

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica:

Miriam Anderson, Francisco J. Andrés Santos, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, Lorenzo Bairati, Guillem Cano Palomares, Andrés Miguel Cosialls Ubach, Martin Ebers, Cristina González Beilfuss, Beatriz Gregoraci Fernández, César Hornero Méndez, Alejandra de Lama Aymà, Chantal Moll de Alba Lacuve, Jordi Nieva Fenoll, Barbara Pasa, Javier Pou de Avilés Sans, Héctor Simón Moreno, Belén Trigo García.

SUMARIO: Presentación.–EDITORIAL: «La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el Derecho español y el CESL» (Lidia Arnau Raventós).–**RAPPORTS NACIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO Y COMPARADO:** Alemania, Austria y Suiza (Martin Ebers), España (Miriam Anderson), Italia (Lorenzo Bairati, Barbara Pasa).–**SECCIÓN TEMÁTICA:** I. Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas). II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo i Amayuelas). III. Derechos reales en la Unión Europea (Héctor Simón Moreno). IV. Derecho de familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss). V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea (Alejandra de Lama Aymà). VI. Derecho de autor en la Unión Europea (Javier Pou de Avilés Sans). VII. Derecho de responsabilidad (Belén Trigo García).–**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS** (Guillem Cano Palomares).–**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA** (Lidia Arnau Raventós).–**JURISPRUDENCIA NACIONAL** (Miriam Anderson).–**LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES.**–Vaquer Aloy, A. - Bosch Capdevila, E. - Sánchez González, M.^a P. (coords.): *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia. Tomos I y II*, Atelier, Barcelona, 2012 (Beatriz Gregoraci Fernández).–Bosch Capdevila, E. (dir.): *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012 (Andrés Miguel Cosialls Ubach).–Baldus, C. - Finkenauer, T. - Rübner, T. (eds.): *Bologna und das Rechtsstudium. Fortschritte und Rückschritte der europäischen Juristenausbildung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011 (Francisco J. Andrés Santos).–Backhaus, J. G. - Cassone, A. - Ramello, G. B.: *The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America*, Cheltenham (R.U.) - Northampton (EEUU), Edward Elgar Publishing, 2012 (Jordi Nieva Fenoll).–Serrano Fernández, M.: *Las reglas de interpretación de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (César Hornero Méndez).–**VIDA JURÍDICA. RESEÑA DE CONGRESOS EN MATERIA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO.**–Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Entwurf eines «Common European Sales Law» (CESL), Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn, 21 y 22 de abril de 2012 (Francisco J. Andrés Santos).–Pragmatic issues in legal translation: from different language versions of the DCFR to the CESL Proposal, Universidad de Torino, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2012 (Chantal Moll de Alba Lacuve).

Presentación

Esta 18.^a crónica se cierra el 15 de junio de 2013. La fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión Europea, el TJUE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Diario Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, el 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*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, entre otros.

La crónica está coordinada por los Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universidad de Barcelona).

La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español y el CESL

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS*

I. LA SUSPENSIÓN DEL PROPIO CUMPLIMIENTO: SU PRESENTACIÓN EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *RELATIVO A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA*

Los artículos 106.1 b y 131.1 b de la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, *relativo a una normativa común de compraventa europea* (COM [2011] 635 final; en adelante, CESL) contemplan, a propósito de los remedios de comprador y vendedor respectivamente, el de «dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones» para el caso de incumplimiento de la contraparte¹. Tal facultad aparece desarrollada

* Profesora Agregada de Derecho civil (Universidad de Barcelona). Este comentario se integra en los trabajos del Grupo Consolidado 2009 SGR 221 y del Proyecto de Investigación DER 2008-03992/JURI, cuyo investigador principal es el Prof. Ferran Badosa Coll.

¹ Véase, anticipando la función de modelo de codificación que está llamado a cumplir el CESL, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, «Hacia un derecho común europeo de la compraventa», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.) - ARROYO AMAYUELAS, Esther (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 60. Esta función es la acometida a propósito del Borrador del Anteproyecto de ley de la Primera Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, que aparece indudablemente inspirada en aquel texto. Los artículos 621-40.1 b) y 621-43 contemplan la facultad de comprador de suspender el pago del precio y los artículos 621-47, 1 b) y 621-48 hacen lo propio respecto del vendedor. Por su parte, la facultad de suspender la ejecución de la prestación debida por el acreedor insatisfecho se recoge también en el artículo 1191 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos (*BIMJ*, 2009; en adelante, PMOC). El artículo 63.3 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre los Contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (véase en *BIMJ*, 2006), concede la misma facultad en determinados supuestos de incumplimiento (en general, a propósito de ambos textos, FENOY PICÓN, Nieves, «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios por incumplimiento», *ADC*, núm. LXIV-IV, 2011, pp. 1570 a 1574; en relación sólo a la

en los artículos 113 y 133. En lo esencial, tales preceptos resultan coincidentes. Por lo demás, el derecho a «*dejar en suspenso el cumplimiento*» reconocido al comprador resulta aludido también en el artículo 106.2 y, fuere quien fuere el acreedor legitimado para pretenderlo, en el artículo 185. El primero, aplicable sólo en caso de comprador-comerciante, proclama la regla general en cuya virtud los remedios que le asisten en caso de incumplimiento del vendedor están sujetos al régimen de subsanación previsto en el artículo 109. Escapa de este régimen, precisamente, la facultad de suspender el cumplimiento de las obligaciones propias, que será posible ejercerlo «*mientras se encuentre pendiente la subsanación*» (art. 109.6; en parecidos términos, véase artículo 111.2 *in fine*). Por su parte, el artículo 185 atiende a los efectos de la prescripción que, desde la perspectiva del acreedor, se concretan esencialmente en la pérdida de los remedios por incumplimiento. Y ello afecta a todos los previstos en los artículos 106.1 b y 131.1 b, salvo el de «*dejar en suspenso el cumplimiento*».

Esta expresa incorporación al texto de la Propuesta de la facultad reconocida al acreedor insatisfecho de suspender la ejecución de sus propias obligaciones sugiere: en primer lugar, y trascendiendo de aquel texto, ensayar algunos apuntes generales acerca de su naturaleza jurídica; en segundo lugar, concretar cómo aparece formulada, ahora sí, en el proyecto europeo.

II. LA SUSPENSIÓN DEL PROPIO CUMPLIMIENTO: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO ESPAÑOL

La facultad de suspender el cumplimiento es un instrumento dispensado al acreedor, que incide sobre su propia obligación y que lo hace, además, provocando su inexistencia. En una formulación general y teórica, no tiene por qué aparecer siempre y necesariamente como un mecanismo reactivo frente a la pretensión de cumplimiento instada por la contraparte². Sí obedece, en cambio, a una finalidad defensiva la *exceptio non adimpleti contractus*. Cuestión distinta es si su alegación constituye la forma más habitual y generalizada de articular el derecho o facultad de suspender el propio cumplimiento que aquí quiere tratarse³.

PMOC, GÓMEZ CALLE, Esther, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *ADC*, núm. LXV-I, 2012, pp. 48 a 50).

² A falta de una disposición concreta en derecho español que, en términos generales, prevea en qué casos y circunstancias puede un acreedor suspender el cumplimiento de sus obligaciones (del mismo modo que hace el art. 1124 CC a propósito de la facultad de resolver o los arts. 106.1b y 131.1b CESL en relación a la suspensión por incumplimiento), con este comentario se aspira sólo a aportar algunos apuntes generales acerca de tal facultad, forzosamente teóricos.

³ No puede desconocerse sin embargo que los esfuerzos doctrinales se han volcado principalmente en justificar la admisión en el derecho español de la *exceptio* más que en abordar, sin más, la facultad de suspender el propio cumplimiento. Véase, coligiéndola del artículo 1100 *in fine* CC, PÉREZ Y ALGUER (en sus Anotaciones a ENNECCERUS, L.; KIPP, T.; WOLF, M., *Tratado de Derecho civil*. Derecho de Obligaciones, v.I, 1950, p. 168; desvinculando los requisitos para colocar en situación de mora al deudor de la facultad de oponer la *exceptio*, ESPIN CANOVAS, D., «La excepción de incumplimiento contractual», *ADC*, tomo XVII, Fasc. III, 1964, p. 571; acude al principio general de equidad y al de buena fe (art. 1258 CC), CRUZ MORENO, M., *La exceptio non adimpleti contractus*, Tirant

1. La suspensión como remedio doblemente obligacional

En una aproximación preliminar se diría que la suspensión reviste naturaleza obligacional por un doble motivo: así, por razón de aquello que se suspende y, en segundo lugar, por causa del presupuesto que permite suspender. Una y otra circunstancia sólo pueden concurrir si aquél que hace uso de tal facultad y aquél frente a quien se ejercita son, cada uno y a la vez, deudor y acreedor del otro.

La suspensión se proyecta sobre la obligación del acreedor que la insta. Desde esta perspectiva, se diría:

I. Que, en tanto que remedio obligacional, no se ve afectado ni el contrato ni la relación jurídica que genera. Aparece, pues, junto al cumplimiento, como un remedio obligacional, y se aleja por la misma razón de la resolución por incumplimiento que, atendida su naturaleza contractual, se proyecta sobre el contrato extinguiéndolo. Esta configuración explicaría, por ejemplo, que más allá de la obligación suspendida, el contrato y sus restantes efectos sigan rigiendo y produciéndose para ambas partes; así, teóricamente, quien suspende sigue teniendo a su alcance los restantes remedios por incumplimiento⁴, y aquél frente a quien se suspendió podría también, en su caso, instar el cumplimiento de otras obligaciones no afectadas por la suspensión o, en el supuesto de suspensión parcial (arg. *ex art.* 113.3 y 133.3 CESL), reclamar el cumplimiento de la parte exigible.

II. Que al incidir sobre la obligación de quien suspende, tampoco se ve afectada la ajena, que es la que de algún modo se ha incumplido (o, como se verá, amenaza incumplimiento) y sobre la que, en línea de principios, podrían proyectarse otras pretensiones. Esta disparidad de objetos avalaría la posibilidad de acumular la suspensión con el ejercicio de cualquiera de estas últimas. En cualquier caso, toda vez que la situación que legitima aquella suspensión se predica de la obligación ajena, su desaparición determinará que decaiga también el efecto suspensivo: así, por ejemplo, porque habiéndose al fin satisfecho el interés de quién suspendió, desaparece entonces el presupuesto de la suspensión y la obligación a su cargo deviene entonces exigible. Y se dirá lo mismo si, habiéndose instado la resolución del contrato (obviamente, en caso de que ello fuera posible), se extinguen las obligaciones resultantes, de forma que la facultad de suspender desaparece sobrevenidamente por desaparición de su objeto.

De lo anterior se desprende, en cualquier caso, que la facultad de suspender exige reciprocidad en las posiciones acreedora y deudora; sólo así cabe que quien, como acreedor, constata una falta o posible falta de cumplimiento ajeno pueda, en tanto que deudor, suspender el cumplimiento de su propia obligación. Por lo demás, la antedicha naturaleza sólo obligacional y no con-

lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 41 y ss. La autora deriva de tales preceptos, así como del artículo 110CC *in fine*, el principio de cumplimiento simultáneo del que considera aplicaciones concretas los artículos 1467, 1500 (2.º pár.) y 1308 CC; insiste en la buena fe, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «Distinción entre tipos de incumplimiento contractual. Presupuestos y efectos de la *exceptio non adimpleti contractus*. Comentario a la STS de 18 de abril de 2012», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012, pp. 429 y ss.

⁴ La reflexión, sin embargo, parte de una petición de principio, a saber: que la suspensión que aquí se trata obedece a una situación de incumplimiento de la otra parte que, en su caso, permitiría también activar otros remedios (sobre ello, véase *infra* 2.2).

tractual del mecanismo avala la extensión del remedio a supuestos de reciprocidad legal o liquidatoria⁵.

2. Del efecto... a la causa: desde la inexigibilidad de la obligación propia... a las circunstancias que legitiman la suspensión

Más allá de la configuración propuesta de la facultad de suspender el propio cumplimiento como remedio obligacional, abordar con mayor detalle la cuestión de su presupuesto y su ámbito de aplicación exige tratar antes de la naturaleza del efecto suspensivo.

2.1 EL EFECTO SUSPENSIVO

Ya se ha avanzado que se describe en términos de inexigibilidad de la obligación (*rectius*: de la deuda) del acreedor que suspende. Este planteamiento en términos de alteración del grado de efectividad de la obligación sugiere algunas cuestiones previas y tiene otras tantas consecuencias. En cuanto a lo primero, interesa incidir en que aquella inexigibilidad presupone, sin afectarla, la existencia de la obligación y su exigibilidad, sobre la que sí pretende influirse. Desde otra perspectiva, se configura sólo como beneficio del acreedor insatisfecho.

I. La suspensión no implica desaparición o extinción de la obligación suspendida⁶. De ello resulta que en caso de satisfacerse no habrá pago de lo indebido y ni cabrá, en consecuencia, acción de repetición.

II. El que la inexigibilidad sea una situación jurídica dispuesta en beneficio y favor de quien la insta facilitará la hipótesis anterior. Y ello porque quien suspende puede paralizar por esta causa la reclamación de cumplimiento que en su caso se interponga frente a él, pero puede no hacerlo y ejecutar lo debido pese a aquella inexigibilidad, compeliendo incluso a su acreedor a recibir el pago o cumplimiento⁷. Es más: en tanto la conducta llevada a cabo infrinja de algún modo su deber de prestación, la situación culminará con el incumplimiento de quien, suspendiendo primero, acabó prescindiendo de la inexigibilidad que él mismo había provocado.

2.2 LA SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES EXIGIBLES: EL ACREEDOR QUE DEBE CUMPLIR ANTES.

Si se trata, ciertamente, de una causa de alteración del grado de efectividad de la obligación, la inexigibilidad por causa de suspensión sólo cobra sentido en tanto se proyecte sobre una obligación exigible. Y ello porque suspender una obligación aún inexigible por causa distinta a la que legitima la suspensión (así, por estar sujeta a un plazo aún no vencido o a una condición aún no cumplida) no reportará, en principio, beneficio alguno⁸. En el

⁵ Para esta expresión, véase BADOSA COLL, Ferran, *Dret d'obligacions*, Barcanova, Barcelona, 1990, p. 165.

⁶ El tenor literal del artículo 1467 CC aparece, en este sentido, poco preciso («*Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida*»).

⁷ Acerca de la falta de simetría entre las situaciones de ejercitabilidad de crédito y deuda, véase BADOSA COLL, *Dret d'obligacions...*, cit, p. 102.

⁸ Aunque, teóricamente, quizás cabría una suerte de suspensión con efecto diferido al momento de vencer el plazo o cumplirse la condición que evitaría, precisamente, la exigibilidad alcanzada por una u otra causa.

contexto de obligaciones recíprocas, tiene interés abordar la cuestión partiendo de su exigibilidad según sean puras o no.

a) En caso de que ambos obligados deban cumplir al mismo tiempo, la cuestión estriba en determinar cómo incide el llamado sinalagma funcional en la exigibilidad de una y otra: a saber, en tanto ninguno de los obligados cumpla o esté dispuesto a cumplir, ¿tales obligaciones son inexigibles (a modo de una inexigibilidad institucional derivada del principio de cumplimiento simultáneo) o, por el contrario, son exigibles con y desde la perfección del contrato (art. 1113 CC), pero con derecho, cada una de las partes, a suspender la exigibilidad de su propia obligación mientras la contraria no cumpla o esté dispuesta a cumplir? De admitirse, como aquí se hace, la primera de las opciones, resultará que en tanto no se produzca aquel cumplimiento (o aquella disposición al cumplimiento), ninguna de las partes tendrá necesidad de suspender la exigibilidad de su obligación, toda vez que *ya resulta legalmente inexigible* por causa de su relación de reciprocidad con otra que aún no ha sido cumplida⁹⁻¹⁰. En este contexto, la reclamación que pudiera entablar, judicial o extrajudicialmente, uno de los obligados frente al otro podría paralizarse, por el demandado, mediante la *exceptio non adimpleti contractus*, cuya virtualidad no sería la suspender *ex novo* nada, sino la de oponer a la pretensión de cumplimiento el carácter inexigible *ab initio* de la deuda que se reclama¹¹. Con todo, y en tanto que tal inexigibilidad se dispone en beneficio de cada una de las partes mientras no se da cumplimiento a la obligación recíproca, será decisión de la demandada oponer o no la *exceptio*. La consecuencia será, a falta de alegación, que no cabe apreciar aquella inexigibilidad de oficio. En este contexto, el ejercicio por cualquiera de los obligados de un supuesto derecho a suspender su obligación llevado a cabo al margen de toda reclamación sólo tendrá el valor de una declaración de voluntad con alcance meramente declarativo¹². Todo ello repercute, por ejemplo, en materia de prescripción¹³.

⁹ Se cree que es éste el sentido de los artículos 1466 («*El vendedor no estará obligado a entregar la cosa, si el comprador no le ha pagado el precio...*») y, mucho más cercano a la idea de inexigibilidad, 1308 CC («*Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello (...) a qué esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba*») (a propósito del art. 1466 y de la obligación del vendedor en caso de falta de pago del precio, afirma MANRESA Y NAVARRO (*Comentario al Código civil español*, Tomo X, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, p. 166) que: «(...) *faltando la causa, la obligación no existe o por lo menos queda en suspenso*»).

¹⁰ Aquella inexigibilidad institucional no puede descartarse mediante condición general en perjuicio de quien contrata en calidad de consumidor (art. 87.1 RDL 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios)

¹¹ Casa perfectamente con dicha configuración la afirmación jurisprudencial en cuya virtud la *exceptio*, a diferencia de la resolución, «*no supone modificación de la relación obligatoria*» (con cita de resoluciones anteriores, véase STS 18 de abril de 2012 [cit.]).

¹² Identifica, como presupuesto material de la *exceptio*, un «*derecho subjetivo privado (...) de negarse a cumplir transitoriamente*», ORTIZ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Dir. 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002, p. 191 y 192.

¹³ Así: presupuesto que un requisito a fin de que transcurran los plazos de prescripción de los créditos recíprocos es que las deudas sean exigibles (dado que, en otro caso, difícilmente será «*ejercitable*» la acción; art. 1969 CC), se sugiere el siguiente caso: estando A y B obligados recíprocamente, ninguno de ellos cumple ni está dispuesto a cumplir. Transcurridos quince años (arg. *ex art.* 1964 CC; o los que fueren atendida la naturaleza de las obligaciones), A reclama a B el cumplimiento. Resulta incontestable que el demandado

¿*Quid* si una de las partes cumple pero defectuosamente? Pese a la inexigibilidad provocada por la falta de cumplimiento de contrario, cualquiera de los obligados recíprocamente puede optar por ejecutar la conducta debida, siendo así que es posible que con ocasión de tal ejecución se vulnere en algún modo o intensidad el deber de prestación. Esta situación de cumplimiento defectuoso determinará también, y por sí misma, la inexigibilidad de la obligación recíproca; de este modo, si quien aparece en ella como deudor fuera reclamado de cumplimiento podrá oponer, con alcance declarativo, la *exceptio non adimpleti contractus* o, en su caso, la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Desde esta perspectiva, la inexigibilidad es graduable comogradable puede llegar a ser la situación de cumplimiento o incumplimiento¹⁴.

b) En caso de que uno de los obligados deba cumplir después del otro, el razonamiento no distaría del anterior. Así, la exigibilidad de la obligación que debe cumplirse en último término no depende sólo del vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición que se hubieren pactado sino, además, del cumplimiento de la obligación que deba ejecutarse en primer lugar. A falta de esto último, no cabe exigir el cumplimiento a quien debe cumplir después.

c) En caso de que uno de los obligados deba cumplir antes que el otro, la exigibilidad de su obligación no puede quedar lógicamente supeditada al cumplimiento (o disposición a cumplir) de la obligación recíproca que debe ejecutarse después. Por el contrario, a falta de elementos accidentales que retrasen aquella exigibilidad, será con y por la perfección de contrato que aquella obligación alcanzará tal grado de efectividad (arg. ex art. 1113, 1 CC). Siendo exigible, cabe suspenderla, en el sentido de modificarla alterando la intensidad de aquella eficacia y convirtiéndola en inexigible. En este contexto, la facultad de suspender aparece como una auténtica facultad o poder de configuración jurídica que, adecuadamente ejercida, instaura *ex novo* una determinada situación jurídica. El artículo 1467 CC obedece a esta lógica; con muchos más matices, también lo haría el 1502 CC. El primero permite al vendedor suspender la obligación de entrega «cuando se hubiera convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio». La exigibilidad de la obligación de entrega deja de supeditarse al cumplimiento de la de pago del precio en caso de aplazamiento de esta última (art. 1466 *in fine* CC); en este contexto, la insolvencia del comprador descubierta tras la perfección del contrato y antes de la entrega legítima

podrá oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, mas lo que se cuestiona es si también cabría oponerse con éxito a tal reclamación alegando prescripción. Cabría formular dos planteamientos opuestos en la línea de lo planteado en el texto, y sugerir una lectura intermedia. Así: a favor de aquel efecto, cabría argüir que la exigibilidad inmediata de ambas obligaciones no se paralizó por ninguno de los obligados ejerciendo su derecho a suspenderla; en contra, se diría que la inexigibilidad de las obligaciones recíprocas en tanto no se produzca el cumplimiento de uno de los obligados impide que llegue a iniciarse el cómputo de los plazos de prescripción y que, además, todo ello ocurre así independientemente de la voluntad de las partes. Una tercera posibilidad pasaría por configurar la conducta de cada una de las partes (consistente, precisamente, en no cumplir) como ejercicio tácito de su derecho a suspender. Esto último implicaría tanto como reducir temporalmente la exigibilidad de ambas obligaciones al momento de la perfección del contrato, derivándose hacia una situación de inexigibilidad instantes después y por voluntad de las partes.

¹⁴ La cuestión que se suscitara sería la de cómo proceder en caso de resultar graduable el cumplimiento o incumplimiento de la obligación ajena pero no la que se suspende.

aquella suspensión¹⁵. El segundo permite al comprador «*suspender el pago del precio*» si «*fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria*». A los efectos que aquí interesan, baste destacar: primero, que dado que el presupuesto de la suspensión es sólo una perturbación ya producida o previsible, el precepto dota de contenido jurídico a la responsabilidad del vendedor por la «*posesión legal y pacífica de la cosa vendida*» (art. 1474,1.º CC) más allá y sin necesidad de que el comprador padezca la privación total o parcial de la cosa comprada (art. 1475 CC)¹⁶. La segunda observación se ceñiría, en especial, al segundo de los supuestos previstos en el artículo 1502 CC («... *fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria...*») y partiría, como presupuesto, de la configuración del saneamiento por evicción como un régimen especial de responsabilidad del vendedor que descartaría, en tal contexto, entender que ha incumplido y, por ello, aplicar las normas generales en materia de incumplimiento. Siendo ello así, si se conviene además en admitir que aquel temor lo es, realmente, a padecer evicción¹⁷, entonces la conclusión es que el precepto legitima la suspensión frente, no ya un incumplimiento previsible del vendedor, sino frente a circunstancias que permiten anticipar que será responsable por evicción¹⁸.

¹⁵ La situación de insolvencia del comprador puede ser previa o posterior al contrato (en este sentido, véase GARCÍA CANTERO, G., Comentario a los artículos 1466 y 1467, en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XIX, Edersa, Madrid, 1981, p. 211). Lo relevante, a efectos de aplicación de la norma, es que se descubra tras la perfección y antes de la entrega: si ya se conociere de antemano, el vendedor debe asumir el riesgo, sin poder contravenir a sus propios actos; si se descubre tras la entrega, no habrá ya obligación alguna a suspender, debiendo recurrirse a los remedios por incumplimiento o, en su caso, impugnar por vicios del consentimiento (véase, acerca de esta última posibilidad, ARNAU RAVENTÓS, L., «Insolvencia, declaración de concurso y vicios del consentimiento», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, 2013 [en prensa]).

