad Pompeu Fabra) expuso el tema de la imbricación entre derechos económicos y Derecho contractual, mientras que el Prof. Johannes Hager (Universidad de Munich) trató la cuestión de los derechos fundamentales en los sistemas contractuales de algunos Estados miembros de la Unión Europea, completando su conferencia una breve intervención de la Dra. Olha Cherednychenko (Universidad de Utrecht). Los Profs. Martijn Hesselink y Arthur Hartkamp (ambos de la Universidad de

Amsterdam) cerraron la primera jornada con una exposición sobre las bases constitucionales del Derecho de contratos en Europa, tras la cual se celebró la Asamblea General de SECOLA.

La segunda jornada comenzó con la intervención del Prof. Giovanni Comandé (Escuela Superiore Sant' Anna de Pisa) sobre los derechos económicos y el Derecho europeo de contratos, siendo completada su conferencia con un comentario de la Prof. Ewa Letowska (Universidad de Varsovia). Respecto de la relación entre derechos humanos y Derecho de contratos, la Profra. Maria Rosaria Marella (Universidad de Perugia) expuso el estado de la cuestión, al que añadió un breve comentario la Dra. Aurela Colombi Ciacchi (Universidad de Bremen). A continuación, el Prof. Nuno Manuel Pinto Oliveira (Universidad de Miño) se refirió a las reglas antidiscriminación existentes en el Derecho europeo de contratos, tras cuya intervención se expusieron las principales conclusiones de la Conferencia.

Javier LETE ACHIRICA
Universidad de Santiago de Compostela