¹⁶ Véase, por todos, abordando la cuestión del fundamento del artículo 1502 CC, BUSTOS VALDIVIA, I., *La suspensión del pago del precio en la compraventa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 114 y ss. En términos generales, se ve el primero de los supuestos que incorpora aquel precepto (a saber: el de perturbación efectiva) como una aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*; el segundo se reconduce a la idea general de equidad (aludiendo al primero, véase, recogiendo jurisprudencia anterior, la STS de 29 de septiembre de 2004 [RJ/2004/5689], que resuelve que se trata de una: «(...) *medida precautoria que es en realidad una aplicación de la exceptio non adimpleti contractus (...)* pues, también es obligación principal del vendedor, proporcionar una posesión pacífica al comprador de lo vendido» [FJ.º 4.º]).

¹⁷ Adviértase que mientras la perturbación efectiva puede serlo en «*la posesión o dominio*» por cualquier acción interpuesta por tercero, la potencial debe necesariamente proceder de una «*acción reivindicatoria o hipotecaria*».

¹⁸ ¿*Quid* en caso de que el comprador deba pagar el precio al mismo tiempo o después que el vendedor siendo así que éste ha entregado una cosa con vicios ocultos? ¿Puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus* vinculada a la falta de cumplimiento o, en su caso, suspender el pago a la vista de la inminente responsabilidad del vendedor por aquella causa (arg. *ex* art. 1502 CC)? A propósito de la contratación con consumidores, la expresa configuración de la entrega de cosa conforme con el contrato como obligación legal del vendedor permite, cuanto menos, despejar toda duda acerca de la facultad que asistiría al comprador de alegar la *exceptio* por *falta de cumplimiento* en caso de entrega de cosa no conforme (art. 114 RDL 1/2007, TRLGDCU). Véase, a favor, MARIN LÓPEZ, M., Comentario al artículo 118, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 1488; destacando que la naturaleza de mínimos de la Dir. 1999/44 facilitaba aquella posibilidad, MARCO MOLINA, J. «La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento europeo y del

2.2.1 *El presupuesto: el incumplimiento previsible*

En línea de principios, aquellas circunstancias que, siendo ambas obligaciones puras, privan legalmente de exigibilidad a una y otra, deberían legitimar también la suspensión en aquellos casos en los que uno de los obligados debe cumplir antes. Ahora bien, dado que deben apreciarse a propósito de quien debe cumplir *después*, su concurrencia sólo puede concebirse como algo previsible. Apúntense algunos aspectos relativos a tales circunstancias y a tal previsibilidad.

Según lo expuesto, legalmente es de mejor condición el acreedor que debe cumplir al mismo tiempo que su deudor que el que debe cumplir antes. La razón sería que, en el primer caso, la falta de cumplimiento ajeno provoca automáticamente la inexigibilidad de la propia obligación. Tratándose de un obligado que debe cumplir primero, tal efecto requerirá hacer uso de la facultad de suspender. Más allá, no habría razón para un trato desigual entre obligados. Y de ahí que las mismas circunstancias que operan aquella inexigibilidad legal, deberían legitimar, *si es previsible que acontezcan*, el ejercicio de la facultad suspensiva, a saber: una situación de incumplimiento, más o menos grave, definitivo o no, en ningún caso necesariamente imputable al deudor¹⁹. En este contexto, atendida la naturaleza de la suspensión, menos invasiva que la resolución, se diría que no deberían trasladarse a la primera los requisitos requeridos para la segunda (así, en especial, el de gravedad) en aquellos textos en los que se admite que esto último también pueda instarse por incumplimiento previsible²⁰. En cualquier caso no deja de resultar una opción de política jurídica el contrarrestar el beneficio de la suspensión por causa de un incumplimiento *sólo* previsible con la exigencia de unos requisitos más o menos rígidos; así, más allá de que tal previsión esté suficientemente avalada, con el de que se refiera a un incumplimiento grave. De actuarse así, sin embargo, se estaría agravando la situación de quien debe cumplir antes frente a la de quien debe hacerlo al mismo tiempo que su deudor²¹.

Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», *RCDI*, núm. 674, 2002, p. 2334 (véase, además, artículo 4 de la Propuesta modificada de Directiva sobre la venta y garantías de los bienes de consumo [COM (1998), 217 final], a cuyo tenor: «*Si el vendedor y el consumidor acordaren el pago a plazos, se podrá suspender el pago de los plazos hasta que se haya subsanado la falta de conformidad denunciada*»).

¹⁹ A propósito de la *exceptio non adimpleti contractus*, ESPIN CÁNOVAS («La excepción...», cit. p. 563) descartaba de su ámbito de aplicación los incumplimientos definitivos argumentando que «(...) *en este caso no tendría sentido alegar la excepción, mero retraso o suspensión del propio cumplimiento, sino que más bien sería procedente la resolución por incumplimiento (...)*». Frente a ello, bastaría solo apuntar: primero, que el que el acreedor pueda resolver no tiene por qué implicar que no pueda hacer valer mecanismos menos invasivos como la suspensión (y, así, pudiendo extinguir el contrato, liberándose de su obligación, prefiera continuar debiendo, mas sin posibilidad de que le sea exigido lo debido); segundo, que aquel mismo acreedor sólo podrá excepcionar mas no resolver en aquellos supuestos en que haya caducado el plazo para esto último.

²⁰ Véase, exigiendo la esencialidad del incumplimiento, artículo 72 Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, CISG); artículo 9.304 Principios de Derecho Europeo de los Contratos (en adelante, PECL); III.-3:504 Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR). También aparece en el artículo 1200, 2.º párr. PMOC.

²¹ La idea de proporcionalidad entre el incumplimiento previsible, más o menos grave, y el alcance de la suspensión debería traducirse, en el contexto del artículo 1467 CC,

El carácter *sólo* previsible del incumplimiento ajeno explica que la suspensión requiera acreditar cumplidamente las circunstancias que justifican tal anticipo²² (así, en el artículo 1467 CC, que la situación de insolvencia del comprador implica «*inminente riesgo de perder el precio*» para el vendedor o, en el artículo 1502, el «*fundado temor*» de perturbación...). La previsión debe serlo de un incumplimiento, no sólo posible, sino altamente probable o, mejor, prácticamente seguro²³.

2.2.2 *La facultad de suspender como poder de configuración jurídica*

La suspensión, en tanto que poder de configuración jurídica, puede ejercerse a modo de mecanismo reactivo frente a una reclamación entablada judicial o extrajudicialmente contra el acreedor que la alega²⁴. Esto último, sin embargo, no actúa a modo de presupuesto de aquella facultad, vinculada exclusivamente al incumplimiento previsible del obligado recíprocamente. La suspensión en tanto que poder ejercitable al margen de un proceso, le preceda o no reclamación extrajudicial, plantea la cuestión de su forma de ejercicio. Añádase a ello, se articule a través de una excepción procesal o no, la relativa al plazo del que dispone el acreedor para suspender.

Configurada la suspensión como facultad o poder, no presenta mayor inconveniente teórico el admitir que, constatada la situación que legitima su

en la posibilidad de suspender sólo en parte la obligación de entrega (así, cuando el vendedor sólo alberga un fundado temor de perder sólo parte del precio). No puede desconocerse, sin embargo, la dificultad de aplicar tal criterio en aquellos casos en los que la obligación de entrega no admita tal graduación. El problema también se suscita en caso de resultar exigible en primer lugar el pago del precio. De efectuarse un pago sólo parcial (por lo demás, aceptado por el acreedor; art. 1169 CC) y configurarse la obligación de entrega como indivisible (así, por serlo el objeto o producto a entregar), ¿deviene exigible o inexigible toda ella? En el contexto del artículo 1502 CC, se defiende la suspensión del pago de todo o parte del precio en función de si la perturbación afecta a todo o parte del bien, en MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil comentado*, tomo XXIII, Madrid, 1906, p. 721 (el autor, a propósito del ejercicio de una acción hipotecaria, admite la suspensión «*de lo que el crédito hipotecario importe, en lo principal y en lo secundario*»); aboga también por la exigencia de proporcionalidad, MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit, p. 293.

²² A propósito del artículo 9.302 PECL y, en especial, de su relación con el artículo 8.105 PECL (que permite a «*La parte que razonablemente crea que se producirá un incumplimiento esencial de la otra*» solicitar a ésta una garantía de cumplimiento), véase DIEZ PICAZO, L.; ROCA TRIAS, E.; MORALES MORENO, A., *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 353 [«(....), el primero exige que “*esté claro*” que el incumplimiento tendrá lugar; el segundo se conforma con que exista una creencia razonable en tal sentido en la parte que se propone resolver»)]. Véanse, también, III-3:504 DCFR y 116 CISG. Debe acreditarse un «*riesgo patente*» de incumplimiento en el artículo 1200 (2.º párr) PMOC.

²³ Tal grado de seguridad hará tránsito hacia una situación de plena certeza en aquellos supuestos en los que la prestación a satisfacer por la contraparte deviene de imposible cumplimiento antes incluso de ser exigible. También si, por ejemplo, a pesar de tal inexigibilidad por no haber vencido aún el plazo de eficacia, el deudor renuncia a él y anticipa el cumplimiento infringiendo de algún modo su deber de prestación. En este último caso, sin embargo, se diría que la inexigibilidad de la obligación del acreedor insatisfecho derivará *ex lege* de la falta de cumplimiento ajeno (de ahí que, reclamado de cumplimiento, pueda interponer la *exceptio non adimpleti contractus* con carácter puramente declarativo).

²⁴ Se destaca la naturaleza de la facultad de suspender *ex* 1502 CC en tanto que «*facultad sustantiva, efectiva y real*» y no sólo «*una mera regla procesal de carácter cautelar*», en GARCIA CANTERO, G., *Comentario al artículo 1502*, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentario...*, cit, pp. 418 y 419.

ejercicio, el acreedor decida suspender y suspenda el cumplimiento de su obligación, anticipándose a toda reclamación que pudiera interponerse contra él²⁵. Cuanto menos, de la formulación legal no se colige que sólo pueda plantearse, necesariamente, a modo oposición frente a una pretensión de cumplimiento (no ocurre así, por ejemplo, ni en el artículo 1467, ni en el 1502 CC). Desde una perspectiva práctica, sin embargo, la cuestión estribaría en determinar qué interés puede tenerse en suspender antes que la contraparte tome la iniciativa y reclame, siendo así que si llega finalmente a hacerlo, de igual modo cabría paralizar tal reclamación suspendiendo entonces el cumplimiento²⁶.

El ejercicio extrajudicial de la facultad de suspender el cumplimiento debe realizarse a través de una declaración de voluntad recepticia dirigida, lógicamente, a quien es acreedor del obligado que suspende²⁷. Si a ello sigue reclamación judicial de cumplimiento, quien suspendió podrá oponerse a la demanda alegando el carácter inexigible de la deuda, provocado precisamente con la suspensión previa. De igual modo, si no se hubiere hecho antes, aquella facultad puede ejercitarse, con carácter constitutivo, en ocasión de la contestación de la demanda. En cualquier caso, la suspensión implica sólo alterar la obligación propia. La ajena (esto es: la de quien debe cumplir *después*) continúa siendo inexigible, sin que esto último se vea alterado por causa de aquella suspensión. La consecuencia es que, en su caso, la oposición procesal no puede articularse a través de la *exceptio non adimpleti contractus* que, lógicamente, no puede oponerse a quien aún no puede exigirse el cumplimiento. Es más: incluso estaría por ver si la suspensión, alegada con ocasión de una demanda de cumplimiento interpuesta de contrario, debería formularse procesalmente como una excepción o hacerse vía reconvencción. La razón sería que el demandado ciertamente persigue no ser condenado al pago, pero lo hace recurriendo a una facultad que va a provocar un efecto jurídico *ex novo*, que además desplegará sus efectos más allá del proceso; esto es: la obligación, hasta entonces exigible, deja de serlo²⁸⁻²⁹.

²⁵ Vinculando la facultad de suspender *ex* artículos 1467 y 1502 CC a una reclamación previa y exigiéndose, en el contexto de este último, que se trate de una reclamación judicial, véase MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil...*, cit, p. 722.

²⁶ Puede tratarse, por ejemplo, de una cuestión meramente probatoria. El acreedor puede pensar que si la contraparte se opone a la suspensión, puede resultarle más fácil en aquel momento acreditar sus presupuestos, que cuando sea demandado de cumplimiento.

²⁷ Véase, acerca del requisito de la notificación al deudor que a propósito del artículo 1502 CC viene exigiendo la jurisprudencia (desde la STS 25 de junio de 1964 [RJ 1964\3685]), BUSTOS VALDIVIA, *La suspensión...*, cit, p. 174. En el contexto de aquella norma, tal necesidad se justifica también a efectos de facilitar al vendedor la posibilidad de evitar o enervar la suspensión haciendo cesar la perturbación o afianzando la devolución del precio (en esta línea véanse, entre otras, STS 4 junio 1992 [RJ 1992\4998], 18 octubre 1994 [1994\7486], 6 junio 2000 [RJ 2000\4003], 29 septiembre 2004 [2004\5689]).

²⁸ La cuestión parece que no ofrecería tantas dudas si, frente a tal pretensión de cumplimiento, el demandado reaccionara solicitando, por ejemplo, la resolución del contrato por incumplimiento previsible. Se trata, también, de un poder de configuración jurídica, con el que se busca modificar la realidad jurídica y no tanto la condena de la contraparte, y cuya estimación implicará, a su vez, desestimar la pretensión de cumplimiento interpuesta primero frente a quien, ahora y vía reconvencción, reacciona solicitando la resolución del contrato.

²⁹ Véase, sin embargo, identificando el mecanismo procesal del que puede servirse el vendedor *ex* artículo 1467 CC con la *exceptio inadimpleti contractus*, GARCIA CANTERO, *Comentario...*, cit, p. 212.

En cuanto al plazo de ejercicio, cabe suspender en tanto persista la situación de hecho que legitima tal suspensión³⁰⁻³¹. Y ello, en su caso, aun cuando hubieren prescrito o caducado otros posibles remedios instables por el acreedor por causa de incumplimiento previsible³².

2.2.3 El alcance del efecto suspensivo

La inexigibilidad de la obligación propia deja inalterada la inexigibilidad de la ajena (esto es: la de aquella que se convino en cumplir *después*). Por lo demás, de aquel efecto derivan otras tantas consecuencias; así, en sede de prescripción.

El incumplimiento previsible legitima la suspensión del propio cumplimiento, no la reclamación anticipada de la obligación ajena, ni siquiera la exigencia de remoción de aquellas circunstancias que justifican aquel temor o creencia³³. Esto último (que implica, de hecho, renovar la exigibilidad de la obligación hasta entonces suspendida) queda sólo a voluntad del obligado frente a quien se suspendió³⁴. Siendo ello así, no cabe acumular, o ejercer a la vez, la facultad de suspender el propio cumplimiento y la de exigir el ajeno³⁵.

³⁰ Así, por ejemplo, mientras concurren insolvencia y riesgo de perder el precio en el artículo 1467 CC. Véase, por el contrario, afirmando que podrá persistirse en la suspensión «en tanto el comprador no le pague el precio», GARCÍA CANTERO, Comentario..., cit, p. 212.

³¹ Si la facultad de suspender estuviera sujeta a plazo (y no tanto, como se cree, vinculada a la persistencia de una situación de hecho), se trataría de uno de caducidad, como lo es el que dispone el acreedor insatisfecho para resolver (acerca de esto último, ESPIAU ESPIAU, S. «La naturaleza jurídica y el plazo de ejercicio de la acción de resolución de los contratos por incumplimiento», en LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones: homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez*, vol. I, 2006, p. 613).

³² Piénsese, por ejemplo, en que la situación de hecho que legitima la suspensión permite, también, solicitar la resolución (así, por incumplimiento previsible). La cuestión radica en que difícilmente podrá haber caducado la facultad para esto último, persistiendo la de suspender. La razón es que aquella resolución también aparece vinculada, en los textos en los que aparece, a una situación de hecho determinada y no a un plazo de ejercicio. El contexto es otro si quien debe cumplir primero, incumple. De ser este el caso, no ofrece dudas que la *exceptio non adimpleti contractus* podrá oponerse por la contraparte reclamada de cumplimiento, aun después de haber prescrito su acción de cumplimiento o caducado su facultad de resolución *ex* artículo 1124 CC.

³³ Desde esta perspectiva, a nuestro entender, carece de sentido plantearse si, alegando sólo la suspensión, el tribunal puede llegar a condenar a ambas partes a cumplir simultáneamente (sobre el particular, en el contexto del art. 1502 CC, véase BUSTOS VALDIVIA, *La suspensión...*, cit, p. 240 y ss).

³⁴ Así, en el artículo 1467 CC, el comprador puede afianzar el pago del precio aplazado o, en el artículo 1502 CC, el vendedor puede hacer cesar la perturbación o el peligro o, en su caso, afianzar la devolución del precio.

³⁵ En su caso, también lo impediría el principio de cumplimiento simultáneo propio de las obligaciones recíprocas. Quien persigue privar de exigibilidad a su propia obligación y, a la vez, que se cumpla con la ajena, no estaría precisamente acomodándose a tal principio. La consecuencia de lo anterior, quizás precipitada, sería que la suspensión y el cumplimiento no pueden pretenderse simultáneamente en ningún caso. Sobre la cuestión, mas aludiendo a la *exceptio non adimpleti contractus*, ESPIN CANOVAS razonaba según sigue: «Si por el contrario, el *excipiens* quisiere obtener en vez de la prolongación de la situación de falta de cumplimiento por ambas partes, el efectivo cumplimiento de ambas prestaciones, tendría que provocar su dicho cumplimiento iniciándolo de su parte, mediante el cumplimiento real o al menos el ofrecimiento y consignación, con los que podría, evitando previamente que a su vez que se le opusiere la excepción, pasar a la posición de demandante exigiendo el cumplimiento. Pero, en realidad, esto implica, o bien la no alegación de

A propósito de su acumulación con remedios contractuales como la resolución (así, en el ámbito de aquellos ordenamientos en los que se admita esto último por incumplimiento previsible), habría lo siguiente: si el presupuesto de hecho de ambas facultades coinciden, entonces carecerá de sentido pretender, a la vez, paralizar el propio cumplimiento y resolver el contrato, extinguiéndolo a él y a las obligaciones que de él dimanen: ¿por qué suspender algo que quiere extinguirse? Por el contrario, si la resolución aparece vinculada a unos requisitos más severos, podrían pretenderse ambas, mas la suspensión con carácter subsidiario y sólo para el caso de concluirse que el incumplimiento previsible no es resolutorio.

En el contexto del artículo 1467 CC, la cuestión permite traer a colación el artículo 1129 CC. Y ello porque, si en el primero la insolvencia del comprador permite al vendedor suspender la entrega, en el segundo aquella insolvencia determina la pérdida, por el deudor (así, el comprador en el 1467 CC), de «*todo derecho a utilizar el plazo*», luego la exigibilidad inmediata de su obligación. La situación, en este último contexto, sería *como* la de dos obligados puramente. Así las cosas, ninguno de ellos precisaría suspender el propio cumplimiento en tanto la contraparte no cumpliera o estuviera dispuesta a cumplir; la inexigibilidad sería legal, sin necesidad de provocarla. Más allá del contexto contractual del artículo 1467 CC y sólo obligacional del 1129 CC, las diferencias entre uno y otro precepto se explican en función de la perspectiva también contractual y obligacional de uno y otro, de la distinta relevancia del factor temporal y, en fin, de los efectos de la insolvencia³⁶. Así, en tanto el artículo 1467 CC sólo cobra sentido en la medida en que el vendedor debe cumplir *antes* que el comprador, en el artículo 1129 CC sólo interesaría el aplazamiento de la obligación de pago, resultando irrelevante que el comprador deba cumplir antes o después que el vendedor³⁷. En segundo lugar, la temporalidad relevante, en el artículo 1467 CC, se predica del conocimiento de la insolvencia por parte del vendedor (que debe tenerse «*tras la venta*»), mientras que en el artículo 1129 CC se asocia a la situación de insolvencia (que debe producirse «*después de contraída la obligación*»). Desde la perspectiva de las facultades del acreedor protegido, el artículo 1129 CC permite exigir el pago del precio, lo que, a su vez, exigirá que él mismo entregue o esté dispuesto a entregar la cosa. El artículo 1467 CC, sin afectar a la obligación del comprador, legitima suspender la propia³⁸. Siendo ello así, el vendedor *ex* artículo 1467 CC, en caso de descubrir tras la venta la insolvencia del comprador sobrevenida también al contrato, puede optar por un efecto u otro.

Al privar a la deuda su carácter exigible, la suspensión implicará suspender también la prescripción del crédito correspondiente (arg. *ex* art. 1969 CC). Ello permite apuntar: primero, que para el acreedor *frente a quien* se suspende (que, recordemos, es quien previsiblemente va a incumplir) no corre el plazo de prescripción para reclamar lo que se le debe (ni, en conse-

la excepción, si tiene lugar el cumplimiento real, o la alegación conjunta de ésta y de su reclamación, preparada por la oferta y consignación condicionadas al cumplimiento simultáneo) (ob. cit, p. 570).

³⁶ Se diría, por lo demás, que ambos preceptos participan del mismo concepto de insolvencia, que no tiene por qué implicar concurso declarado.

³⁷ Véase MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil...*, cit, p. 477. El autor ubica el interés del vendedor en recurrir al artículo 1129 CC en aquellos casos en los que se descubre la insolvencia del comprador una vez entregada la cosa.

³⁸ Véase, de nuevo, GARCIA CANTERO, *Comentario...*, cit, p. 212. El autor insiste en que el ejercicio de la facultad de suspender *ex* artículo 1467 CC implica, para el comprador, la pérdida del plazo.

cuencia, debe preocuparse por interrumpirlo...). Este efecto, lejos de lo que aparentemente pueda parecer, no le reporta un especial beneficio (perjudicando al mismo tiempo a quien suspendió). La razón es que no *tendrá más tiempo para reclamar* que del que dispondría a falta de suspensión y ello, porque mientras no se remuevan las circunstancias que legitiman tal suspensión, no puede tampoco exigir lo que se le debe. En segundo lugar, y también a propósito del crédito a exigir la obligación suspendida, el efecto técnico que tiene aquella suspensión sobre su plazo de prescripción debe describirse en términos, también, de suspensión y en ningún caso de interrupción. Esto significa que, enervados los efectos de la suspensión (así, habiendo cesado aquel temor de incumplimiento o con la prestación de garantías...), el plazo de prescripción debería reanudarse allí donde se suspendió (no, en consecuencia, iniciarse desde 0). La suspensión, por el contrario, no tiene ninguna incidencia en la efectividad de la obligación recíproca, esto es, de aquella de la que es acreedor quien ha suspendido. Así, *v. gr.* si hallándose suspendida la obligación del vendedor *ex* artículo 1467 CC, venciera la del comprador, aquella suspensión ni obstaría a que se iniciara el plazo de prescripción del derecho a exigir al precio, ni implicaría suspenderlo ni interrumpirlo³⁹.

Aquella inexigibilidad puede resultar relevante también en sede de compensación, al privar a la deuda suspendida una de las condiciones de compensabilidad (art. 1196.4 CC)⁴⁰. Siendo inexigible su deuda, el deudor que suspende no puede incurrir tampoco en mora.

Por lo demás, en tanto que la suspensión incide sólo en la exigibilidad de la deuda, quedan inalterados cualesquiera otros efectos relacionados con su efectividad (así, por ejemplo, y tratándose del vendedor, su obligación de entrega abarcará los frutos que vaya produciendo la cosa [arg. *ex* art. 1095CC]).

3. La facultad de suspender el propio cumplimiento frente al incumplimiento previsible: ¿norma general en el derecho español?

El consumidor que, según se convino, debe pagar primero que el vendedor ¿podría suspender el cumplimiento de su obligación si cree razonada y fundadamente que le será entregado un producto no conforme con el contrato? Todo comprador ¿puede hacer lo mismo si cree razonada y fundadamente que no le será entregado el producto debido? Apúntense sólo dos reflexiones: la primera sería que, en la medida en que se admite la posibilidad de instar la resolución por causa de incumplimiento previsible, en esa misma medida, y quizás con mayor motivo, debería admitirse el recurso a un remedio menor, como la suspensión⁴¹. Sería la segunda que, prevista la resolución en tales

³⁹ Por ello, y al menos a efectos de interrumpirlo, el vendedor debería reclamar el precio. Claro que esto último exigirá, por imperativo del principio de cumplimiento simultáneo, ofrecer el cumplimiento o acreditar que se está dispuesto a cumplir, entiéndase, una obligación formalmente inexigible si es que la situación de insolvencia del comprador persiste aún en ese momento.

⁴⁰ Admítase el siguiente ejemplo: A vende y entrega a B un bien y B recurre a la facultad de suspender el pago del precio *ex* artículo 1502 CC. En virtud de un segundo negocio, A pasa a deber una determinada cantidad a B. Al serle reclamada por éste, A no puede alegar compensación con la deuda de B relativa al pago del precio dada su inexigibilidad. Habría compensación en otro caso: así, si esa segunda relación jurídica se hubiera concertado antes de la suspensión.

⁴¹ Acerca de su admisión en derecho español, véase ANDREU MARTÍNEZ, B., «Incumplimiento anticipado: regulación en los principios de Derecho contractual europeo y solu-

circunstancias (art. 1200, 2.º párr, PMOC), la facultad de suspender «*la ejecución de su prestación total o parcialmente*» sólo se reconoce, «*en las relaciones obligatorias sinalagmáticas*», a «*quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella*» (1191 PMOC)⁴².

III. EL DERECHO A SUSPENDER EL CUMPLIMIENTO EN EL CESL

Asociado a la falta de cumplimiento del comprador (art. 106.1 b) o del vendedor (art. 131.1 b), el CESL incorpora expresamente el derecho a suspender el propio cumplimiento en el elenco de remedios legalmente dispensados a una y otra parte para el caso de incumplimiento de la otra⁴³. Su desarrollo se aborda desde la perspectiva de cuándo puede recurrirse a él en función del tiempo en el que resulta exigible la obligación de quien suspende (a saber: «*al mismo tiempo*», «*después*» o «*antes*» que la contraparte; arts. 113.1 y 2, art. 133.1 y 2⁴⁴) y, en segundo lugar, atendiendo a la intensidad o alcance de la suspensión (art. 113.3 y 133.3 CESL). Todo ello suscita algún que otro apunte.

No trasciende al texto el requisito de la reciprocidad que debe mediar entre la obligación que se incumple y la que se suspende⁴⁵. Por el contrario, sí resulta de los artículos 106.4 y 131.2 que la imputabilidad del incumplimiento al deudor no es requisito para suspender; tampoco su gravedad. Así: I. Todo incumplimiento legitima la suspensión salvo el que haya sido provocado por el mismo acreedor que la pretende (art. 106.5 y 131.3). Por el contrario, cualquier otra causa de inimputabilidad del incumplimiento al deudor no obstan a que el acreedor insatisfecho pueda pretender la suspensión de la obligación propia (arg. art. 116.4 y 131.2)⁴⁶. II. La suspensión del cumplimiento de la obligación propia no exige que el incumplimiento ajeno sea de una determinada entidad. Se diría, por el contrario, que todo incumplimiento permite suspender el cumplimiento de la obligación propia. Y ello resulta: en primer lugar, porque sin tratarse de ningún mecanismo excepcional, ni parti-

ciones a la vista del Código civil español», en ESPIAU ESPIAU, S.; VAQUER ALOY, A. (dirs.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 331.

⁴² Adviértase, por lo demás, que en la sistemática de la PMOC la suspensión ni se menciona en el artículo 1190 (cuya finalidad, parece ser, es la de relacionar los mecanismos que asisten al acreedor en caso de incumplimiento), ni cuenta, como ocurre con los restantes remedios, con una sección específica (reclamándola, FENOY PICON, «La Modernización...», cit, p. 1571). Todo ello corroboraría la idea aquí mantenida en cuya virtud, en aquellos supuestos en los que el acreedor debe cumplir al mismo tiempo o después que la contraparte, la falta de cumplimiento de ésta deriva hacia una inexigibilidad *ex lege*, que lógicamente el acreedor podrá hacer valer pero que no tiene por qué provocar. Y, de ahí, que no aparezca formalmente como remedio.

⁴³ Véase, también, artículos 155.1, b y 157.1, b a propósito de los remedios del cliente y del prestador de servicios en caso de incumplimiento de la contraparte.

⁴⁴ Véase, atendiendo al mismo criterio temporal, artículos 9.201 PECL y III-3:401 (1) DCFR.

⁴⁵ La facultad de recurrir a la suspensión se vincula al incumplimiento de «*una obligación*». Exigiendo que se trate de recíprocas, véase ZOLL, F., Comentario artículo 113, en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law*, Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 514. Anudando aquella facultad al incumplimiento de una obligación «*recíproca*» véase III-3:401 (I) DCFR (VON BAR, Christian, CLIVE, Eric and SHULTE-NÖLKE, Hans *et al.* (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Sellier, Munich, 2008, p. 162).

⁴⁶ A propósito de las causas de exoneración del deudor, véase artículo 88 CESL.

cularmente invasivo, no hay razón para sujetarlo a límites no explicitados⁴⁷; en segundo lugar, porque esto mismo se colige de una interpretación *a contrario* de la disciplina prevista a propósito de la facultad de resolución que se vincula, en contratos entre comerciantes, a que el incumplimiento sea «*esencial*» y que sigue vinculándose, entre comerciantes y consumidores, a que no se trate de una falta de conformidad insignificante (art. 114)⁴⁸. Y ello es así tanto en sede de resolución por incumplimiento efectivo como por causa de incumplimiento sólo previsible (art. 114; artículo 116 CESL). En su caso, el correctivo frente a una posible suspensión fundada en una «*falta de ejecución*» (art. 87.1) de escasa o nula importancia podrá encontrarse, más allá del deber general de actuación conforme a la buena fe contractual (art. 2), en la necesidad de que la suspensión sea proporcionada al incumplimiento (arg. art. 113.3 y 133.3)⁴⁹.

Los artículos 113 y 133, en sendos apartados segundos, permiten anticipar la suspensión a la exigibilidad de la obligación del deudor. La posibilidad se confiere al acreedor que deba cumplir «*antes*».

a) También a quien «*deba cumplir al mismo tiempo*» o «*después*» que su deudor (art. 113.1 y 133.1 CESL). En consonancia con lo que ha sido expuesto, el texto contempla aquella inexigibilidad institucional derivada del principio de cumplimiento simultáneo que no precisaría, para producirse, del ejercicio de una facultad concedida *ad hoc*⁵⁰. La norma, sin embargo, presenta tal suspensión desde la perspectiva del acreedor y como «*derecho*». A pesar de la literalidad del texto, relativo al «*derecho a dejar en suspenso la ejecución*», se diría que lo que realmente queda en manos del acreedor es la facultad de «*hacer valer*» tal inexigibilidad (así, mediante la *exceptio non adimpleti contractus*), mas no la de provocarla porque, básicamente, tampoco habría necesidad de ello.

b) Quien debe cumplir antes puede suspender el pago en la medida en que «*crea razonablemente que el vendedor no cumplirá su obligación cuando esta venza*»⁵¹⁻⁵²⁻⁵³. El incumplimiento previsible legitima, no tanto pre-

⁴⁷ Y no sujetarlo a un principio de interpretación restrictiva parece que tampoco vulnera ni desconoce la finalidad de preservar el contrato (véase Considerando 32 CESL).

⁴⁸ Véase, exigiendo que se trate de un incumplimiento esencial, artículo 136 CESL.

⁴⁹ Ambos preceptos permiten la suspensión de «*la totalidad o parte del cumplimiento en la medida justificada por el incumplimiento. Cuando las obligaciones (de aquél frente a quien se suspende el propio cumplimiento) deban cumplirse por partes o sean divisibles de otro modo, (...) sólo (se) podrá suspender el cumplimiento en relación con la parte que no se haya cumplido, a menos que el incumplimiento (...) sea tal que justifique la suspensión total del cumplimiento (...)*». Véase artículo 9:201 (2) PECL; III- 3:401 (4).

⁵⁰ Véase, vinculando el momento en que debe satisfacerse el precio al momento en que se efectúa la entrega, artículo 126 CESL.

⁵¹ A pesar de que el precepto parece valerse del criterio subjetivo del acreedor (así, de su percepción acerca de si el deudor cumplirá o no), la razonabilidad de su creencia deberá valorarse atendiendo a criterios objetivos (véase art. 5 CESL). Véase artículo 116 CESL que, a fin de declarar la resolución por incumplimiento previsible, exige o bien que el vendedor haya declarado que no cumplirá o quede claro esto mismo de otro modo (véase, también, artículo 136 CESL)

⁵² Los artículos 113.2 y 133.3 permiten tal suspensión mientras el acreedor albergue tal creencia. Sólo en el segundo se añade que: «*Sin embargo, el derecho a suspender el cumplimiento se pierde si el comprador garantiza debidamente que cumplirá su obligación u ofrece una garantía apropiada*».

⁵³ Véase III- 3:401 (2) y (3) DCFR. El texto impone al acreedor el deber de notificar al deudor la suspensión del cumplimiento tan pronto como le sea posible, siendo responsable por los daños causados por el incumplimiento de tal deber. En el mismo sentido, véase

tender la exigibilidad sobrevenida de la obligación ajena otrora aún inexigible, sino suspender la exigibilidad de la obligación propia⁵⁴⁻⁵⁵. Por lo demás, la suspensión de la obligación propia siendo inexigible la del deudor puede reproducirse en otro contexto, a saber: en el que deriva de la prescripción de los remedios por incumplimiento (arg. artículo 185). En este supuesto, la inexigibilidad de la obligación del deudor sigue, no precede, a su incumplimiento efectivo. La disposición avalaría que la suspensión no queda sujeta a un específico plazo de prescripción, tras cuyo transcurso no pueda pretenderse, sino que subsiste en tanto subsista la situación de incumplimiento de la contraparte.

El ejercicio de la facultad de suspender el propio cumplimiento no se sujeta a forma ni a formalidad alguna⁵⁶⁻⁵⁷.

A propósito de la relación de aquella facultad con los restantes remedios por incumplimiento se suscitan, en particular, dos cuestiones: la primera, a propósito del artículo 109.6 y, la segunda, en relación con el artículo 111.2.

a) El comentario requiere reubicarse en la órbita de aquel comprador que, debiendo cumplir al mismo tiempo o después del vendedor, en cualquier caso constata el incumplimiento previo de este. Podría suscitarse también a propósito del comprador que, aún debiendo cumplir antes, padece el incumplimiento del vendedor⁵⁸. En este contexto, se diría que no hay inconveniente

artículo 136.3 del texto que refunde las sugerencias formuladas, a propósito del CESL, por el European Law Institute (véase en http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/5-2-2012_Statement [fecha de consulta: 4 de abril de 2013]). A propósito del DCFR, destaca que la responsabilidad del acreedor en caso de falta de notificación avala, indirectamente, que efectuarla no se erige en presupuesto de toda suspensión eficaz, GÓMEZ CALLE, «Los remedios...», cit, p. 48.

⁵⁴ El artículo 71.1 de la CISG contempla también la suspensión por causa de incumplimiento previsible; así, «*si resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato*». Véase, constatando que el precepto no exige que la parte que invoque el derecho de retención esté obligada a cumplir antes, ni que el incumplimiento previsible resulte imputable al deudor, pero sí que revista una cierta importancia pese a no ser esencial, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, Comentario al artículo 71, en Díez-PICAZO, Luis, (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1997, p. 565. Por lo demás, el artículo 71.3 *in fine* impone el cumplimiento a la parte que hubiere instando la suspensión tan pronto la otra «*da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones*».

⁵⁵ Sugiere la aplicación conjunta de los apartados 2 y 3 del artículo 133, a fin de justificar la suspensión total de la obligación del vendedor en caso de incumplimiento de la obligación de pago de parte del precio y de creencia razonable de que no se llegará a abonar el resto, DANNEMANN, G., Comentario artículo 133 CESL, en *Common European...*, cit, p. 585.

⁵⁶ Véase, admitiendo el ejercicio tácito de la facultad ZOLL, Comentario artículo 113, cit, p. 515: «*The buyer does not need to declare the fact that it exercises the right to withhold the performance. If the conditions are fulfilled, the lack of payment must be qualified as the exercise of this right*».

⁵⁷ A propósito del artículo 133.2, deriva la necesidad de notificar al comprador la decisión de suspender del artículo 3, relativo al deber de «Cooperación» entre las partes, DANNEMANN, Comment 133, cit, p. 584. Según el autor, tal notificación facilitaría al comprador, en su caso, la posibilidad de enervar la suspensión garantizando que cumplirá debidamente u ofreciendo una garantía apropiada (art. 133.2 *in fine*). Para el eficaz ejercicio de la facultad de resolver, véanse artículos 118 y 138 CESL, que sí exigen notificación previa.

⁵⁸ Así, porque el vendedor renuncia al plazo, impone la entrega de la cosa al comprador pero, por ejemplo, el producto no es conforme con el contrato.

ni formal ni material en que el acreedor insatisfecho recurra, *sólo*, a la suspensión frente al incumplimiento ajeno; de otro modo: en que sea aquella su única reacción, siendo así que tampoco acude después ni al cumplimiento, ni a la resolución, ni a la rebaja del precio⁵⁹. Tratándose de un comprador comerciante, el *impasse* puede corregirse mediante la oferta de subsanación del vendedor que, como se ha anticipado, no permite desconocer o desplazar el remedio instado por el comprador (como ocurriría, por el contrario, si la elección hubiere recaído sobre la resolución o la reducción del precio; arg. art. 109.3). Contrariamente, la suspensión sobrevivirá a la iniciativa del vendedor y persistirá hasta que se complete la subsanación (art. 109.6). La dificultad estriba en que tal oferta de subsanación no rige tratándose de una compraventa con consumidor (art. 106.3 a), de forma que, en principio, no cabría imponérsela salvo que la hubiere solicitado él mismo. El resultado no parece muy lógico⁶⁰ y la situación podría resolverse, se cree, atendiendo al modo en que está llamada a operar aquella oferta de subsanación. Se diría que con su exclusión en los contratos con consumidores lo que se busca es que, sea el que sea el remedio elegido por el consumidor (así, por ejemplo, la resolución), el vendedor no pueda evitarlo ofreciendo la subsanación de su obligación. Siendo ello así, lo cierto es que no se corre ningún riesgo en este sentido si se permite imponer aquella oferta de subsanación en los casos en los que el consumidor haya optado, exclusivamente, por suspender el cumplimiento (*rectius*: hacer valer la inexigibilidad) de su obligación. La razón sería que *persistirá tal suspensión hasta que se complete la subsanación*.

Habría un caso, ya se ha dicho, en que el legitimado sólo podría recurrir a la suspensión, que aparecería como un remedio forzosamente autónomo, a saber: el de prescripción de los restantes remedios por incumplimiento, que deja a salvo sólo la suspensión de la obligación propia (art. 185). En este supuesto, sin embargo, y toda vez que la prescripción no extingue el derecho y sí sólo su exigibilidad por el acreedor, el deudor que ha incumplido y a quien interesa exigir el precio podría, en su caso, ofrecer voluntariamente la subsanación.

b) En el supuesto descrito en el artículo 109.6 concurren, sin problema, dos remedios distintos: el cumplimiento (*rectius*: la subsanación) y la suspensión. El vendedor ofrece la subsanación de su obligación al tiempo que se permite al comprador mantener en suspenso *la suya*. La razón por la que el principio de cumplimiento simultáneo no entra en liza es porque la iniciativa en la adopción de uno y otro remedio no proceden, en ambos casos, del acreedor insatisfecho. Así, no es que el comprador haya optado, a la vez, por el cumplimiento ajeno y por la suspensión propia (en cuyo caso podría cuestionarse la compatibilidad entre una cosa y la otra), sino que él sólo ha suspendido y ha sido el vendedor quien ha ofertado el cumplimiento. Por el contrario, el artículo 111.2 *in fine* avala la posibilidad de acumular, por parte del consumidor, la pretensión de cumplimiento y la suspensión. La disposición, más allá de su difícil encaje técnico, no deja sin embargo de tener su lógica: si en el contexto del artículo 109.6, el comprador comerciante puede mantener en suspenso su obligación mientras se procede a la subsanación, no

⁵⁹ La rebaja del precio sólo consta como remedio del comprador, mas no, lógicamente, del vendedor (véase art. 131 CESL).

⁶⁰ Esto es: que el consumidor se limite a suspender su obligación sin que pueda imponérsele el cumplimiento siendo así que, más allá de servir técnicamente al principio de cumplimiento simultáneo, no deja de tratarse de un mecanismo indirecto con el que presionar al deudor a fin de que cumpla.

tendría sentido que en las ventas de consumo el consumidor no pudiera disfrutar de idéntico beneficio⁶¹⁻⁶².

IV. LA SUSPENSIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RECIPROCIDAD LEGAL

El interés y necesidad de favorecer una interpretación autónoma del instrumento opcional (Considerando 29)⁶³, sugieren extender la suspensión del propio cumplimiento a los distintos supuestos de reciprocidad legal que contempla la propuesta: así, no sólo del que deriva de la anulación o resolución del contrato consumado (art. 172.1) sino también en del eficaz ejercicio de la facultad de desistimiento de un contrato también ejecutado (art. 44.3)⁶⁴⁻⁶⁵. En el fondo, esto equivale a reconocer la inexigibilidad legal de toda obligación de restitución mientras el obligado recíprocamente no cumpla o esté dispuesto a restituir. Sólo en aquellos casos (si los hay) en los que, en un contexto de reciprocidad legal, la norma ordene a uno de los obligados cumplir *antes* que el otro, será posible hablar propiamente de facultad de suspender el propio cumplimiento como auténtico poder de configuración jurídica.

⁶¹ Véase, apreciando la similitud entre ambas situaciones, ZOLL, Comentario artículo 112, en *Common European...*, cit, p. 511.

⁶² Ante la previsión de un incumplimiento esencial, el artículo 8.105 PECL lo que permite acumular, a instancias del acreedor que debe cumplir antes, es la facultad de suspender su propio cumplimiento y la de exigir garantía adecuada de cumplimiento.

⁶³ Véase, incidiendo especialmente en esta cuestión, SMITS, Jan M, «The Common European Sales Law (CESL) beyond party choice», Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2012/11.

⁶⁴ Acerca de la conveniencia de que las reglas relativas a las modalidades de cumplimiento y a los remedios por incumplimiento cubran tanto las obligaciones contractuales como las que derivan, eventualmente, de su extinción por causa distinta al cumplimiento, véase EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement...*, cit, p. 27. En particular, a propósito de la facultad de suspender en tales ámbitos, véase ZOLL, Comentario artículo 113, cit, p. 514 y 515. A propósito de la facultad de desistimiento, véase también artículo 13.3 de la Directiva 2011/83, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre Derechos de los Consumidores.

⁶⁵ La extensión de la *exceptio non adimpleti contractus* al ámbito de la reciprocidad legal (admitida, por lo demás, en derecho español [véase, por todos, ESPÍN CÁNOVAS, «La excepción...», cit, p. 557]), cobra especial sentido en supuestos como el previsto en el artículo 75.1 RDL 1/2007 y para el caso de que la imposibilidad de devolver la prestación no sea imputable al consumidor. El precepto, que permite igualmente desistir al consumidor («no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento»), añade que no hay tampoco obligación de restituir el valor de la prestación perdida o destruida. La cuestión que suscita la norma, a la luz del artículo 74.1 (y del 1308 CC, al que se remite), es si frente a la pretensión de devolución del precio satisfecho el vendedor podría oponer el principio de cumplimiento simultáneo que, según se ha apuntado, debería cubrir también los casos de incumplimiento inimputable. De admitirse aquella alegación, como aquí se hace, resultaría que, en aquellas circunstancias, sólo el consumidor que no ha pagado íntegramente el precio puede seguir albergando algún interés en desistir. Se concretará en la extinción de la obligación de pagar el precio pendiente.

Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo,
Comparado y Comunitario

ALEMANIA, AUSTRIA Y SUIZA

Bibliografía (2012-2013)

MARTIN EBERS*

I. NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (INSTRUMENTO OPCIONAL)

ALPA, Guido – CONTE, Giuseppe – PERFETTI, Ubaldo – VON WESTFALEN, Friedrich Graf (eds.): *The Proposed Common European Sales Law – The Lawyers' view*, Sellier, München, 2013.

GEBAUER, Martin (ed.): *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Anwendungsbereich und kollisionsrechtliche Einbettung*, Sellier, München, 2013.

HAHN, Jörg-Uwe (ed.): *Gemeinsames europäisches Kaufrecht. Moderner Ansatz oder praxisferne Vision? Anhörung der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 24. Mai 2012 in Frankfurt*, Beck, München, 2012.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

CACHARD, Olivier – NAU, Liliane (eds.): *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint. Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Unternehmensrecht?*, Sellier, München, 2012.

COENDET, Thomas, *Rechtsvergleichende Argumentation: Phänomenologie der Veränderung im rechtlichen Diskurs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

DREXLER, Alexander: *Die richtlinienkonforme Interpretation in Deutschland und Frankreich*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

GRUNDMANN, Stefan – RIESENHUBER, Karl (eds.): *Textsammlung europäisches Privatrecht. Vertrags- und Schuldrecht, Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2012.

HAGER, Günter: *Strukturen des Privatrechts in Europa. Eine rechtsvergleichende Studie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

KRUIS, Tobias: *Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis. Seine Durchsetzung in Deutschland. Eine theoretische und empirische Untersuchung anhand der Finanz- und Verwaltungsgerichte und Behörden*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

- LANGENBUCHER, Katja (ed.): *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2013.
- LENZ, Carl Otto – BORCHARDT, Klaus-Dieter – BITTERLICH, Joachim (eds.): *EU-Verträge Kommentar, EUV, AEUV, GRCh*, 6. Aufl., Bundesanzeiger, Köln 2012.
- LUDEWIG, Philipp: *Die zeitliche Beschränkung der Wirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.
- MOCCIA, Luigi (ed.): *The Making of European Private Law: Why, How, What, Who*, Sellier, München, 2013.
- PERNER, Stefan: *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- POELZIG, Dörte: *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- SCHULZE, Reiner – ZIMMERMANN, Reinhard (eds.): *Europäisches Privatrecht, Basistexte*, 4. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2012.
- SCHWARZE, Jürgen: *Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit*, Nomos, Baden-Baden, 2 Bände, 2012 und 2013.

III. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- BAUER, Katharina: *Vergaberechtswidrige Verträge aus zivilrechtlicher Sicht. Unter besonderer Berücksichtigung des artículo 2d der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG und dessen Umsetzung in deutsches Recht durch § 101b GWB*, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- BECKHAUS, Gesa Kim: *Die Rechtsnatur der Erfüllung. Eine kritische Betrachtung der Erfüllungstheorien unter besonderer Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- FAENGER, Julia: *Leistungsunabhängige Nebenpflichten zum Schutz des Integritätsinteresses im deutschen und französischen Recht: eine rechtsvergleichende Betrachtung ausgehend von den Rückspflichten des § 241 Abs. 2 BGB*, Lang, Frankfurt am Main, 2012.
- FERCSIK SCHNYDER, Orsolya: *Internet-Access-Providing-Verträge mit geschäftlichen und privaten Endkunden. Eine vertragsrechtliche Analyse nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Union*, Schulthess, Zürich/Basel/Genf, 2012.
- FORNASIER, Matteo: *Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht. Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.
- FRICKE, Anne-Kristin: *Die Berücksichtigung von Begleitumständen bei der Auslegung schriftlicher schuldrechtlicher Verträge. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des europäischen, deutschen, französischen und englischen Rechts*, Logos, Berlin, 2012.
- KODEK, Georg E. (ed.): *200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) und Europäisches Vertragsrecht*, 23. Europäische Notarentage 2011, Manz, Wien, 2012.
- KONUKIEWITZ, Lars: *Die richterliche und die einseitige Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung im französischen Recht und die aktuelle Reformdiskussion*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2012.

- MEYER, LINUS: *Der Einfluss technischer Vorschriften und Regelwerke auf den Bauvertrag im englischen, französischen und deutschen Recht*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena 2013.
- NEFZGER, ALEXANDER: *Vertragliche Abtretungsverbote*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.
- RIEGEL, CHRISTIAN: *Einheitliche unionsweite Geschäftsbedingungen für Verbraucherverträge. Lässt sich dieses Ziel verwirklichen?*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- WINKELHAUS, JAN-DIRK: *Der Bereicherungsausgleich bei fehlerhafter Überweisung nach Umsetzung des neuen Zahlungsdiensterechts*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

IV. DERECHO DE CONSUMO

- BYDLINSKI, PETER – LURGER, BRIGITTA (eds.): *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher. Entstehung, Inhalt, Umsetzung*, Manz, Wien, 2012.
- DETTMER, SILKE: *Die Widerrufsrechte des Verbrauchers im System des niederländischen Rechts*, Kovač, Hamburg, 2012.
- MAISSEN, EVA: *Die automatische Vertragsverlängerung: unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)*, Schulthess, Zürich, 2012.
- RIESENHUBER, KARL – KLINCK, FABIAN – KARAKÖSTAS, GIANNĒS K. (eds.): *Information als Schutzinstrument. Grundlagen und Grenzen*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- SCHÜRMAN, DOMINIK: *Die Novellierung der Pauschalreise-Richtlinie unter Berücksichtigung des deutschen Umsetzungsrechts. Harmonisierungsgrad, Anwendungsbereich und Informationspflichtenregime*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2012.
- WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, ANETA: *Consumer sales guarantees in the European Union*, Sellier, München, 2013.

V. DERECHO DE DAÑOS – RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

- BONN, JANINE ALEXANDRA: *Die Europäisierung des Persönlichkeitsrechts. Harmonisierungswirkungen des «Caroline»-Urteils des EGMR in Deutschland und England unter Berücksichtigung prozessualer und kollisionsrechtlicher Aspekte*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013.
- DORNSCHIEDT, HENRIK: *Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.
- KNETSCH, JONAS: *Haftungsrecht und Entschädigungsfonds. Eine Untersuchung zum deutschen und französischen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- KOZIOL, HELMUT: *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*, Verlag Sramek, Wien, 2012.
- SCHUBERT, CLAUDIA: *Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- SCHULZ, MARKUS: *Persönlichkeitsschutz juristischer Personen im europäischen Privatrecht*, Kovač, Hamburg, 2013.

VI. DERECHO EUROPEO DE BIENES

- BICKMANN, Hella: *Grundstückserwerb nach deutschem, spanischem und italienischem Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Cuvillier, Göttingen, 2012.
- LÉGRÁDI, Katalin: *Mobiliarsicherheiten in Europa*, Logos, Berlin, 2012.

VII. DERECHO DE COMPETENCIA

- GEORGII, Bernhard J.: *Formen der Kooperation in der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung im europäischen, deutschen und englischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Settlementverfahrens gemäß Verordnung Nr. 622/2008*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- HOLZINGER, Diana: *Marktmisbrauch und Nichtigkeit. Vertragsnichtigkeit bei Verstößen gegen das Marktmisbrauchsverbot*, Manz, Wien, 2012.

VIII. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

- ALBRECHT, Hendrik: *Die Streitsache im deutschen und englischen Zivilverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- ALTHAMMER, Christoph: *Streitgegenstand und Interesse. Eine zivilprozessuale Studie zum deutschen und europäischen Streitgegenstandsbegriff*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- ALTENKIRCH, Markus: *Die Sicherheitsleistung für die Prozesskosten. Ein Vergleich des deutschen und englischen Zivilprozessrechts und ein Vorschlag für das Schiedsverfahrensrecht*, Sellier, München, 2013.
- BRÖMMELMEYER, Christoph (ed.): *Die EU-Sammelklage. Status und Perspektiven. Tagung am 7. und 8. Mai 2012 in der Humboldt-Viadrina School of Governance in Berlin*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- EICHSTÄDT, Jan Ole: *Der schiedsrechtliche Acquis communautaire. Gleichzeitig ein Beitrag zur Frage von Maßnahmen der Europäischen Union zur Förderung der Schiedsgerichtsbarkeit*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013.
- HAUFE, Stephanie: *Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz («KapMuG»)*. Streitgegenstand des Musterverfahrens und Bindungswirkung des Musterentscheids, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.
- WENDENBURG, Felix: *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

IX. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- BEHRENS, Christian H.: *Gesamtschuldnerausgleich und sonstige Regressansprüche im Europäischen Kollisionsrecht nach der Rom I-, Rom II- und EG-Unterhaltsverordnung*, Kovač, Hamburg, 2013.
- DOMARUS, Dorothea von: *Internationales Arzthaftungsrecht nach Inkrafttreten der Rom I- und Rom II-Verordnung. Ein Rechtsvergleich mit den USA*

- unter besonderer Berücksichtigung der Bundesstaaten New York, Kalifornien und Louisiana*, Lang, Frankfurt am Main, 2013.
- GROLIMUND, Pascal: *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht der Europäischen Union*, Dike, Zürich, 2013.
- HAUSER, Paul: *Eingriffsnormen in der Rom I-Verordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- KROLL-LUDWIGS, Kathrin: *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- MÖLL, Lisa B.: *Kollidierende Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Vertragsrecht*, Lang, Frankfurt am Main, 2012.
- RAUSCHER, Thomas: *Internationales Privatrecht, mit internationalem Verfahrensrecht*, 4. Aufl., Müller, Heidelberg, 2012.
- RICHTERS, Patrick: *Dienstleistungsfreiheit als Schranke des internationalen Privatversicherungsrechts. Zur Primärrechtskonformität der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-VO in Versicherungssachen*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2012.
- VALDINI, Daniel: *Der Schutz der schwächeren Vertragspartei im internationalen Vertriebsrecht. Neue Wege der objektiven Anknüpfung von Franchise- und Vertriebsverträgen in der Rom I-Verordnung*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013.
- VOGELER, Andreas: *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

ESPAÑA

Legislación

MIRIAM ANDERSON*

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social (BOE n. 116, de 15 de mayo de 2013)

Desde la aprobación de la Ley hipotecaria española en 1861 y sus importantes reformas durante la primera mitad del siglo XX, seguramente no ha habido época más convulsa que la actual para el sistema, tanto por la presión social a la que ha conducido la normativa aplicable a las ejecuciones hipotecarias en época de crisis, como por los envites a los que se ve sometida la vieja regulación desde distintos frentes, incluido el comunitario.

El más reciente golpe recibido por el procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en los artículos 681 a 689 LEC vino de la mano de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11, *Aziz*), si bien hacía ya años que la doctrina –y, posteriormente, la práctica judicial– reclamaba soluciones como las que impone la sentencia.

Procura dar respuesta a este mandato europeo la Ley 1/2013, de 14 de mayo, tramitada conjuntamente con la Iniciativa Legislativa Popular impulsora de la dación en pago obligatoria. Pese a que se formularon más de 200

* Profesora agregada de Derecho civil (Universitat de Barcelona).

enmiendas al texto presentado por la fuerza mayoritaria en el Parlamento, fue este, con muy ligeras variantes, el finalmente aprobado.

El pronunciamiento más trascendente de la referida STJUE consistió en entender que el procedimiento de ejecución hipotecaria contravenía el Derecho comunitario –en particular, la Directiva 1993/13– en la medida en que impedía que se suspendiese la ejecución ante la constatación de que el título en que el acreedor basaba su derecho contenía cláusulas abusivas y, además, tampoco podía asegurarse la efectividad de un eventual procedimiento declarativo entablado por el consumidor, puesto que no se prevé la posibilidad de adoptar una medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución. La consecuencia es clara: el consumidor podía perder definitivamente la titularidad del inmueble, pese a que la ejecución se hubiese llevado a cabo con base en un clausulado abusivo. En efecto, el artículo 695 LEC reducía la oposición a la extinción del crédito o de la garantía y a la incorrecta liquidación, y el artículo 698 LEC claramente establecía –y sigue estableciendo– que cualquier otra razón que se quisiese esgrimir contra la ejecución pasaba por entablar un juicio declarativo, sin efecto alguno sobre la ejecución.

La Ley 1/2013 pone remedio a esta situación, incluyendo en el artículo 695.1 LEC una cuarta causa de oposición: «El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible». Formulada la oposición, se convoca a las partes a una comparecencia –como exige el derecho a la tutela judicial efectiva– y se prevé que, de estimarse la nueva causa de oposición, la consecuencia será el sobreseimiento de la ejecución, cuando la cláusula la fundamentase, o bien la continuación de la ejecución, con inaplicación de la cláusula abusiva.

El matiz introducido por el legislador relativo a la trascendencia de la cláusula para la ejecución parece acertado. Sabido es que las escrituras de crédito o préstamo hipotecario están plagadas de cláusulas a todas luces abusivas, pero no todas tienen repercusión en la ejecución. Así, por mencionar un caso extremo, la cláusula de vencimiento anticipado por falta de inscripción de la hipoteca, declarada nula por la STS de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010\702), por definición no tendrá cabida en este procedimiento, que exige para su inicio la existencia registral de la garantía. Lo mismo cabe decir respecto de las prohibiciones de vender o las absolutas de arrendar la finca hipotecada. En cambio, una cláusula de vencimiento anticipado por impago de pocas cuotas del préstamo sí fundamentará la ejecución y, por consiguiente, la apreciación de su carácter abusivo debe conducir al sobreseimiento. Por otro lado, las cláusulas que establecen intereses moratorios desproporcionados o las cláusulas suelo [*vid.* no obstante, la reseña a la STS de 9 de mayo de 2013 (JUR 2013\146287) en la sección de jurisprudencia nacional de esta misma crónica] tienen traducción directa en la liquidación de la cantidad por la que se ejecuta, por lo que es razonable que siga la ejecución, pero sin aplicación de la cláusula (recordemos que, al menos desde la STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/10, el juez tiene vedada la integración).

Notemos que, en sede de ejecución hipotecaria, no se prevé expresamente el control de oficio de las cláusulas abusivas. La Ley 1/2013 recoge esta posibilidad en sede de ejecución ordinaria (art. 552.1, segundo apartado, LEC), además de incluir como nueva causa de oposición que el título contenga cláusulas abusivas (art. 557.1.7.^a LEC). Ambas vías producirán los mismos efectos (sobreseimiento o continuación sin aplicación de la cláusula) que en sede de ejecución hipotecaria (art. 561.1.3.^o LEC). Huelga decir que

es acertada esta reforma de los preceptos relativos a la ejecución ordinaria, que podían haber quedado olvidados tras el alud de críticas centradas en la ejecución hipotecaria. Correlativamente, la reforma del artículo 129 LH permite que el notario encargado de la venta extrajudicial del inmueble suspenda las actuaciones si las partes le acreditan que han solicitado al órgano judicial competente que dicte resolución decretando la improcedencia de la venta, por existir cláusulas abusivas en el título, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas. Además, si el notario advierte la existencia de cláusulas abusivas, debe ponerlo en conocimiento de los interesados.

Respecto del control de oficio de la abusividad, importa destacar que, si bien algunos jueces y tribunales entendían que el procedimiento de ejecución hipotecaria les encorsetaba de tal modo que se veían en la imposibilidad de ejercer el referido control, otros estimaban que la doctrina del TJUE relativa al proceso monitorio (recogida en la ya citada sentencia de 14 de junio de 2012) era igualmente aplicable a la ejecución hipotecaria y efectuaban el repetido control de abusividad, en cualquier fase del procedimiento (*vid.*, de nuevo, la sección de jurisprudencia nacional en esta misma crónica).

Conviene recordar que otros posibles motivos de oposición a la ejecución hipotecaria, que nada tienen que ver con el Derecho comunitario, como pudiera ser la nulidad del título por cualquier causa o la concurrencia de vicios del consentimiento en su otorgamiento, siguen sin tener cabida en el procedimiento.

En la cuestión prejudicial planteada al TJUE en el caso *Aziz* se solicitaba también que el Tribunal se pronunciase acerca del carácter abusivo o no de determinadas cláusulas; en concreto, la relativa a la liquidación de la deuda, la que establecía los intereses moratorios y la que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de una sola cuota del préstamo o crédito hipotecario. En este punto, el TJUE se limitó a apuntar los criterios a tener en cuenta para valorar la abusividad, remitiendo la decisión al juez nacional, a la vista de las circunstancias de la operación y de los restantes remedios de derecho interno.

La Ley 1/2013 contiene previsiones respecto de dos de estas cláusulas. Por lo que se refiere a los intereses moratorios, se añade un tercer párrafo al artículo 114 LH, en el sentido de limitar a tres veces el interés legal del dinero los intereses de demora en préstamos o créditos para la adquisición de la vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda; como regla general, se impide la capitalización de los intereses moratorios. Fijémonos que esta previsión, a diferencia de la contenida en el artículo 4 RDL 6/2012, también de nueva redacción, está prevista para todo deudor hipotecario, se encuentre o no en el umbral de exclusión que define el citado RDL. Sin embargo, la limitación establecida en el artículo 114 LH no ampara al hipotecante no deudor (así, los progenitores que han garantizado con su vivienda la adquisición por parte del hijo) ni tampoco al deudor hipotecario que haya garantizado con su vivienda préstamos distintos al destinado a financiar su adquisición. Literalmente, queda fuera de la norma incluso el préstamo concertado para la rehabilitación. A la vista de esta nueva previsión, surgen diversos interrogantes, pero quizá el más relevante consiste en averiguar cuál es la consecuencia de la declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios que superen el triple del interés legal del dinero. Con anterioridad a la promulgación de esta norma, algunas resoluciones judiciales integraban a la baja el tipo de interés de demora; otras respetaban la prohibición de integración y despachaban ejecución por el capital, con exclu-

sión de los intereses moratorios, y otras, finalmente, entendían que, declarada nula la cláusula de referencia, procedía despachar ejecución por el capital debido más el interés de demora previsto en el artículo 1108 CC (por tanto, el interés legal), cosa que claramente no equivalía a integrar la cláusula. ¿Queda ahora sustituida la aplicabilidad del artículo 1108 CC por el artículo 114.3 LH, teniéndose por no puesto el porcentaje que supere el que expresa la norma? Si es así, el interés de demora que pagará quien cumpla los requisitos del artículo 114 LH será más alto que aquel consumidor que vea ejecutada su segunda residencia... ¿Era este el objetivo de la norma? Parece claro que no.

Esto nos conduce a otra reflexión. La preocupación principal en España en estos momentos es, y tiene que ser, la protección de la vivienda habitual (art. 47 CE). Por esta vía, no obstante, se va configurando un «estatuto jurídico» diferenciado de la hipoteca sobre la vivienda habitual, que puede tener repercusiones, claro está, en la concesión de crédito. Pero por lo que aquí nos concierne, es preciso recordar que la normativa comunitaria tiene por objeto la protección del *consumidor*, y que tan consumidor es quien adquiere un inmueble para hacer de él su vivienda habitual como quien compra un chalet en una zona turística. El control de abusividad que exige el TJUE rige para ambos.

Otra de las cuestiones que se plantearon al TJUE en el caso *Aziz* fue, como queda dicho, la posible ilicitud de los pactos de vencimiento anticipado por falta de pago de una sola cuota del préstamo o crédito hipotecario. También a esta cuestión pone remedio la Ley 1/2013, al dar nueva redacción al artículo 693.1 y 2 LEC. Se restringe la posibilidad de proceder a la ejecución hipotecaria al caso en que hayan dejado de pagarse tres plazos mensuales y el pacto de vencimiento anticipado, que debe constar en la escritura, no permitirá iniciar el procedimiento previsto en los artículos 681 y ss. LEC si no ha dejado de satisfacer el deudor al menos tres pagos mensuales. Aquí no se hace referencia alguna al carácter de vivienda habitual o no del inmueble y ni siquiera es preciso que el ejecutado sea un consumidor. Pero también aquí surgen interrogantes: ¿podría todavía el tribunal considerar abusivo un pacto de vencimiento anticipado por impago de tres cuotas de un préstamo a amortizar en 480 mensualidades? En segundo lugar, ¿podría declararse el vencimiento anticipado y proceder a la ejecución ordinaria de título extrajudicial tras la falta de pago de una sola mensualidad? La restricción se establece solo para la ejecución hipotecaria, aunque seguramente subyace la idea de que se podrá extraer de esta norma un principio general aplicable a toda ejecución.

Hasta aquí las novedades directamente influidas por el Derecho europeo y su interpretación por parte del TJUE. Sin embargo, la Ley 1/2013 contiene también otras previsiones, que reseñamos brevemente.

En primer lugar, la Ley recoge la moratoria de lanzamientos contenida en el RDL 27/2012 (capítulo I). Eleva los ingresos mínimos en caso de discapacidad para que el ejecutado pueda ser considerado especialmente vulnerable y alarga la suspensión de lanzamientos hasta los dos años contados desde la entrada en vigor de la Ley. Esta medida sigue sin beneficiar a hipotecantes no deudores, puesto que debe tratarse siempre de préstamos o créditos garantizados con hipoteca sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedidos para la adquisición de la misma (art. 1.3 d). En la EM se anuncia que el interés de demora sobre la deuda residual no puede superar el interés remuneratorio incrementado en dos puntos; sin embargo, esta previsión se contie-

ne en el artículo 4 RDL 6/2012, reformado, pero no en este primer capítulo dedicado a la moratoria de lanzamientos.

Por otro lado, el capítulo II reforma, además de los artículos 114 y 129 LH, ya mencionados, el artículo 21 LH, en el sentido de imponer que en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda conste el carácter habitual o no que pretenda atribuirse a la misma, generándose una presunción *iuris tantum* conforme a la cual, en el momento de la ejecución el inmueble, se entiende que el inmueble siendo vivienda habitual, si así se hizo constar en la escritura.

El mismo capítulo II reforma la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en la línea de continuar la separación de las sociedades y servicios de tasación de las entidades financieras. Destaca la posibilidad de que el cliente de entidades financieras aporte su propia tasación, siempre que la realice un tasador homologado. El rechazo por parte de la entidad de crédito se considera infracción grave o muy grave (art. 3 bis I). Por otro lado, se reforma el artículo 5 de la referida Ley en el sentido de que el préstamo o crédito garantizado para financiar la adquisición de la vivienda familiar no podrá exceder, a efectos de su titulación, de 30 años, y se elimina la posibilidad de solicitar ampliación de hipoteca en caso de devaluación del inmueble (cosa que necesariamente afecta al artículo 9 RD 716/2009 que, afortunadamente, no se ha venido aplicando en los últimos tiempos). Finalmente, como norma de transparencia con rango de ley, el artículo 6 de la Ley 41/2007 prevé que, en la contratación de préstamos hipotecarios, se incluya una expresión *manuscrita* por parte del cliente, en los términos que marque el Banco de España, por la que manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, siempre que el prestatario sea persona física y la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar la propiedad de terrenos o edificios construidos o por construir y que en los contratos se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, «en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza» (frase tautológica donde las haya, que requiere un importante esfuerzo interpretativo); o que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés (así, un SWAP de interés); o que se concedan en una o varias divisas. Como rápidamente se comprueba, se trata de una exigencia que va más allá, en cuanto al formalismo exigido, de las obligaciones de información contenidas en la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito sobre bienes inmuebles para uso residencial, de 31 de marzo de 2011 [COM(2011) 142 final].

El capítulo III contiene las reformas de la LEC. Además de las ya señaladas, para el caso de ejecución de vivienda habitual se limitan las costas exigibles al 5% de la cantidad reclamada (art. 575 LEC) y se añade un segundo apartado al artículo 579 LEC que, lejos de suponer una adecuada regulación del concurso de personas físicas (en nada ha quedado, de momento, la previsión contenida en la DA única de la Ley 38/2011), se limita a establecer una posibilidad de reducción de la deuda residual pendiente en caso de que el deudor sea capaz de satisfacer el 65% de la cantidad pendiente, incrementada solo con el interés legal del dinero, en un plazo de cinco años, o bien el 80% en un plazo de diez años. Sin embargo, no parece que ello impida la ejecución, puesto que simplemente se prevé que, de proceder a ella, quede a disposición del deudor el remanente. Por otro lado, el mismo artículo 579 LEC establece que si la adjudicataria de la vivienda la enajena

en los diez años siguientes, la deuda residual se verá disminuida en el 50% de la plusvalía obtenida por el ejecutante. En otro orden de cosas, se flexibilizan los requisitos para pujar (art. 647) y para abonar el precio del remate (art. 670.1), se potencia el portal de subastas electrónico del Ministerio de Justicia (art. 668), se facilita la inspección del inmueble por los postores y se prevé una eventual reducción de la deuda para el deudor que muestre una actitud colaborativa (cosa que puede no depender del deudor; *v.gr.* cuando el inmueble esté alquilado) (art. 691.2). Se establece una nueva regla de imputación de pagos (art. 654.3) y se reduce de cinco a tres años el plazo mínimo para volver a enervar la ejecución sobre la vivienda y se modaliza la tasación de costas (art. 693.3). Destaca especialmente la elevación del valor por el que el ejecutante puede adjudicarse el inmueble en caso de quedar desierta la subasta de la vivienda habitual del ejecutado, que pasa del 60% (introducido por el RDL 8/2011) al 70%, siempre sobre el valor de tasación de la finca al tiempo del otorgamiento de la escritura (art. 671.1 LEC); es la única concesión que se hace a las reivindicaciones tendentes al establecimiento de la «dación en pago obligatoria». Por otro lado, el tipo para la subasta no puede ser inferior al 75% del valor de tasación (art. 682.2.1ª).

El último capítulo de la Ley reforma el RDL 6/2012, de 9 de marzo, tanto por lo que se refiere a los requisitos para acogerse a las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, como a estas mismas. Sin embargo, y pese a que se han incrementado los precios de adquisición del inmueble a efectos de poder solicitar la reestructuración –se mantienen igual para forzar la dación en pago–, es de prever que siga tratándose de un mecanismo del que podrán beneficiarse pocos deudores, debido a lo elevado de los precios de la vivienda en los años de auge del sector inmobiliario, especialmente en algunos territorios, para los que la previsión legislativa revela una total desconexión con la realidad. Como innovación positiva, se encuentra el hecho de que se amplíe la protección que pueda brindar el RDL a «avalistas hipotecarios» (art. 2), que seguramente son los hipotecantes no deudores a los que se refiere el artículo 3 bis; en este nuevo precepto se menciona a los fiadores, para otorgar a unos y otros el beneficio de excusión.

Pese a que en el título de la Ley se incluye una referencia al alquiler social, el texto se limita a habilitar al Gobierno para que promueva, con el sector financiero, la constitución de un fondo social de viviendas (DA 1ª). Una valoración más positiva merece la exención de la obligación de devolver las ayudas estatales para la adquisición de viviendas de protección oficial en caso de dación en pago o reestructuración (DA 4ª).

En cuanto al régimen transitorio, vale la pena destacar la aplicabilidad del nuevo artículo 114.3 LH a los intereses de demora que se devenguen con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, incluso cuando ya se estuviera en fase de ejecución (DT 2ª) y la aplicabilidad de las disposiciones de la Ley en general a los procedimientos en curso (DT 1ª), con los matices que presenta la DT 4ª en cuanto a la apertura de un plazo para oponer la existencia de cláusulas abusivas y con el considerable desconcierto en cuanto al momento hasta el cual pueden formularse estas oposiciones, que se cifra, por algún motivo desconocido, en la puesta en posesión del inmueble al adquirente, mientras que en caso de venta extrajudicial el momento que se toma como preclusivo es el de la adjudicación (DT 4ª). Por último, interesa resaltar que la DF 1ª permite, temporalmente, la disposición de planes de pensiones en caso de ejecución sobre la vivienda habitual.

ITALIA

Bibliografía**LORENZO BAIKATI *****BARBARA PASA ****

- ALPA, Guido - BONELL, Michael J. - CORAPI, Diego: *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Laterza, Roma, Bari, 2012, pp. 497, ISBN 978-88-420-9954-3.
- BAIRATI, Lorenzo: *La responsabilità per fatto del giudice in Italia, Francia e Spagna, fra discipline nazionali e modello europeo*, Collana Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. X-326, ISBN: 9788849526202.
- BENACCHIO, Gian Antonio - CARPAGNANO, Michele (a cura di): *I rimedi civili agli illeciti anticoncorrenziali: private enforcement of competition law*, Atti del III Convegno di studio presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento, 15-16 aprile 2011 [Assago], Cedam, Padova, 2012, ISBN 9788813331030.
- BONATO, Giovanni: *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Collana: Univ. La Sapienza - Dip. scienze giuridiche, Jovene, Napoli, 2012, pp. 384, ISBN 8824321283, ISBN-13 9788824321280.
- BONFATTI, Sido - FALCONE, Giovanni (a cura di): *Soluzioni negoziali e istituti «preconcorsuali» nella gestione delle crisi*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. IX-362, ISBN 88-14-17535-7.
- BRIOLINI, Federico - GAMBINI, Maria Luisa: *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Problemi di diritto civile, commerciale e comparato*, Amon, Dicembre 2012, pp. 420, ISBN 8866031291/ ISBN-13 9788866031291.
- BRUTTI, Nicola: *Responsabilità civile e attori secondari. Il caso della scheme liability tra esperienza statunitense e dibattito europeo*, Collezione Temi di diritto privato e pubblico, Giuffrè, Milano, 2012, pp. XI-284, ISBN 978-88-14-17668-5.
- CALLIANO, Oreste (a cura di): *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e diritti del consumatore europeo*, con la collaborazione di Matteo Losana e Cristina Poncibò, Giappichelli, Torino, 2013, pp. XIV-214, ISBN 978-88-348-3990-4.
- CATANOSI, Stefania: *La fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, Iseg Gioacchino Scaduto, Novembre 2012, pp. 120, ISBN 8895448359/ ISBN-13 9788895448350.
- CERCHIA, Rossella - MARCHETTI, Carlo: *Il contract in Inghilterra. Lezioni e materiali*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. VIII-259, ISBN 978-88-348-3807-5.
- CERINI, Diana: *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. XVIII-519, ISBN 978-88-14-17452-0.
- COFRANCESCO, Giovanni: *I beni culturali. Profili di diritto internazionale e comparato*, ECIG, Genova, Novembre 2012, pp. 398, ISBN 8875442738/ ISBN-13 9788875442736.

* Investigador postdoctoral de Derecho comparado (Universidad de Torino).

** Professoressa Associada de Derecho comparado (Universidad de Torino).

- CUOCCI, Valentina Vincenza: *Dall'assicurazione obbligatoria R.C. auto alla no-fault insurance. Uno studio comparativo dei sistemi di traffic accident compensation*. Giuffrè, Milano, 2013, pp. XVI-277, ISBN 88-14-18043-1.
- DEL PRATO, Enrico: *Requisiti del contratto*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 101, ISBN 88-14-16916-0.
- DUVIA, Paolo: *Il principio di conformità nella conclusione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. VI-226, ISBN 88-14-17429-6.
- FEOLA, Maria: *Le obbligazioni di sécurité*, Studi di diritto comparato, collana diretta da Aldo Berlinguer, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 432, ISBN 978-88-348-3744-3.
- FIorenza, Katia: *La determinazione esterna del corrispettivo contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 244, ISBN 9788849524611.
- FRIGNANI, Aldo - BARIATTI, Stefania (a cura di): *Disciplina della concorrenza nella U.E.*, in GALGANO, Francesco, Trattato di diritto commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia, Cedam, Padova 2013, pp. 950, ISBN 978-88-13-32843-6.
- GUARNERI, Attilio: *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, Cedam, 5 edizione, 2012, pp. X-386, ISBN 978-88-13-32602-9.
- HAUPT, Günter: *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Studi di diritto comparato, collana diretta da Aldo Berlinguer Edizione italiana di Giovanni Varanese, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 80, ISBN 978-88-348-3795-5.
- LAMBO, Luigi: *Willful breach e inadempimento doloso*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. X-214, ISBN 978-88-348-3668-2.
- MANCALEONI, Anna Maria: *Diritto europeo e tort(s) law*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. VI-162, ISBN 978-88-348-3946-1.
- MATERA, Pierluigi: *Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. X-262, ISBN 978-88-348-3860-0.
- MATERA, Pierluigi - SBARBARO, Ferruccio Maria (a cura di): *Saggi di diritto commerciale interno e comparato*, Collana Studi e dialoghi giuridici, Eurilink, Roma, 2013, pp. XIV-392, ISBN: 8897931022/ ISBN-13: 9788897931027.
- NOVIELLO, Daniela: *Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo*, Comparazione e Diritto Civile, Giappichelli, Torino, 2012, pp. X-190, ISBN: 8834838599/ ISBN-13: 9788834838594.
- OMODEI-SALEI, Riccardo: *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Cedam, Padova, 2012, pp. XVIII-262, ISBN 978-88-13-30226-9.
- PACILEO, Piervincenzo: *La responsabilità bancaria: uno studio comparatistico*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. X-310, ISBN 978-88-348-3845-7.
- PARISI, Annamaria Giulia: *Colpa e dolo nella responsabilità. Saggi di diritto comparato*, collana Comparazione e Diritto Civile, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 380, ISBN 978-88-348-3857-0.
- PENNICINO, Sara: *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012, pp. 140, ISBN: 8838765693/ ISBN-13: 9788838765698.
- PERA, Alessandra: *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 156, ISBN 978-88-348-2897-7.
- PIZZETTI, Franco: *Il caso del diritto all'oblio*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. XVI-236, ISBN 978-88-348-2816-8.
- PIZZETTI, Franco: *Il caso del diritto di autore*, 2 edizione, Giappichelli, Torino, 2013, pp. XVIII-174, ISBN 978-88-348-9202-2.

- PORTALURI, Pier Luigi (a cura di): *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. VIII - 526, ISBN 9788849525595.
- RESCIGNO, Pietro (a cura di): *Codici. Storia e geografia di un'idea*, con una nota di F. Caggia, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. xiii-271, ISBN 9788842098478.
- RESTA, Giorgio - ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (a cura di): *Riparare, Risarcire, Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 520, ISBN 978-88-6342-415-7.
- RICCI, Sergio: *Trust e non profit: il trust Onlus, il trust di scopo di pubblica utilità, il charitable trust, il trust a favore di soggetti svantaggiati, l'ente non profit come trustee o protector, l'accountability del trust di pubblica utilità, gli aspetti tributari del trust, il trust e gli enti non profit*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 303, ISBN 978-88-387-7716-0.
- RICCIO, Giovanni Maria: *Copyright collecting societies e regole di concorrenza: un'indagine comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. VII-252, ISBN 978-88-348-3841-9.
- ROSSI, Piercarlo: *Diritto europeo e valutazione di impatto della regolazione. Profili comparatistici*, 2012, pp. VIII-144, ISBN 978-88-348-3752-8.
- RUSSO, Giuseppe: *Il sistema previdenziale in Europa. «Analisi dei diversi contesti in ambito comparato»*, Cesd, 2012, ISBN: 8897832199/ ISBN-13: 9788897832195.
- SALITO, Gelsomina: *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Collana: Comparazione e Diritto Civile, Giappichelli, Torino, 2012, pp. VIII-185, ISBN: 8834838440/ ISBN-13: 9788834838440.
- STAZI, Andrea: *Innovazioni biotecnologiche e brevettabilità del vivente. Questioni giuridiche e profili bioetici nei modelli statunitense ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. X-302, ISBN 978-88-348-3691-0.
- TERLIZZI, Giulia: *Il contratto immorale tra regole giuridiche e regole sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp.140, ISBN 9788849524581.
- TOLINO, Serena: *Atti omosessuali e omosessualità fra diritto islamico e diritto positivo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 304 - XII, ISBN 9788849523874.
- TORINO, Raffaele: *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 320, ISBN 978-88-348-3840-2.
- TROILO, Silvio: *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. XIII-456, ISBN 978-88-14-18019-4.
- TROISI, Claudia: *Divieto di discriminazione e forme di tutela. Profili comparatistici*, Collana: Comparazione e Diritto Civile, Giappichelli, Torino, 2012, pp. IX-241, ISBN: 8834838386/ ISBN:13 9788834838389.
- VANNI, Domitilla: *Riservatezza e privacy: Un'indagine comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. IV-196, ISBN 978-88-348-3933-1.

Espacio Judicial Europeo, Derecho Procesal, Derecho de Contratos, derechos reales, derecho de Familia, Derecho Antidiscriminación, Derecho de Autor y Derecho de Daños en la Unión Europea

I. Espacio judicial europeo

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

1. **Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis)**

El pasado diciembre se aprobó finalmente el instrumento de reforma del conocido Reglamento 44/2001 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I). En las anteriores crónicas he ido dando noticia de las diferentes etapas de su largo proceso legislativo (2 años). El resultado lamentablemente ha defraudado a muchos pues se ha quedado muy lejos de la inicial Propuesta.

El nuevo instrumento entró en vigor a los a los 20 días de su publicación en el DOUE, si bien la aplicación de sus de sus normas de CJI y de reconocimiento y ejecución está prevista para el 10 de enero de 2015. Ello significa que las nuevas normas de CJI serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir de esa fecha (10-1-2015). Dicho instrumento deroga el Reglamento 44/2001 (art. 80). Excepto Dinamarca, todos los Estados miembros se encuentran vinculados por el mismo. No obstante, respecto de Dinamarca el Preámbulo (cdo 41) prevé que dicho país pueda aplicar las modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento en virtud del Acuerdo de 2005 entre la CE y Dinamarca relativo a la aplicación del Reglamento 44/2001.

No pretendo llevar a cabo un análisis exhaustivo de las reformas introducidas pues no es lugar para ello, sino simplemente aportar una breve descrip-

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho de ESA-DE-Ramon Llull).

ción de las mismas. Como se recordará por las crónicas anteriores, dos eran los principales objetivos de la reforma. Por un lado, la supresión del procedimiento intermedio para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, esto es, la supresión del *exequátur*. Por otro, la extensión de las normas de CJI previstas en el reglamento a los demandados domiciliados en terceros Estados.

El primero de los objetivos se ha logrado, aunque la supresión del *exequátur* ha venido acompañada de salvaguardas procesales de mayor envergadura de lo que se planteó inicialmente. En efecto, a pesar de que el artículo 39 prevé que las resoluciones de un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en el «gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva», los artículos 45 y 46 permiten a cualquier parte interesada y a la persona contra la que se insta la ejecución, solicitar la denegación del reconocimiento y la ejecución por una serie de causas tasadas. De hecho, las causas previstas ya figuraban en los artículos 34 y 35 del Reglamento 44/2001 y son: el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido; la resolución se ha dictado en rebeldía, si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con si la resolución es inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido; la resolución es inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido, o en caso de conflicto de la resolución con lo dispuesto en las secciones correspondientes al contrato de seguro, trabajo y consumo o competencias exclusivas.

El Reglamento prevé un modelo de formulario (anexo I) para la expedición de un certificado acreditativo de la fuerza ejecutiva de la resolución y otros elementos de la misma, cuya presentación es necesaria para la ejecución. Tal y como prevé el artículo 43 del Reglamento 1215/2012, cuando se inste la ejecución de una resolución y antes de la primera medida de ejecución en el Estado requisito, se notificará el certificado expedido a la persona contra la que se insta la ejecución, acompañado de la resolución si esta todavía no se le ha notificado. Los artículos 46 y ss contiene el procedimiento relativo a la denegación de la ejecución.

Existe por tanto, un control en el Estado requerido. La diferencia fundamental con el Reglamento 44/2001 es que no hay un procedimiento especial para obtener la declaración de ejecutividad (la sentencia ya tiene dicho efecto) pero se puede denegar la ejecución por los mismos motivos que el Reglamento 44/2001 prevé para denegar la declaración de ejecutividad.

El segundo objetivo sólo se ha alcanzado en dos ámbitos: los contratos de consumo y de trabajo, lo que muestra la intención tuitiva de la modificación. Ya en su momento me mostré totalmente favorable a dicha extensión. Junto a este objetivo tuitivo, la Propuesta pretendía además suprimir la necesidad de recurrir a los ordenamientos internos para determinar la competencia judicial internacional cuando el demandado no está domiciliado en un EM (sin perjuicio de los supuestos de competencias exclusivas y autonomía de las partes para la elección del tribunal competente). Con ello, se eliminaban las distorsiones creadas por la disparidad de normas nacionales de CJI y se seguía la tendencia actual de los nuevos Reglamen-

tos comunitario de extender su ámbito de aplicación a toda situación internacional sin consideración del domicilio de las partes (ámbito de aplicación general). Lamentablemente no se ha conseguido alcanzar plenamente dichos objetivos.

Respecto de los foros de competencia judicial internacional se introduce en artículo 7, párrafo 4, un foro especial a favor del lugar de situación de los bienes culturales definidos como tales en la Directiva 93/7/CEE sobre las acciones de restitución de tales bienes.

Respecto de los acuerdos de elección de foro se incluyen dos modificaciones cuyo objeto es mejorar la eficacia de los acuerdos de elección de foro. Por un lado, se elimina la exigencia prevista por el antiguo artículo 23 RBI de que la menos una de las partes estuviera domiciliada en la Comunidad, y correlativamente desaparece el apartado tercero de dicho precepto pues ya no tiene sentido establecer una regla negativa de competencia para los supuestos en que las dos partes están domiciliadas fuera de ella. En segundo lugar, se introduce una norma de conflicto uniforme respecto de la validez sustantiva de los acuerdos de elección de foro, garantizando así un resultado similar en esta cuestión sea cual sea el tribunal al que se somete el asunto. Ambas modificaciones corresponden a las soluciones establecidas en el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005, lo que facilitará la eventual adhesión de la Unión Europea a dicho Convenio.

Respecto de la litispendencia, el Reglamento 1215/2012 introduce también dos modificaciones. En primer lugar, se da prioridad al tribunal designado por una cláusula de elección de foro para decidir sobre su competencia, independientemente de si se le ha sometido el asunto en primer o en segundo lugar. Cualquier otro tribunal debe suspender el procedimiento hasta que el tribunal designado por la cláusula se haya declarado competente o, en caso de que el acuerdo sea inválido, se haya inhibido. De esta forma se solventa el conocido «torpedo italiano» originado en la jurisprudencia del TJCE (Sentencia Gasser). En segundo lugar, se prevé la litispendencia entre tribunales de EM y tribunales de Estados terceros que estuvieren conociendo con anterioridad del mismo litigio. Es un régimen distinto al previsto para los casos de litispendencia comunitaria y que solo se aplicará en determinadas circunstancias previstas en el artículo 33.

Según el Preámbulo (cdo 25) el concepto de medidas provisionales y cautelares debe incluir, entre otras, las destinadas a obtener información o a conservar pruebas a que se refieren los artículos 6 y 7 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. No debe incluir medidas que no sean de naturaleza cautelar, como las medidas por las que se ordena la audiencia de un testigo. Esto se entiende sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

Como se recordará la Propuesta incluía como objetivo el mejorar la articulación entre el Reglamento y el arbitraje y de ahí que incluyera una disposición específica sobre la relación entre el arbitraje y la vía judicial. En ella se obligaba a un tribunal al que se hubiera sometido un asunto a suspender el procedimiento si se impugnaba su competencia en virtud de un convenio arbitral y se hubiera sometido el asunto a un tribunal arbitral o

si se hubiera ejercitado una acción judicial relativa al convenio de arbitraje en el Estado miembro sede del arbitraje. Con ello se pretendía mejorar la eficacia de los convenios arbitrales en Europa y evitar procedimientos judiciales y arbitrales paralelos. No obstante, el Reglamento 1215/2012 no incluye ninguna norma al respecto. Sí se refiere al arbitraje en el preámbulo (cdo 12) donde se establece que el Reglamento no se aplica al arbitraje pero que ello no impide que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional. Esta norma ha de entenderse sin perjuicio de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para resolver sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales con arreglo al Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 («el Convenio de Nueva York de 1958»), que prevalece sobre el Reglamento. Además, continúa el cdo 12, el presente Reglamento no debe aplicarse a ningún procedimiento incidental ni acción relacionados, en particular, con la creación de un tribunal arbitral, las facultades de los árbitros, el desarrollo del procedimiento de arbitraje o cualesquiera otros aspectos de tal procedimiento, ni a ninguna acción o resolución judicial relativa a la anulación, revisión, apelación, reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral.

2. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se facilita la libertad de circulación de los ciudadanos y de las empresas, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, COM(2013) 228 final (Bruselas, 24.4.2013)

Tal y como justifica la Comisión en el documento que se comenta, a pesar de que las libertades de circulación y de residencia, así como las demás libertades del mercado interior están firmemente ancladas en el Derecho primario y se desarrollan en el Derecho secundario, existe un desfase entre las disposiciones legales vigentes y la realidad vivida por los ciudadanos y empresas que pretenden ejercer esos derechos en la práctica. En efecto, cuando se ejercen estas libertades, por ejemplo optando por residir o desempeñar su actividad económica en otro Estado miembro, se enfrentan a una serie de dificultades a la hora de presentar los documentos públicos necesarios a las autoridades y conseguir que ese Estado miembro las acepte siguiendo una práctica contraria a la aplicada a sus propios nacionales y empresas. Todos estos documentos pretenden dar fe de los hechos registrados por una autoridad y en la mayoría de los casos se presentan para obtener acceso a un derecho, recibir un servicio o cumplir con una obligación. Incluso cuando dichos documentos son plenamente legales en el país de origen, los ciudadanos y las empresas deben igualmente someterse a engorrosos y desproporcionados trámites para demostrar su autenticidad en el otro Estado miembro, aun cuando son plenamente legales y no plantean ningún tipo de problema en el país de origen. A fin de determinar su autenticidad y poderlos utilizar fuera del Estado miembro expedidor, hay que someterlos a determinados trámites administrativos,

como la legalización y la apostilla, confirmando la veracidad de la firma o la calidad en la que ha actuado el signatario de un documento. Otros trámites similares son la certificación de las copias y la exigencia de traducciones juradas.

Son diversas las fuentes, convencionales y/o internas que contiene normas relativas a la legalización de documentos públicos y la apostilla, presentando importantes diferencias entre ellas. De ello se desprende falta de claridad y un marco reglamentario que no ofrece la seguridad jurídica que las empresas y los ciudadanos europeos necesitan. Existen, según la Comisión varios factores que justifican la intervención de la UE:

1. El aumento de la movilidad dentro de la UE de ciudadanos y empresas de la Unión que deben realizar los trámites definidos, con el desembolso y la pérdida de tiempo consiguientes.
2. La discriminación indirecta de los nacionales de otros Estados miembros con respecto a los nacionales en situaciones transfronterizas.
3. El fragmentado marco jurídico existente en el ámbito de la UE e internacional en lo que se refiere a la legalización, la Apostilla y la cooperación administrativa.
4. Las deficiencias de la legislación de la UE y del Derecho internacional en lo referente a la circulación de documentos públicos.

La propuesta pretende simplificar los trámites administrativos definidos con el fin de facilitar y potenciar el ejercicio del derecho de libre circulación dentro de la UE, por parte de los ciudadanos, y el derecho de establecimiento y prestación de servicios por parte de las empresas, reafirmando al mismo tiempo el interés público general de asegurar la autenticidad de los documentos públicos. Concretamente, la propuesta pretende: reducir las dificultades prácticas originadas por los trámites administrativos definidos, recortando concretamente las formalidades burocráticas, los costes y las demoras; reducir los costes de traducción relacionados con la libertad de circulación de documentos públicos dentro de la UE; simplificar el fragmentado marco jurídico que regula la circulación de documentos públicos entre Estados miembros; asegurar un nivel más eficaz de detección del fraude y la falsificación de documentos públicos; eliminar todo riesgo de discriminación entre ciudadanos y empresas de la UE.

De esta forma la propuesta racionaliza las reglas y los procedimientos actualmente aplicados entre los Estados miembros para la verificación de la autenticidad de determinados documentos públicos y, al mismo tiempo, completa la legislación sectorial de la Unión, incluidas las disposiciones relativas a la circulación de documentos públicos específicos, aboliendo los requisitos de legalización y apostilla y simplificando el uso de las copias y las traducciones. Se inspira en la legislación sectorial del UE y en los instrumentos internacionales pertinentes, y al mismo tiempo refuerza la confianza en los documentos públicos expedidos en otros Estados miembros de origen. La propuesta no modifica –si bien la complementa– la legislación sectorial vigente de la Unión que contiene disposiciones sobre legalización o trámite similar, otros trámites o cooperación administrativa.

II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

I. Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (COM (2011) 635 fin), de 11 de octubre de 2011 (CESL)

El Parlamento europeo emitió un informe, el pasado 8 de noviembre de 2011 (P7_TA((2011)0262) en el que apoyaba la iniciativa de la Comisión de elaborar un instrumento opcional (*vid. ADC*, 2012, 1, pp. 313-314). El informe de impacto de la Comisión (*vid. infra* I.3) insiste en las ventajas económicas que reportaría su aprobación. Se conocen también las opiniones de algunos Estados miembros, abiertamente contrarias a la adopción del instrumento opcional (*vid. ADC*, 2012, 3, pp. 1275-1277). Igualmente, el pasado 1 de junio de 2012, la Presidencia del Consejo se hizo eco de la Propuesta de Reglamento (*ADC*, 2013, 1, p. 348). A continuación se da cuenta de los nuevos pasos que se han dado en el camino hacia la eventual aprobación del instrumento.

1. Documento de trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos

La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo ha elaborado un documento de trabajo [COM (2011)0635 -C7-0329/2011-2011/0284(COD)], datado el 8 de octubre 2012, cuyos ponentes son Luigi Berlinguer y Klaus-Heiner Lehne (PE497.786v01-00), en el que se realiza un primer planteamiento sobre cuestiones generales del instrumento opcional y, en un anexo, se vierten algunas consideraciones específicas sobre el articulado. En el documento se apunta la necesidad de debatir con más detenimiento las cuestiones planteadas. En el I Proyecto de Informe, de 6 de marzo de 2013, se contienen, en concreto, las enmiendas a la redacción actual del instrumento opcional. Otras enmiendas al Proyecto de informe presentado por los coponentes pueden leerse en la página web de la Comisión de Asuntos Jurídicos.

a) Planteamiento general

Los ponentes consideran que el texto debe ser más sencillo de utilizar y consideran convenientes cambios en la estructura, aunque, de momento, no abordan todas las que serían necesarias. No dudan de que la base competencial es el artículo 114 TFUE, puesto que si con el instrumento opcional se trata de crear un segundo régimen es evidente que ello comporta una labor de aproximación de legislaciones. Por otro lado, aplauden la utilidad de un instrumento opcional, sin otros argumentos que la remisión a un informe encargado por el propio Parlamento a propósito de la utilidad de este tipo de medidas («Implementation of optional instruments within European Civil Law», disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/studies->

* Profesora Titular de Derecho civil (Universidad de Barcelona). El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo de investigación consolidado 2009 SGR 221.

download.html?languageDocument=EN&file=72928). Insisten en que la relación con el Reglamento Roma I, en especial con el artículo 6, debe ser lo más clara posible –debe quedar claro que el acuerdo de utilizar el instrumento opcional no implica una elección entre ordenamientos jurídicos, sino entre dos regímenes distintos dentro del mismo ordenamiento jurídico nacional–, y concluyen que el instrumento optativo debe ofrecer un nivel de protección de los consumidores muy elevado, también en interés de las empresas. Efectivamente, se entiende que estas solo podrán beneficiarse del instrumento opcional si los consumidores de todos los Estados miembros confían en que, al optar por él, no se verán privados de protección.

En cuanto al ámbito de aplicación, los ponentes se reservan el derecho a estudiar posibles ampliaciones a cuestiones como la capacidad o la representación, que tienen su importancia en el comercio en línea. Consideran, además, que no es preciso que las empresas que puedan beneficiarse del instrumento opcional deban ser necesariamente PYMES. La limitación a los contratos transfronterizos también es cuestionada, dado que el progresivo incremento de compras *on line* o a través de móvil difumina las diferencias entre contratos nacionales y transfronterizos. Los ponentes se plantean si no sería conveniente limitar la aplicación del instrumento opcional únicamente a los contratos a distancia y, muy en particular, a los negocios *on line*, que es el sector que principalmente se contempla (y cuya regulación se amplía con la referencia específica a los servicios de almacenamiento en la nube). El concepto de contrato a distancia se amplía a los contratos con empresarios. Se admite expresamente la aplicación del instrumento opcional a los contratos no concluidos a distancia, siempre que las negociaciones se celebren a distancia. Se regula la posibilidad de aplicar el instrumento opcional a contratos vinculados y mixtos. Otras opiniones de los ponentes se refieren a las medidas de acompañamiento. Así, celebran la creación de una base de datos jurisprudencial sobre aplicación del instrumento opcional; advierten de la necesidad de que los comentarios al texto de los artículos del instrumento opcional o la creación de un consejo consultivo que interprete las dudas que pueda sugerir su aplicación (supuesto que el TJUE no deba asumir ese cometido, algo que los ponentes sugieren estudiar) aseguren la calidad e independencia, de forma que, en especial los consumidores, puedan tener confianza en la asistencia que prestarían. Adicionalmente, consideran necesario establecer alguna fórmula en el texto que remita a la resolución alternativa de litigios e instan a la Comisión a redactar modelos de contratos-tipo, que consideran crucial para el éxito del instrumento opcional.

b) Cuestiones específicas sobre el articulado

Los ponentes plantean la necesidad de determinar con precisión el alcance de las restricciones a las cláusulas abusivas y los criterios correspondientes y advierten que estos tendrán que ser claros y cercanos a la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas para conseguir el resultado deseado de permitir la referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Abogan por la necesidad de que el instrumento opcional no sea una suma de las cláusulas sobre listas negras o grises que ya existen en los derechos nacionales, sino que debe evaluarse el resultado global y compararlo con el resultado global ofrecido por el Derecho nacional. En especial, se refieren a los criterios que sirven para determinar la abusividad de las cláusulas en los contratos entre empresarios, que, en su opinión, no quedan fijados con la suficiente claridad

y, además, corren el riesgo de confundirse con los criterios que sirven para determinar la abusividad en los contratos con consumidores.

Otro aspecto que, en opinión de los ponentes, seguramente requiere revisión, para equilibrar los derechos del comprador y el vendedor, es el relativo a la libre elección de remedios del comprador, la inexistencia de subsanación por el vendedor y la obligación de notificar la resolución del contrato, que va más allá de la protección que dispensa la Directiva 99/44. Plantean tres opciones, de forma alternativa y no cumulativa: a) solo en los seis primeros meses tras la transmisión del riesgo el consumidor podría optar por la corrección del cumplimiento por parte del vendedor; b) el consumidor solo puede optar por la resolución si notifica la falta de conformidad en un plazo razonable; c) el consumidor debe pagar por el uso de la cosa si es él quien resuelve el contrato.

En especial plantea problemas la determinación del riesgo de abuso, de acuerdo con la disposición que establece la necesidad de ejercer los derechos de buena fe, dado que algunos ordenamientos jurídicos no contemplan este último principio y, por tanto, se corre el riesgo de interpretaciones divergentes. La propia definición de buena fe resulta modificada, en el sentido de eliminar de la redacción «en consideración a los intereses de la otra parte», porque se prestaba a malentendidos, especialmente en el ámbito de los contratos entre empresarios. Además, se apunta la necesidad de eliminar las consecuencias de su infracción, que ya no incluiría, como regla general, la posibilidad de reclamar daños y perjuicios

Los ponentes también ponen el acento en la necesidad de examinar con detalle la regulación sobre la restitución de las prestaciones en caso de resolución o ineficacia del contrato. En cuanto a los contenidos digitales, plantean la conveniencia de replantear la regulación en la hipótesis de que la contraprestación, en la compra del contenido digital, no sea dineraria, sino que, por ejemplo, consista en datos personales, o la necesidad de adaptar las disposiciones sobre falta de conformidad o sobre restitución a la vista de las particularidades del contenido digital. Finalmente, la prescripción es objeto de revisión, para aclarar la relación entre el plazo largo y el corto, para restringir el plazo largo a seis años, para introducir la fuerza mayor como causa de suspensión. Se precisa que las normas sobre prescripción no se aplican aisladamente sino que tienen aplicación específica a los remedios.

2. *Proyecto de Opinión de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, para la Comisión de Asuntos Jurídicos, de 22 de febrero de 2013 (PE55.986v01-00)*

En el Proyecto de Opinión, de 3 de mayo de 2013, los componentes de la comisión IMCO, Evelyne Gebhardt y Hans-Peter Mayer, emiten su proyecto de informe, en forma de enmiendas conjuntas, con la petición de que sean incorporadas por la Comisión de Asuntos jurídicos, que es la competente para dictaminar sobre el fondo. Tales enmiendas se refieren a la necesidad de coherencia y precisión en la utilización de los términos y la adaptación a las definiciones existentes en otras directivas y, entre ellas, la reciente Directiva 2001/83. Así, por ejemplo, el término «consumidor», que debe incorporar las precisiones efectuadas en el Cdo 17 Dir. 2011/83, sobre el doble propósito de la adquisición. Se introducen dos nuevas definiciones del término «reparación», «productor» y «producción sin cargo alguno». Además, se propone la supresión del artículo 109.3 CESL («La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el ofrecimiento a subsanar el incumplimiento»).

Los ponentes presentan otras enmiendas y lo hacen por separado (*vid.* Documento PE505.986v01, de 27 de febrero de 2013) debido a la diferencia de enfoques sobre la oportunidad del texto. Efectivamente, mientras que Mayer aplaude la iniciativa de la Comisión (y se suma a la propuesta de la Comisión de Asuntos Jurídicos de potenciar los contratos a distancia *on line*), Gerbhart considera imprescindible que la Propuesta de Reglamento se convierta en una Directiva (de mínimos) para la armonización de determinados aspectos de los contratos de compraventa, servicios relacionados y contenidos digitales, que debería ser la continuación de la Directiva 2011/83/UE. En consecuencia, el CESL no debería abordar cuestiones que ya están reguladas en esa norma. Gerbhart cree que un instrumento opcional, cuya elección dependa del comerciante, complica la situación jurídica y puede empeorar la posición del consumidor; además considera que deberán pasar muchos años antes de que el TJUE pueda pronunciarse sobre la interpretación de los términos. En definitiva, la ponente lamenta que se abandone la senda de la armonización que, en palabras suyas, «tanto éxito ha tenido hasta ahora».

3. *Informes de la Comisión y el Parlamento, sobre el impacto económico del instrumento opcional en el mercado interior*

La Comisión europea ha publicado un informe sobre el impacto que tendría el instrumento opcional en el mercado interior (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2011:1165:FIN:EN:PDF>). El pasado mes de enero de 2013 el informe fue objeto de valoración por el Parlamento (Doc. PE 496.736), y, en concreto, por la Unidad de Evaluación de Impacto (<http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=83710>), que, entre otras objeciones se refiere a la dificultad de definir los costes de transacción y al método utilizado por la Comisión para calcularlos.

4. *Otros estudios de los expertos*

En la página web: <http://www.europarl.europa.eu/committees/es/juri/events.html?action=2&id=hearings#menuzone>, pueden consultarse los actos organizados por la Comisión de Asuntos Jurídicos en el año 2012 y los informes de los ponentes sobre las posibilidades de mejora del instrumento opcional.

II. Crédito al consumo. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2012, sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE (2012/2037(INI))

Tras un estudio sobre la aplicación de la Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo, encargado por el Parlamento europeo y hecho público el pasado enero de 2012 (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201201/20120130ATT36564/20120130ATT36564EN.pdf>) la resolución constata una serie de datos, algunos de los cuales pueden condicionar la adecuada aplicación de la norma, y efectúa algunas sugerencias para mejorar la protección del consumidor. Concluye que no es conveniente efectuar recomendaciones sobre la modificación de la norma antes de que la Comisión efectúe un informe de evaluación sobre su correcta aplicación y su impacto sobre la protección del consumidor y, en especial, a la vista de la crisis financiera y del nuevo marco jurídico de la Unión Europea para los servicios financieros.

La resolución señala que algunas disposiciones de la Directiva (*vgr.* artículo 5 sobre la información precontractual) no han logrado la armonización prevista, debido a las diferencias en la interpretación y aplicación por parte de los Estados miembros. Además, constata que la contratación transfronteriza de préstamos al consumo no ha aumentado (es inferior al 2%) lo que, en parte, podría explicarse, según indica la resolución, debido a una insuficiente información a los consumidores acerca de tal posibilidad y de los derechos que los asisten. La resolución también pone de relieve el riesgo que entrañan los préstamos en divisas extranjeras y pide que se amplíen las explicaciones personalizadas al consumidor sobre este aspecto, antes de la firma del contrato, especialmente para advertirle de consecuencias que pueden tener en las cuotas el aumento de los tipos de interés extranjeros. El documento se hace eco de las preocupaciones planteadas por algunos Estados miembros, que consideran que el documento europeo de información normalizada sobre crédito al consumo es tan técnico que no permite a los consumidores comprender su contenido. Se estima loable el control efectuado por la Comisión sobre los contenidos publicitarios de las páginas web de las entidades financieras (en el 70% faltaban datos), pero se añade que es importante mejorar los datos relativos al «ejemplo representativo» sobre el coste del crédito y que es necesario insistir en la represión de las prácticas comerciales desleales engañosas.

La resolución vuelve a poner el acento, como ya hiciera el Parlamento a lo largo de la tramitación de la Directiva 2008/48/CEE, en la necesidad de que las normas no impongan un exceso de información al consumidor, porque ello puede aportar más confusión que esclarecimiento al consumidor inexperto. Por ello se concede mayor importancia a la asistencia y la educación financiera proporcionada por las asociaciones de consumidores, que pueden tener un papel muy importante en la reestructuración del crédito en nombre de las familias en dificultades. Sin embargo, se solicitan mejoras en el apartado relativo a la información sobre el coste de los servicios accesorios, sobre su carácter necesario para obtener el crédito, y sobre el derecho de los consumidores a obtenerlos de otros proveedores distintos. Además, se pide un mayor control sobre la información que proporcionan los intermediarios de crédito. El Parlamento también cree que merecen una atención particular las complicadas disposiciones sobre el reembolso anticipado y pone el acento en la necesidad de examinar más atentamente las dificultades que pueden plantearse en el ejercicio del derecho de desistimiento en el caso de los contratos de crédito vinculados. En especial, subraya la importancia de sensibilizar a los consumidores con respecto al hecho de que, en caso de que ejerzan el derecho de desistimiento de un contrato en el que el proveedor o prestador del servicio recibe directamente del proveedor de crédito el importe correspondiente al pago a través de un contrato accesorio, los consumidores no tienen obligación de asumir ningún tipo de honorarios, comisiones o costes en relación con el servicio financiero prestado. Además, la resolución hace hincapié en que debe garantizarse un cálculo uniforme de la tasa anual equivalente y despejarse las ambigüedades.

El Parlamento también pide a los Estados miembros que amplíen el actual nivel de protección de los consumidores con respecto al crédito, incluyendo el crédito a corto plazo, a través de Internet, de servicios de mensajes cortos u otros medios de comunicación a distancia, que se están convirtiendo en una característica cada vez más común del mercado del crédito al consumo, por montos por debajo del umbral inferior de 200 EUR, actualmente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

III. Derechos Reales en la Unión Europea

HÉCTOR SIMÓN MORENO*

1. Legislación

La Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31 de marzo de 2011 [COM (2011) 142 final] sigue su curso en el seno de las instituciones europeas. El Comisario Michel Barnier anunciaba el pasado 22 de abril de 2013 un acuerdo entre la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo, luego ratificado el 2 de mayo de 2013, que es cuando se hizo público el texto acordado entre el Consejo y el Parlamento (8895/13). Del texto publicado podemos destacar lo siguiente:

a) Se trata de una Directiva de mínimos, es decir, los Estados miembros podrían incrementar el nivel de protección de los consumidores previsto en la Directiva con algunas excepciones (por ejemplo, no podrían modificar lo relativo a la provisión de información precontractual a través de la SEIS o Standardised European Information Sheet).

b) Se amplían los casos que quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, por ejemplo si el préstamo hipotecario se concede de forma gratuita (sin intereses).

c) Se prevé expresamente la obligación de los Estados miembros de promover la educación de los consumidores en esta materia (art. 4 a).

d) Se mantienen las obligaciones de información precontractual previstas en el redactado original de la Directiva (arts. 7 ss.).

e) Se prohíben como norma general, salvo excepciones, las denominadas *tying practices* o prácticas de vinculación (art. 8a).

f) Se mantiene la obligación del prestamista de denegar el crédito si el análisis de la solvencia del consumidor es negativo (art. 14.2 a)

g) Se introduce un artículo destinado a paliar las consecuencias negativas de las ejecuciones hipotecarias. De esta manera, los Estados miembros tendrían que adoptar medidas tendentes a que el acreedor hipotecario negociase una solución con el deudor antes de iniciar el procedimiento de ejecución (art. 18 c 1), a que dicho acreedor no impusiera sanciones excesivas a los deudores en el momento del incumplimiento (por ejemplo, unos intereses de demora excesivos, artículo 18 c 2), y a facilitar que el deudor pudiera satisfacer la deuda pendiente una vez finalizado el procedimiento de ejecución (art. 18.4.2).

El debate de este texto en el pleno del Parlamento Europeo está programado para septiembre de 2013.

Otra norma de interés aprobada durante este período es el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOL 20 diciembre 2012, núm. 351, p. 1). Esta norma entrará en vigor el 10 de enero de 2015 y derogará el Reglamento 44/2001 (art. 81). En lo que concierne a los derechos reales, el Reglamento 1215/2012 no introduce modificaciones relevantes, de

* Investigador Postdoctoral de Derecho Civil (Universidad Rovira i Virgili).

tal manera que serán competentes en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito (art. 24.1, *cfr.* artículo 22.1 Reglamento 44/2001).

2. Grupos y Proyectos de investigación

2.1 Proyecto EUFides

En la crónica anterior hacíamos referencia al proyecto EUFides, auspiciado por el Consejo del Notariado de la Unión Europea (CNUE, <http://www.cnue.be/>). El éxito de este proyecto ha animado al Notariado español (<http://www.notariado.org/>) a estudiar la puesta en marcha del proyecto IBERfides, un sistema de colaboración para la circulación y el intercambio de copias de escrituras y documentos públicos notariales entre los notariados iberoamericanos y europeos. Este proyecto pretende impulsar los negocios en Europa con efectos en América y viceversa, garantizando la seguridad jurídica requerida por cada ordenamiento nacional. El funcionamiento previsto de IBERfides sería el siguiente: los intervinientes acudirían al notario que hubieran elegido en su país, quien, una vez conocida su voluntad, localizaría a un notario del Estado donde se encontrase el bien inmueble. Este notario informaría al notario que asiste a las partes de la legislación aplicable al acto que se quiera formalizar en escritura pública (por ejemplo, la compraventa de un bien inmueble), y le enviaría a continuación un borrador de ésta. Una vez aprobada y firmada la escritura pública por ambas partes, el notario del país donde radica el bien inmueble se encargaría de inscribir la escritura en el Registro de la Propiedad. Por lo tanto, este sistema de colaboración pretende facilitar el tráfico jurídico inmobiliario transfronterizo, así como facilitar las transmisiones hereditarias o la creación de sociedades comerciales transfronterizas.

2.2 EULIS

El Proyecto EULIS (*European Land Information Service*, <http://eulis.eu>), cuyo principal objetivo es la creación de un portal web que ofrezca una amplia información sobre el Registro de la Propiedad, la cartografía y el catastro en toda Europa (enlace a los sitios web nacionales, personas de contacto, etc.) mantuvo una reunión el pasado mes de noviembre con el *Working Party e-Justice* de la Unión europea (sobre él, *vid.* <http://europeanjusticeforum.org/faq/glossary/e-justice.html>). Este grupo pretende facilitar el acceso a todo el sistema europeo de Justicia (sitios web y servicios de información europeos y nacionales). En esta reunión se discutió la integración del EULIS-service en el portal eJustice, lo que fue aprobado posteriormente en el Meeting Anual del grupo EULIS el pasado mes de marzo. Además, cabe destacar que la República de Macedonia se ha incorporado al proyecto EULIS durante este período, con lo que los países participantes en el proyecto ascienden a un total de 10 en la actualidad (Austria, Irlanda, Lituania, Holanda, España y Suecia como Estados miembros con plena conectividad a la plataforma EULIS, e Inglaterra y Gales, Finlandia, Macedonia y Escocia como miembros no conectados todavía o conectados parcialmente).

2.3 Runder Tisch

El grupo de la *Runder Tisch*, que estudia el derecho real de hipoteca en 22 legislaciones europeas, ha celebrado su Workshop XIV en la sede de la

Verband deutscher Pfandbriefbanken (impulsora del grupo, <http://www.pfandbrief.de>) durante el mes de abril de 2013. El grupo ha analizado de nuevo los cuestionarios de cada país participante en relación con el comportamiento del derecho real de hipoteca en sus sistemas hipotecarios, que se verán reflejados en una futura publicación.

3. Publicaciones

El Prof. Ulrich Drobniig coordina la obra *Proprietary Security in Movable Assets*, auspiciada por el *Study Group on a European Civil Code* (Sellier y Oxford University Press). Este libro es un nuevo volumen de la serie *Principles of European Law* y su publicación está prevista para julio de 2013. El grupo de investigación ha asumido la tarea de redactar principios europeos comunes tanto de los aspectos más importantes del derecho de obligaciones como de ciertas partes del derecho de propiedad sobre bienes muebles. La búsqueda de principios comunes en estos ámbitos es especialmente relevante para el óptimo funcionamiento del mercado interior.

El autor de la presente crónica ha publicado el artículo «The Eurohypothec: A perspective from Spanish law» (*European Property Law Journal*, vol. 1, 2, pp. 191–231), en el que se analiza en qué medida la eurohipoteca, una hipoteca ideal que destaca por su «accesoriedad contractual» respecto a la obligación garantizada y por ser concebida como un «activo» utilizable y disponible por el hipotecante, puede ayudar a optimizar la hipoteca española.

4. Jurisprudencia

STJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C 415/11). Es contrario a la Directiva 1993/13 que el deudor no pueda formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, y, al mismo tiempo, que el juez competente que conozca del proceso declarativo no pueda apreciar el carácter abusivo de esa cláusula y adoptar medidas cautelares, y, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria. La segunda cuestión planteada requiere al TJUE que se pronuncie sobre el concepto de desproporción respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado, fijación de intereses de demora y fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables. El TJUE da unas pautas de interpretación al juez español, que delega por lo tanto la posible declaración de nulidad de las cláusulas al legislador nacional. Esta sentencia ha provocado cambios legales. La Ley 1/2013 prevé la posibilidad de que el juez pueda analizar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas, previa audiencia de las partes (arts. 552 y 557 LEC) e introduce una nueva causa de oposición en el artículo 695 LEC («El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible»). Véase la crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a cargo de Lidia Arnau.

Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Catarroja (España) de 26 de noviembre de 2012 (Asunto C-537/12). La petición que formula el juez que conoce del procedimiento de ejecución hipotecaria plantea si la Directiva 1993/13 «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normati-

va nacional que impide a un órgano jurisdiccional, que conoce de un proceso de ejecución hipotecaria como el regulado en los artículos 681 a 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España 1/2000, examinar tanto de oficio como a instancia de parte, el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, tanto si éste ha formulado oposición como si no lo ha hecho».

Petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský súd v Prešove (Eslovaquia) el 23 de enero de 2013 (Asunto C-34/13). En ella se plantea si deben interpretarse la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas, y la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales, a la luz del artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que es contraria a las mismas la normativa nacional que permite al acreedor, sin que un juez valore las cláusulas contractuales, exigir la prestación derivada de cláusulas contractuales abusivas y, por consiguiente, proceder a la ejecución del bien inmueble, propiedad del consumidor y entregado en garantía, pese a que las partes discrepen sobre si se trata de cláusulas contractuales abusivas.

Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 16 de abril de 2013 (Asuntos acumulados C-105/12, C-106/12 y C-107/12). De acuerdo con el Abogado General, el régimen de un Estado miembro que establezca que las acciones de un gestor de red de distribución sólo puedan ser transmitidas a organismos públicos y a determinadas sociedades participadas en un 100 % por autoridades públicas (lo que constituye por lo tanto una prohibición de privatización de los gestores de redes de distribución), constituye un régimen de la propiedad en el sentido del artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros»), con lo que esta normativa es compatible con el Derecho de la Unión Europea.

IV. Derecho de Familia en la Unión Europea

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges/*Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Intersentia 2013, ISBN 978-1-78068-152-8

La Comisión Europea de Derecho de familia (CEFL) es una organización científica que agrupa a juristas que representan a 28 sistemas jurídicos europeos. Su principal finalidad es la formulación de Principios europeos relativos a distintos sectores del Derecho de familia que podrían inspirar una eventual armonización del Derecho de familia en Europa. Con ello se preten-

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

de demostrar que el Derecho de familia no es un sector jurídico especial que por sus especiales vínculos con la cultura y la idiosincrasia no es susceptible de ser armonizado.

La Comisión publicó en 2004 y 2007 Principios relativos al divorcio y las obligaciones de alimentos entre cónyuges divorciados y en materia de responsabilidad parental. Tras una prolongada preparación, que se explica por la complejidad técnica de la materia, la Comisión presenta ahora en 2013 los Principios Europeos relativos a las relaciones patrimoniales. Dichos Principios se publican en la Editorial Intersentia dentro de la colección sobre Derecho de familia europeo auspiciada por el Comité organizador de la Comisión [que bajo la dirección de la Profesora de la Universidad de Utrecht, Katharina Boele-Woelki reúne a los Profesores Frédérique Ferrand (Lyon), Maarit Jänträ-Jareborg (Uppsala), Nigel Lowe (Cardiff), Dieter Martiny (Frankfurt Oder), Walter Pintens (Leuven) y Cristina González Beilfuss (Barcelona)]. Los Principios se presentarán y debatirán asimismo en la quinta Conferencia europea sobre Derecho de Familia que tendrá lugar en Bonn a finales de agosto de 2013.

Los Principios se conciben y adoptan simultáneamente en inglés, francés y alemán. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que forman un todo con el estudio de Derecho comparado y las referencias a instrumentos internacionales que acompañan a cada uno de ellos, así como que su adecuada comprensión requiere la lectura de los Comentarios. Todos estos elementos se redactan y publican en inglés.

A fin de facilitar el conocimiento de los Principios se han elaborado traducciones al sueco, neerlandés y español. Presentamos aquí la traducción española. Como se verá, los Principios constan de un Preámbulo y tres Capítulos. El Preámbulo resalta la vinculación entre la armonización del Derecho de familia sustantivo y la libre circulación de personas así como el deseo de contribuir a la igualdad entre los cónyuges.

El primer Capítulo contiene nueve Principios aplicables sea cual sea el régimen económico matrimonial de los cónyuges. Destaca la especial relevancia que se concede a la protección de la vivienda familiar, incluso cuando se trata de una vivienda arrendada, así como al deber de información. El cónyuge está obligado a informar al otro cónyuge acerca de su patrimonio y sobre actos de administración importantes en la medida necesaria para permitirle ejercer sus derechos.

El segundo capítulo se dedica a la autonomía de la voluntad y recoge la posibilidad de que los cónyuges estipulen mediante acuerdo su régimen económico matrimonial antes de la celebración de las nupcias y durante el matrimonio. Dicho acuerdo requiere la intervención de un notario o profesional que ejerza funciones equivalentes. Dicho profesional ha de asesorar imparcialmente a cada uno de los cónyuges de forma separada, asegurar que cada uno de los cónyuges entiende las consecuencias jurídicas de las capitulaciones matrimoniales y que ambos cónyuges prestan libremente su consentimiento a las capitulaciones. Se exige asimismo que cada uno de los otorgantes revele la composición de su patrimonio. Ha de destacarse que en casos de especial onerosidad, en función de las circunstancias que rodearon el otorgamiento de las capitulaciones u otras que hubieren sobrevenido, la autoridad competente está habilitada para descartar o adaptar lo acordado.

Las secciones primera y segunda del tercer capítulo establecen respectivamente un régimen económico matrimonial supletorio, la participación en las ganancias y la comunidad de gananciales. Tras un largo debate tanto en el

seno del Comité organizador como en el Grupo de expertos que se reunió a tal efecto en Sigtuna (Suecia) se llegó a la conclusión de que no resulta ni posible ni aconsejable que los Principios recojan únicamente un régimen supletorio, pues en la tradición europea están ampliamente representados, tanto sistemas que establecen que tras la celebración del matrimonio se crea un patrimonio común entre los cónyuges, como otros que durante el matrimonio mantienen la separación de bienes, pero tras la disolución establecen un mecanismo compensatorio que permite a los cónyuges participar en las respectivas ganancias. No se consideró ni factible ni imprescindible que la armonización del Derecho material en este sector pase por un cambio radical del régimen económico matrimonial supletorio. Corresponderá por tanto al legislador que quiera inspirarse en los Principios decantarse por uno u otro.

Texto en español

PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE FAMILIA RELATIVOS A LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE LOS CÓNYUGES

PREÁMBULO

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

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

Deseando contribuir a los valores comunes europeos relativos a la igualdad de los cónyuges; Deseando alcanzar un equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y su solidaridad recíproca, su autonomía como individuos y su comunidad matrimonial de intereses;

Deseando contribuir al bienestar de la familia;

Deseando asegurar la protección de la vivienda familiar;

Deseando garantizar a cada cónyuge una participación justa en el patrimonio adquirido durante el matrimonio;

Deseando contribuir a la armonización del Derecho de familia en Europa y reforzar los derechos de los ciudadanos;

La Comisión para el Derecho Europeo de Familia recomienda los siguientes Principios:

CAPÍTULO I: DERECHOS Y DEBERES GENERALES DE LOS CÓNYUGES

Principio 4:1 *Aplicación general*

Los Principios contenidos en este Capítulo se aplican sea cual sea el régimen económico matrimonial de los cónyuges.

Principio 4:2 *Igualdad de los cónyuges*

Los cónyuges tienen los mismos derechos y obligaciones.

Principio 4:3 *Capacidad jurídica de los cónyuges*

Sin perjuicio de lo que dispongan los siguientes Principios, cada cónyuge tiene plena capacidad jurídica y, puede, en particular, celebrar negocios jurídicos con el otro cónyuge y con terceras personas.

Principio 4:4 *Contribución a las necesidades de la familia*

(1) Los cónyuges han de contribuir a las necesidades de la familia de acuerdo con sus capacidades.

(2) La contribución a las necesidades de la familia comprende las contribuciones al mantenimiento del hogar, a las necesidades personales de los cónyuges y al mantenimiento y la educación de los hijos.

(3) Cuando un cónyuge incumpliere su obligación de contribuir a las necesidades de la familia, el otro cónyuge podrá solicitar a la autoridad competente que determine la cuantía de dicha contribución.

Principio 4:5 *Protección de la vivienda familiar y del ajuar doméstico*

(1) Todo acto de disposición de derechos relativos a la vivienda familiar y al ajuar doméstico requiere el consentimiento de ambos cónyuges.

(2) Un acto de disposición realizado por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro será válido si es confirmado por éste.

(3) Cuando un cónyuge rehusare otorgar su consentimiento o no estuviere en condiciones de otorgarlo, el otro cónyuge podrá solicitar autorización a la autoridad competente.

(4) Todo acto de disposición que vulnere lo dispuesto en los apartados precedentes puede ser anulado por la autoridad competente a solicitud del cónyuge que no ha consentido.

Principio 4:6 *Protección del arrendamiento relativo a la vivienda familiar*

(1) Aunque el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar hubiere sido concluido por únicamente uno de los cónyuges, incluso con anterioridad a la celebración del matrimonio, se entenderá que ambos cónyuges son parte del arrendamiento.

(2) Un cónyuge no puede rescindir o modificar el contrato de arrendamiento sin el consentimiento del otro.

(3) El arrendador ha de notificar la rescisión del contrato a cada uno de los cónyuges.

Principio 4:7 *Representación*

(1) Un cónyuge puede otorgar mandato al otro para que le represente en actos jurídicos.

(2) Si un cónyuge no estuviere en condiciones de manifestar su voluntad, la autoridad competente podrá autorizar al otro cónyuge

(a) a actuar por sí solo en aquellos casos en los que el consentimiento del otro cónyuge fuere necesario;

(b) a representar a su cónyuge en aquellos casos en que éste tenga la facultad de actuar por sí solo.

Principio 4:8 *Obligación de informar*

El cónyuge está obligado a informar al otro cónyuge acerca de su patrimonio así como sobre actos de administración importantes en la medida necesaria para permitirle ejercer sus derechos.

Principio 4:9 *Libertad para concluir capitulaciones matrimoniales*

Los cónyuges son libres de concluir capitulaciones matrimoniales acerca de sus relaciones patrimoniales.

CAPÍTULO II: CAPITULACIONES MATRIMONIALES ACERCA DE LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE LOS CÓNYUGES

Principio 4:10 *Concepto*

(1) Los futuros cónyuges pueden otorgar capitulaciones estipulando su régimen económico matrimonial antes de la celebración del matrimonio.

(2) Durante el matrimonio los cónyuges pueden modificar su régimen económico matrimonial o cambiar de régimen.

Principio 4:11 *Requisitos formales*

Las capitulaciones matrimoniales acerca de las relaciones patrimoniales de los cónyuges deben ser concluidas ante un notario u otro profesional jurídico que ejerza funciones equivalentes, llevar fecha y ser firmadas por ambos cónyuges.

Principio 4:12 *Revelación del patrimonio*

Cuando los cónyuges celebren capitulaciones matrimoniales estarán recíprocamente obligados a revelar al otro cónyuge la composición de su patrimonio.

Principio 4:13 *Obligaciones del notario u otro profesional jurídico que ejerza funciones equivalentes*

El notario o profesional que ejerza funciones equivalentes debe

(a) asesorar imparcialmente a cada uno de los cónyuges de forma separada,

(b) asegurar que cada uno de los cónyuges entiende las consecuencias jurídicas de las capitulaciones matrimoniales, y

(c) asegurar que ambos cónyuges prestan libremente su consentimiento a las capitulaciones.

Principio 4:14 *Efectos frente a terceros*

Las capitulaciones matrimoniales acerca de las relaciones patrimoniales de los cónyuges son oponibles a terceros, si en el momento de la conclusión del negocio con uno de los cónyuges

(a) dicha información estuviere contenida en un documento público; o

(b) los terceros tuvieren conocimiento de las cláusulas pertinentes de las capitulaciones.

Principio 4:15 *Excepcional onerosidad*

En caso de excepcional onerosidad, habida cuenta de las circunstancias en las que se concluyeren las capitulaciones o de las que se produjeran posteriormente, la autoridad competente podrá descartar o adaptar las capitulaciones matrimoniales.

CAPÍTULO III: RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

SECCIÓN A: PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS

Principio 4:16 *Aplicabilidad del régimen de participación en las ganancias*

El régimen de participación en las ganancias se aplica si los cónyuges no han concluido capitulaciones matrimoniales conforme al Capítulo II.

Principio 4:17 *Concepto de participación en las ganancias*

(1) La participación en las ganancias es un régimen económico matrimonial durante cuya duración cada uno de los cónyuges es propietario de su patrimonio.

(2) El patrimonio de cada uno de los cónyuges comprende las ganancias y los bienes reservados.

(3) En el momento de disolución del régimen cada cónyuge participa en las ganancias obtenidas por el otro conforme al Principio 4:31.

Principio 4:18 *Ganancias*

(1) Las ganancias comprenden los bienes adquiridos durante el régimen que no son bienes reservados. En particular, las ganancias incluyen

(a) los ingresos y rentas de cada cónyuge tanto derivados de salarios como de su patrimonio;

(b) los bienes adquiridos mediante dichos ingresos y rentas.

(2) Se presume que los bienes son ganancias salvo prueba en contrario.

Principio 4:19 *Propiedad reservada*

La propiedad reservada comprende

(a) los bienes adquiridos con anterioridad al inicio del régimen;

(b) las donaciones, herencias y legados adquiridos durante el régimen;

(c) los bienes adquiridos en sustitución de bienes reservados;

(d) los bienes que son de naturaleza personal;

(e) los bienes exclusivamente adquiridos para la profesión de un cónyuge;

(f) las plusvalías de los bienes comprendidos en (a) a (e).

Principio 4:20 *Presunción de pro indiviso*

Salvo prueba en contrario se presume que los bienes pertenecen en pro indiviso ordinario a ambos cónyuges.

DEUDAS

Principio 4:21 *Deudas personales*

Las deudas suscritas por un cónyuge son de carácter personal.

Principio 4:22 *Recobro de deudas personales*

De las deudas personales responden las ganancias y la propiedad reservada del cónyuge deudor.

ADMINISTRACIÓN

Principio 4:23 *Administración de bienes*

Sin perjuicio de los Principios 4:6 y 4:7, a cada cónyuge le corresponde la administración independiente de sus bienes.

DISOLUCIÓN

Principio 4:24 *Causas de disolución*

El régimen de participación en las ganancias se disuelve por

- (a) el fallecimiento de uno de los cónyuges;
- (b) la anulación del matrimonio, el divorcio o la separación legal;
- (c) la estipulación de un régimen económico matrimonial distinto mediante capitulaciones entre los cónyuges; o
- (d) la decisión de la autoridad competente fundada en causa grave.

Principio 4:25 *Fecha de la disolución*

La disolución de la participación en las ganancias tiene efecto

- (a) en la fecha del fallecimiento de uno de los cónyuges;
- (b) en caso de anulación del matrimonio, divorcio o separación legal en la fecha de la demanda;
- (c) en caso de capitulaciones estipulando un régimen económico matrimonial distinto, en la fecha del cambio; y
- (d) en caso de decisión de la autoridad competente, en la fecha de la demanda.

LIQUIDACIÓN

Principio 4:26 *Determinación y valoración de las ganancias*

- (1) Las ganancias de cada uno de los cónyuges se determinan en la fecha de disolución del régimen establecida en el Principio 4:25.
- (2) Las ganancias se valoran en la fecha de liquidación del régimen.

Principio 4:27 *Actos perjudiciales*

Al calcular las ganancias de cada cónyuge se tendrán en cuenta

- (a) las donaciones excesivas;
- (b) la disipación de bienes;
- (c) otros actos que hayan intencionadamente disminuido el valor de las ganancias en perjuicio del otro cónyuge.

Principio 4:28 *Compensación*

- (1) Se hará compensación a las ganancias de un cónyuge por contribuciones a cargo de las mismas en beneficio de sus bienes reservados.
- (2) Se hará compensación a los bienes reservados de un cónyuge por contribuciones a cargo de los mismos en beneficio de sus ganancias.
- (3) Las obligaciones gravan el patrimonio respecto al cual han sido contraídas. En caso de duda se presume que gravan las ganancias.
- (4) En los supuestos de adquisición, mejora o conservación de un bien se tendrá en cuenta en el cálculo de la compensación el incremento o disminución de valor del bien resultante de dicha inversión.
- (5) La compensación se pagará en metálico, salvo acuerdo en contrario.

PARTICIPACIÓN

Principio 4:29 *Convenio sobre la participación*

Los cónyuges pueden concluir un convenio sobre la participación en las ganancias.

Principio 4:30 *Adjudicación de la vivienda familiar y del ajuar doméstico*

La autoridad competente puede adjudicar, en interés de la familia y mediando el pago de una compensación, la vivienda familiar y el ajuar doméstico a uno de los cónyuges.

Principio 4:31 *Participación igual en las ganancias netas*

(1) Si las ganancias netas de un cónyuge exceden el valor de las del otro, éste participa en el excedente por mitad.

(2) Las ganancias netas equivalen al valor de las ganancias una vez deducidas las deudas.

(3) Las pérdidas sufridas por un cónyuge, que excedan a sus ganancias en la fecha de disolución, no se comparten con el otro cónyuge.

(4) El crédito de participación es un crédito monetario, salvo acuerdo en contrario de los cónyuges.

(5) A solicitud del cónyuge deudor y mediando causa grave la autoridad competente puede autorizar el aplazamiento del pago o el pago a plazos.

Principio 4:32 *Adaptaciones por la autoridad competente*

En caso de excepcional onerosidad la autoridad competente puede

(a) adaptar la participación;

(b) descartar o modificar cualquier convenio concluido entre los cónyuges en virtud del Principio 4:29.

SECCIÓN B: COMUNIDAD DE GANANCIALES

Principio 4:33 *Aplicabilidad de la comunidad de gananciales*

La comunidad de gananciales se aplica si los cónyuges no han concluido capitulaciones en contrario conforme al Capítulo II.

CONCEPTOS

Principio 4:34 *Concepto de la comunidad de gananciales*

(1) La comunidad de gananciales es un régimen económico matrimonial que comprende el patrimonio común y el patrimonio privativo.

(2) El patrimonio común es el patrimonio adquirido durante la comunidad de gananciales y que no es patrimonio privativo.

(3) El patrimonio privativo es el patrimonio propio de cada cónyuge.

Principio 4:35 *La comunidad*

(1) La comunidad comprende todo bien mueble o inmueble adquirido durante el régimen que no pertenece al patrimonio privativo de uno de los cónyuges.

(2) En particular la comunidad comprende:

- (a) los ingresos y rentas derivados bien de la actividad profesional de los cónyuges bien de su patrimonio común o privativo;
- (b) los bienes adquiridos conjunta o individualmente por los cónyuges durante la comunidad de gananciales mediante los ingresos y rentas de los cónyuges;
- (c) las donaciones o legados a ambos cónyuges o a uno de ellos con la condición de que pertenezca a la comunidad.

Principio 4:36 Patrimonio privativo

El patrimonio privativo comprende:

- (a) los bienes adquiridos antes del inicio de la comunidad;
- (b) las donaciones, herencias y legados recibidos durante el régimen;
- (c) los bienes adquiridos por sustitución, inversión o reinversión de acuerdo con los Principios 4:37 y 4:38;
- (d) bienes de naturaleza personal, adquiridos durante el régimen;
- (e) bienes exclusivamente adquiridos para la profesión de un cónyuge.

Principio 4:37 Sustitución

- (1) Todo bien que sustituya a un bien privativo sin pago adicional ha de considerarse bien privativo.
- (2) Todo bien que sustituya un bien privativo con pago adicional ha de considerarse bien privativo salvo que el pago adicional a cargo de la comunidad sea igual o superior al valor del bien sustituido.
- (3) En caso de pago adicional a cargo de uno de los patrimonios se deberá compensación al otro.

Principio 4:38 Inversión o reinversión

- (1) Todo bien adquirido únicamente mediante la inversión o reinversión de bienes privativos ha de considerarse un bien privativo.
- (2) Todo bien adquirido parcialmente mediante la inversión o reinversión de bienes privativos y parcialmente mediante bienes gananciales pertenece al patrimonio privativo salvo que el pago a cargo de la comunidad iguale o supere el valor de la inversión o reinversión.
- (3) En caso de inversión o reinversión adicional a cargo de uno de los patrimonios se deberá compensación al otro.

Principio 4:39 Presunción de bienes gananciales

Se presume que los bienes son gananciales salvo que se pruebe que son bienes privativos conforme a los Principios 4:35 a 4:38.

DEUDAS

Principio 4:40 Deudas gananciales

Son deudas gananciales

- (a) las deudas contraídas conjuntamente por los cónyuges;
- (b) las deudas contraídas por uno de los cónyuges para satisfacer necesidades apropiadas de la familia;
- (c) las deudas de alimentos respecto a niños;

- (d) las deudas contraídas por uno de los cónyuges para el uso o administración de bienes gananciales o en interés de la comunidad;
- (e) las deudas relativas a las actividades profesionales de uno de los cónyuges;
- (f) las deudas relativas a donaciones o legados pertenecientes a la comunidad;
- (g) las deudas respecto a las cuales no se haya probado que sean de naturaleza privativa.

Principio 4:41 *Deudas privativas*

Son deudas privativas de uno de los cónyuges:

- (a) las deudas contraídas antes del inicio de la comunidad de gananciales;
- (b) las deudas relativas a donaciones, herencias y legados recibidos por uno de los cónyuges durante el régimen;
- (c) las deudas relativas al patrimonio privativo;
- (d) las deudas privativas por su naturaleza;
- (e) las deudas contraídas sin el necesario consentimiento del otro cónyuge.

Principio 4:42 *Recobro de las deudas gananciales*

- (1) Respecto a las deudas gananciales responde la comunidad y el patrimonio privativo del cónyuge que contrajo la deuda.
- (2) Si los cónyuges son deudores solidarios también responde de la deuda el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges.

Principio 4:43 *Recobro de las deudas privativas*

- (1) De las deudas privativas de uno de los cónyuges responden
 - (a) el patrimonio privativo del cónyuge deudor;
 - (b) los ingresos y rentas del cónyuge deudor;
 - (c) los bienes gananciales en la medida de su confusión con los bienes privativos del cónyuge deudor.
- (2) De las deudas privativas resultantes de un ilícito civil o penal responde también la mitad del valor neto de la comunidad, si el patrimonio privativo del cónyuge deudor, sus ingresos y rentas resultaren insuficientes para el pago.

ADMINISTRACIÓN

Principio 4:44 *Administración de la comunidad*

- (1) Cada uno de los cónyuges tiene derecho a administrar los bienes gananciales por sí solo pero los actos importantes requieren una administración conjunta.
- (2) Si un cónyuge rehusare prestar su consentimiento a un acto que requiere una administración conjunta, el otro cónyuge podrá solicitar a la autoridad competente autorización para realizar el acto por sí solo.

Principio 4:45 Actos que requieren una administración conjunta

Conforme a los Principios 4:4 a 4:8 y teniendo en cuenta las circunstancias económicas de los cónyuges los actos que requieren una administración conjunta incluyen, en particular, los siguientes:

- (a) la adquisición, alienación e hipoteca de bienes inmuebles;
- (b) la conclusión de contratos de préstamo, garantía y seguros de valor significativo;
- (c) las donaciones significativas.

Principio 4:46 Anulación de actos de administración

Los actos que requieren una administración conjunta pueden ser anulados por el cónyuge que no ha prestado su consentimiento al acto.

Principio 4:47 Administración del patrimonio privativo

Sin perjuicio de los Principios 4:6 y 4:7 cada uno de los cónyuges tiene la potestad de administrar por sí mismo sus bienes privativos.

Principio 4:48 Privación del derecho a administrar la comunidad

(1) A solicitud de uno de los cónyuges la autoridad competente puede privar al otro cónyuge del derecho a administrar total o parcialmente la comunidad por causa

- (a) de incapacidad para manifestar su voluntad;
- (b) de graves faltas de administración; o
- (c) de una violación grave del deber de información conforme al Principio 4:8.

(2) En la medida en que uno de los cónyuges haya sido privado del derecho a administrar la comunidad, el otro cónyuge tendrá la potestad de administrar la comunidad por sí mismo.

(3) A solicitud de cualquiera de los cónyuges la autoridad competente puede reinstaurar al cónyuge en su derecho de administración.

DISOLUCIÓN**Principio 4:49 Causas de disolución**

La comunidad de gananciales se disuelve por

- (a) el fallecimiento de uno cónyuges;
- (b) la anulación del matrimonio, el divorcio o la separación legal;
- (c) la estipulación de un régimen económico matrimonial distinto mediante capitulaciones entre los cónyuges; o
- (d) la decisión de la autoridad competente ordenando la separación de bienes por causa grave.

Principio 4:50 Fecha de la disolución

La disolución de la comunidad de gananciales tiene efecto

- (a) en la fecha del fallecimiento de uno de los cónyuges;
- (b) en caso de anulación del matrimonio, divorcio o separación legal, respecto a los cónyuges, en la fecha de la demanda o, si los cónyuges se sepa-

raron con anterioridad, en la fecha de su separación, y respecto a terceras personas, en la fecha de registro de la autoridad competente;

(c) en caso de capitulaciones estipulando un régimen matrimonial distinto, respecto a los cónyuges en la fecha del cambio, y respecto a terceras personas, en la fecha de publicación del convenio;

(d) en caso de separación de bienes ordenada por la autoridad competente, respecto a los cónyuges en la fecha de la demanda, y respecto a terceras personas, en la fecha de publicación de la demanda.

Principio 4:51 *Administración tras la disolución*

Tras la disolución de la comunidad de gananciales la administración se rige por las reglas ordinarias sobre la comunidad pro indiviso.

LIQUIDACIÓN

Principio 4:52 *Determinación y valoración de los bienes gananciales*

(1) Los bienes gananciales se determinan en la fecha de disolución de la comunidad de gananciales establecida en el Principio 4:50.

(2) Los bienes gananciales se valoran en la fecha de distribución.

Principio 4:53 *Compensación*

(1) Se hará compensación a la comunidad por las contribuciones en beneficio del patrimonio privativo de un cónyuge.

(2) Se hará compensación al patrimonio privativo de uno de los cónyuges por las contribuciones en beneficio de la comunidad.

(3) En los supuestos de adquisición, mejora o conservación de un bien se tendrá en cuenta en el cálculo de la compensación el incremento o disminución de valor del bien resultante de dicha inversión.

(4) La compensación se pagará en metálico, salvo acuerdo en contrario.

Principio 4:54 *Rango de las deudas de la comunidad*

Las deudas de la comunidad y los derechos de compensación tienen el mismo rango.

DISTRIBUCIÓN

Principio 4:55 *Convenio sobre la distribución*

Los cónyuges pueden concluir un convenio sobre la distribución de los bienes gananciales.

Principio 4:56 *Adjudicación de la vivienda familiar, el ajuar doméstico y los bienes profesionales*

Cuando se pronuncie sobre la distribución de los bienes gananciales la autoridad competente puede, en interés de la familia y mediando el pago de la compensación, adjudicar a uno de los cónyuges

- (a) la vivienda familiar y el ajuar doméstico;
- (b) los bienes profesionales.

Principio 4:57 *Distribución igual y adaptaciones*

(1) Los bienes gananciales han de distribuirse de forma igual entre los cónyuges.

(2) En caso de excepcional onerosidad la autoridad competente puede

(a) adaptar la distribución;

(b) descartar o modificar cualquier convenio concluido entre los cónyuges conforme al Principio 4:55.

Principio 4:58 *Recobro de las deudas de la comunidad con posterioridad a la distribución de la comunidad*

(1) Con posterioridad a la distribución de los bienes gananciales responde de las deudas de la comunidad la cuota de bienes gananciales de cada cónyuge y el patrimonio privativo del cónyuge que contrajo la deuda.

(2) El cónyuge que paga una deuda de la comunidad con posterioridad a la distribución de los bienes gananciales dispone de una acción de resarcimiento de la mitad del pago frente al otro cónyuge.

V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea

ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ*

I. REGLAMENTOS

Reglamento (UE) N.º 346/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2013 sobre los fondos de emprendimiento social europeos (DOUE L 115 de 25 de abril de 2013)

Cada vez existen más inversores en el ámbito de la UE que no se limitan a buscar una rentabilidad financiera, sino que persiguen también objetivos de carácter social por lo que en la Unión ha ido surgiendo un mercado de inversión social compuesto en parte por fondos de inversión que invierten en empresas sociales. La actividad de dichos fondos de inversión consiste en proporcionar financiación a las empresas sociales que impulsan el progreso ofreciendo soluciones innovadoras a problemas sociales como por ejemplo contribuyendo a hacer frente a las consecuencias sociales de la crisis financiera.

El Reglamento 346/2013 se inscribe en el marco de la iniciativa a favor del emprendimiento social presentada por la Comisión en su comunicación de 25 de octubre de 2011 titulada «*Iniciativa a favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales*».

Se sostiene en el Reglamento que resulta necesario establecer un marco reglamentario común sobre el uso de la designación de fondo de emprendimiento social europeo admisible (FESE) que regule, entre otras

* Profesora Agregada Interina de Derecho Civil (Universidad Autónoma de Barcelona).

cosas, la composición de la cartera de los fondos que ejerzan su actividad con esa designación, los destinatarios de sus inversiones, los instrumentos de inversión que puedan emplear y las categorías de inversiones admisibles para invertir en tales fondos, mediante normas uniformes en la Unión.

Entre otras cuestiones, interesa especialmente a efectos del derecho europeo antidiscriminación el artículo 10 del presente Reglamento. En efecto, en él se establece que los gestores de fondos de emprendimiento social europeos admisibles emplearán mecanismos para determinar en qué medida las empresas en cartera admisibles en las que invierte el fondo alcanzan el impacto social positivo que se hayan comprometido a generar.

Así, los procedimientos antedichos deberán analizar el empleo y el mercado laboral, las normas y los derechos en materia de calidad del trabajo, la inclusión social y la protección de determinados grupos, la igualdad de trato y oportunidades, la no discriminación, la salud y la seguridad públicas, el acceso a los sistemas de protección social, salud y educación y los efectos en los mismos.

Debe destacarse la mención a la inclusión social y protección de determinados grupos en la medida en que se establece como criterio la protección de grupos desfavorecidos por ejemplo por motivos de etnia, nacionalidad, sexo,... o, incluso, grupos afectados por una discriminación basada en varios de dichos motivos. Además se hace referencia expresa a la necesidad de que las empresas en cartera respeten la igualdad de trato y de oportunidades así como garanticen la no existencia de discriminación en su actividad.

II. DECISIONES

Decisión N.º 252/2013/UE del Consejo de 11 de marzo de 2013 por la que se establece un marco plurianual para el periodo 2013-2017 para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Decisión establece que, teniendo en cuenta los objetivos fundacionales de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a fin de permitir a la misma desempeñar correctamente sus funciones, deben fijarse los ámbitos temáticos precisos de su actividad en un marco plurianual con una duración de cinco años.

El artículo 2 de la Decisión determina como ámbitos temáticos de actuación de la Agencia el acceso a la justicia, las víctimas de delitos incluida su indemnización, la sociedad de la información y en particular el respeto de la intimidad y la protección de los datos de carácter personal, la integración de la población gitana, la cooperación judicial excepto en asuntos penales, los derechos del niño, la discriminación por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, la inmigración, el racismo, la xenofobia y la intolerancia a los mismos.

Sin embargo, la Agencia tratará las cuestiones relacionadas con la discriminación por motivos de sexo sólo como parte de su trabajo pero teniendo en cuenta que la recopilación de datos sobre la igualdad de sexos y discriminación por motivos de género corresponde al Instituto Europeo de la Igualdad de Género (art. 3.2 Decisión).

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE (Sala Tercera) de 28 de febrero 2013, Asunto C-427/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por la Hight Court (Irlanda) en el procedimiento contra Margaret Kenny, Nuala Condon, Eileen Norton, Ursula Ennis, Loretta Barret, Joan Healy, Kathleen Coyne, Sharon Fitzpatrick, Sandra Hennelly, Marian Troy, Antoinette Fitzpatrick, Helena Hatley y Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance y el Commissioner of An Garda Síochána.

El procedimiento tiene por objeto la interpretación del artículo 141 CE y de la Directiva 75/117/CEE del Consejo de 10 de febrero de 1975 relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores entre los trabajadores masculinos y femeninos. En la sentencia se analiza la existencia de discriminación salarial indirecta por razón de sexo. A este respecto el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que deberá tenerse en cuenta un conjunto de factores como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación o las condiciones laborales para determinar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que puede atribuirse el mismo valor y, por tanto se encuentran en una situación comparable (STJCE de 11 mayo 1999 (TJCE 1999, 101).

Cuando un grupo de trabajadores que no disponen de la misma habilitación o cualificación profesional para ejercer su profesión, debe verificarse si dichos grupos efectúan dicho trabajo tomando en cuenta los elementos relativos a la naturaleza de las tareas que pueden encomendarse a cada uno de dichos grupos de trabajadores, los requisitos de formación exigidos para su ejercicio y las condiciones laborales en que dichas tareas se efectúan.

En este procedimiento existe una diferencia salarial entre trabajadores de diferentes grupos y en la medida en que se trata de una posible discriminación indirecta por razón de sexo, es el empleador quien debe aportar una justificación objetiva de la diferencia de retribución apreciada entre los trabajadores que se consideran discriminados y las personas de referencia.

En relación al grupo de trabajadores a que debe referirse tal justificación debe decirse que si la retribución correspondiente a un grupo es sensiblemente inferior a la correspondiente al otro grupo de referencia y el primer grupo está ocupado mayoritariamente por mujeres y el segundo por hombres ello pone de relieve la existencia de una discriminación siempre y cuando las funciones que realicen sean equivalentes y los datos estadísticos válidos y no meramente fortuitos o meramente coyunturales.

Por otra parte, el interés por mantener unas buenas relaciones laborales puede ser tenido en cuenta por el tribunal nacional para apreciar si las diferencias son objetivas y responden al principio de proporcionalidad.

STJUE (Sala Primera) de 6 de noviembre de 2012 en el asunto C-286/12 que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 258 TFUE (RCL 2009, 2300), el 7 de junio de 2012, Comisión Europea contra Hungría.

Mediante el recurso la Comisión Europea solicita al Tribunal de Justicia que declare que Hungría ha incumplido las obligaciones que incumben en virtud de los artículos 2 y 6, apartado 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (LCEur 2000, 3383), relativa al estableci-

miento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación al adoptar un régimen nacional que obliga a cesar en su actividad a jueces, fiscales y notarios que han alcanzado la edad de 62 años y entraña una diferencia de trato por motivos de edad que no se justifica por objetivos legítimos y, en todo caso no tiene carácter adecuado y necesarios en relación con los objetivos perseguidos.

Los objetivos de la medida no aparecían en la normativa nacional pero Hungría alegó que éstos eran, por una parte, la uniformización, en las profesiones de la función pública del límite legal del cese obligatorio de la actividad para garantizar la viabilidad del sistema de pensiones, un elevado nivel de empleo y la mejora en la eficacia de la administración de justicia y por otra, el establecimiento de una estructura por edades más equilibrada. El Tribunal considera que dichos objetivos son legítimos.

En cuanto al carácter adecuado y necesario el Tribunal considera que se da el carácter adecuado de las medidas en relación al primer objetivo en la medida en que pretende si no eliminar, al menos reducir considerablemente la diversidad de los límites de la edad de cese obligatorio de la actividad profesional en el ámbito de la justicia.

Sin embargo, las medidas adoptadas exceden de lo necesario para alcanzar dicho profesión de objetivo pues los profesionales de justicia podían permanecer en su puesto hasta los setenta años y de forma abrupta y sin escalonamiento se eliminó dicha posibilidad sin que fuera posible que tomaran medidas para compensar la reducción del 30% de sus ingresos que supuso la medida. Por ello, Hungría ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 6 apartado 1 de la Directiva.

IV. INFORMES

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones elaborado en aplicación del artículo 25 del TFUE sobre el progreso hacia la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2011-2013

En el Informe se analiza la evolución de los avances en relación al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Se hace notar la existencia de una serie de procedimientos contra Estados miembros (Austria, Bélgica, Alemania, Grecia y Luxemburgo) para impugnar disposiciones nacionales que reservaban el acceso a la profesión de notario a los nacionales del Estado miembro en cuestión.

También se inició un procedimiento contra Austria por una normativa nacional que concedía tarifas de transporte público reducidas únicamente a los estudiantes cuyos padres percibían prestaciones familiares austríacas y otro contra Malta por una normativa nacional que impedía a los no nacionales acceder a tarifas reducidas de agua y electricidad en igualdad de condiciones que los nacionales.

Además, la Comisión ha dado orientaciones, directrices y/o medidas sobre no discriminación en el ámbito de acceso a las actividades o competiciones deportivas [SEC (2011) 66/2], impuestos sobre sucesiones transfronterizas [COM (2011) 864], sistema de viñetas para turismos y motocicletas no discriminatorios [COM (2011) 199], y de los destinatarios de servicios [COM (2012) 261, SWD (2012) 146].

Finalmente, está en marcha un estudio para evaluar la forma en que las legislaciones nacionales aplican el principio de no discriminación por razón

de nacionalidad en el ámbito del acceso a la enseñanza superior incluidas las ayudas económicas y existe una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos concedidos a los trabajadores en el marco de la libre circulación de los trabajadores [COM (2013) 236].

VI. Derecho de autor en la Unión Europea

JAVIER POU DE AVILÉS SANS*

1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE (Sala 1ª), de 18 de abril de 2013, asunto C-103/2011, que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 26 de febrero de 2011, contra la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2010, en el asunto Systran y Systran Luxembourg/Comisión (T 19/07, Rec. P II 6083).

Los numerosos documentos contractuales invocados por la Comisión ante el Tribunal General y recordados en el primer motivo del recurso de casación configuran un verdadero contexto contractual, relacionado con el objeto del litigio, cuyo examen detallado resulta indispensable para determinar la eventual ilegalidad del comportamiento reprochado a la Comisión.

Por otra parte, esta afirmación se deriva directamente de la lectura de determinados pasajes de la sentencia recurrida dedicados al fondo del litigio. En efecto, en los apartados 58, 202 y 216 a 222 de la sentencia recurrida, a fin de declarar el carácter ilegal del comportamiento objeto del litigio, el propio Tribunal General comprobó con detenimiento si los documentos contractuales invocados por la Comisión, y a los que se había referido en los apartados 181 a 187 de dicha sentencia, conferían a la mencionada institución una autorización específica que le permitiera adoptar tal comportamiento.

Por consiguiente, habida cuenta de todas estas consideraciones, es necesario señalar que el Tribunal General consideró erróneamente que el litigio de que se trata era de naturaleza extracontractual, a efectos de los artículos 235 CE y 288 CE, párrafo segundo.

2. Jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea

STPIUE (Sala 6ª), de 12 de abril de 2013, núm. T-401/2008, entre Säveltäjain Tekijänoikeustomisto Teosto ry, como parte demandante, y la Comisión Europea como parte demandada, que tiene por objeto una pretensión de anulación de la Decisión C (2008) 3435 final de la Comisión, de 16 de julio de 2008, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 (CE) y con el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/C2/38.698-CISAC).

Procede considerar que la cláusula de afiliación tiene un objetivo contrario a la competencia, como destacó la Comisión en los considerandos 127 y 130 de la Decisión impugnada. En efecto, la finalidad de esta cláusula es permitir

* Abogado. Profesor Asociado (Universidad Autónoma de Barcelona).

a las SGC repartirse a los autores en función de su nacionalidad o, al menos, hace más difícil que un autor se afilie a una SGC distinta a la establecida en el país del que es nacional. Mediante dicha cláusula, las SGC se reparten y compartimentan el mercado interior. Según la jurisprudencia, las prácticas colusorias de esta naturaleza figuran entre los ejemplos de prácticas colusorias expresamente consideradas incompatibles con el mercado común en el artículo 81 CE, apartado 1, letra c), y deben calificarse de infracciones evidentes de la competencia. Al obligar a las partes a respetar mercados distintos, a menudo delimitados por las fronteras nacionales, las infracciones de este tipo provocan el aislamiento de estos mercados, neutralizando así el objetivo principal de los Tratados de integración del mercado interior (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de 18 de julio de 2005, *Scandinavian Airlines System/Comisión*, T-241/01, Rec. p. II-2917, apartado 85, y de 27 de julio de 2005, *Brasserie nationale y otros/Comisión*, T-49/02 a T-51/02, Rec. p. II-3033, apartados 173 y 174).

En el caso de autos procede considerar que la cláusula de exclusividad, tal y como se establecía en el contrato tipo y se reprodujo en los acuerdos de representación recíproca, tiene un objeto contrario a la competencia en la medida en que atribuye a una sola SGC, sobre un territorio determinado, el derecho exclusivo a conceder licencias sobre un repertorio dado, creando de ese modo, en beneficio de cada una de las SGC, un monopolio para la concesión de licencias sobre las explotaciones de obras musicales que tengan lugar en el territorio en el que dicha sociedad se halle establecida.

STPIUE (Sala 6ª), de 12 de abril de 2013, núm. T-442/2008, entre *International Confederation of Societes of Authors and Composers (CISAC)*, como parte demandante, contra la Comisión Europea, como parte demandada, que tiene por objeto que tiene por objeto una pretensión de anulación parcial de la Decisión C(2008) 3435 final de la Comisión, de 16 de julio de 2008, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 (CE) y con el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/C2/38.698 – CISAC)

El mero hecho de que las SGC se reunieran en el marco de las actividades gestionadas por la entidad demandante y de que existan formas de cooperación entre ellas no constituye, por sí mismo, indicio de una concertación prohibida. En efecto, cuando el contexto en que se celebran las reuniones entre empresas acusadas de haber infringido el Derecho de la competencia pone de manifiesto que tales reuniones eran necesarias para tratar conjuntamente cuestiones ajenas a las infracciones de ese Derecho, la Comisión no puede presumir que las mencionadas reuniones tuviesen por objeto acordar prácticas contrarias a la competencia (véase, en este sentido, la sentencia *Dresdner Bank y otros/Comisión*, antes citada, apartados 105 y 145). Obsérvese, a este respecto, que la Comisión no ha aportado ninguna prueba de que las reuniones organizadas por la entidad demandante se refirieran a la restricción de la competencia relativa a las limitaciones territoriales nacionales.

El hecho de que la Comisión haya demostrado la existencia de un acuerdo sobre la cláusula de exclusividad no implica que dicha prueba se haya aportado asimismo respecto de las limitaciones territoriales nacionales.

El fenómeno de las licencias directas, en el que se inscriben la actividad de Celas y las actividades de las SGC que la crearon y que conceden licencias complementarias a las de Celas, no plantea dificultades de control comparables a las que ha puesto de relieve la demandante. Por lo tanto, a falta de explicaciones adicionales, esos elementos invocados por la Comisión no permiten refutar la tesis de la demandante. Lo mismo ocurre con la iniciativa de

un editor, a la que la Comisión se refirió en el considerando 220 de la Decisión impugnada. Aunque ello no se desprenda de ésta, la Comisión admitió en sus escritos presentados ante el Tribunal que esta iniciativa sólo concernía a los derechos de reproducción mecánica. Además, como destaca la demandante, la Comisión nunca explicó, y menos aún en la Decisión impugnada, en qué sentido las condiciones en las que opera un gran editor, que dispone de un repertorio comercialmente atractivo a nivel internacional, son comparables a las condiciones en las que operan las SGC. De cuanto precede resulta que las pruebas invocadas por la Comisión no son suficientes para privar de plausibilidad a la explicación del comportamiento paralelo de las SGC aportada por la demandante, distinta de la existencia de una concertación, basada en la necesidad de garantizar la eficacia de la lucha contra los usos no autorizados de las obras musicales.

3. Resoluciones del Consejo

Resolución del Consejo sobre un plan de acción aduanero de la UE para luchar contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial para los años 2013 a 2017. (DOUE C 80/1 de 19 de marzo de 2013.)

El consejo es consciente del daño que la vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial causa a la economía y a la reputación de las empresas y creadores de la UE, y de los beneficios que dichas actividades ilícitas generan a la delincuencia organizada. Asimismo está preocupado por los riesgos que pueden generar las mercancías falsificadas para la Salud y la seguridad del consumidor y del usuario final, así como para el medio ambiente, que se añaden a las consecuencias económicas y sociales.

Por ese motivo elabora un nuevo plan de Acción aduanero para luchar contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial, invitando a la Comisión y a los estados miembros a aplicarlo.

VII. Derecho de daños en la Unión Europea

BELÉNTRIGO GARCÍA *

I. LEGISLACIÓN

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Decisión del Consejo, de 12 de febrero de 2013, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre Responsabilidad y Compensación suplementario al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (DOL núm. 46, de 19 de febrero de 2013, páginas 1-7)

La presente decisión aprueba, en nombre de la Unión, el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre Responsabilidad y Compensación suplementaria

* Profesora contratada doctora de Derecho civil (Universidad de Santiago de Compostela).

rio al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (art. 1), entrando en vigor en vigor el día de su adopción (art. 3).

De acuerdo con este protocolo (art. 5.7º *Medidas de respuesta*), con miras a definir las medidas de respuesta específicas que la autoridad competente requerirá o adoptará, las Partes podrán, según corresponda, evaluar si ya se han abordado medidas de respuesta en su legislación nacional sobre responsabilidad civil.

En concreto (art. 12 *Aplicación y relación con la responsabilidad civil*), las Partes dispondrán, en su legislación nacional, normas y procedimientos que se ocupen de los daños. Con el fin de cumplir con esta obligación, las Partes estipularán medidas de respuesta de acuerdo con este Protocolo Suplementario y podrán, según proceda: a) aplicar la legislación nacional existente, incluidas, donde proceda, normas y procedimientos generales en materia de responsabilidad civil; b) aplicar o elaborar normas y procedimientos sobre responsabilidad civil específicamente con este fin; o c) aplicar o elaborar una combinación de ambos.

Igualmente, con el fin de estipular en su legislación nacional normas y procedimientos adecuados en materia de responsabilidad civil por daños materiales o personales relacionados con el daño las Partes deberán: a) continuar aplicando su legislación general existente sobre responsabilidad civil; b) desarrollar y aplicar o continuar aplicando su legislación sobre responsabilidad específicamente para tal fin; o c) desarrollar y aplicar o continuar aplicando una combinación de ambas.

Al elaborar la legislación sobre responsabilidad, las Partes abordarán, según proceda y entre otros, los siguientes elementos: a) daños; b) estándar de responsabilidad, incluida la responsabilidad estricta o basada en la culpa; c) canalización de la responsabilidad, donde proceda; d) derecho a interponer demandas.

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

Real Decreto 1698/2012, de 21 de diciembre, por el que se modifica la normativa vigente en materia de folleto y de requisitos de transparencia exigibles en las emisiones de valores por la transposición de la Directiva 2010/73/UE (BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 2012, páginas 89612-89622)

El RD 1698/2012 incorpora al derecho español la Directiva 2010/73/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por la que se modifican la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a negociación de valores y la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, modificando el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, y el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores

estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea.

A propósito de la responsabilidad civil, interesa la modificación del Real Decreto 1310/2005. En primer lugar, afecta al formato y el contenido, estandarizado a nivel de la Unión Europea, del resumen del folleto. Así, se incluye una definición del concepto de información fundamental y los elementos esenciales que debe facilitar el contenido del citado resumen. En segundo lugar, se amplían los supuestos en que cabe exigir responsabilidad civil, al añadir el caso de que el resumen del folleto no facilite, leído junto con las otras partes del folleto, toda la información fundamental que permita a los inversores adoptar decisiones de inversión fundadas, o no permita comparar los valores con otros productos de inversión.

Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2012, páginas 89315-89348)

Este RD 1723/2012 incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2010/53/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante, disponiendo los requisitos mínimos que deben aplicarse a la donación, evaluación, caracterización, obtención, preservación, transporte y trasplante de órganos humanos destinados a trasplante, con el fin de garantizar altos niveles de calidad y seguridad de dichos órganos.

Real Decreto 270/2013, de 19 de abril, sobre el certificado del seguro o la garantía financiera de la responsabilidad civil en el transporte de pasajeros por mar en caso de accidente (BOE núm. 111, de 9 de mayo de 2013, páginas 34838-34842)

El artículo 254 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la marina mercante, dispone que el Gobierno determinará reglamentariamente la obligación de tener asegurada la responsabilidad civil derivada de la explotación de buques. El presente Real Decreto, conforme al Reglamento 392/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente, regula la expedición del certificado que acredite la suscripción y vigencia de un seguro o garantía financiera que cubra la responsabilidad en caso de muerte o lesiones de los pasajeros. Por otra parte, la disposición transitoria de este real decreto hace uso de la facultad de aplazamiento de su aplicación que el Reglamento europeo permite en su artículo 11, en los supuestos de transporte por mar que se realicen dentro de un Estado.

II. JURISPRUDENCIA

A. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Transporte aéreo: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de octubre de 2012 (asuntos acumulados C 581/10 y C 629/10) – En respuesta a una petición de decisión prejudicial, el tribunal declara que los artículos 5 a 7 del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Con-

sejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso en los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91, deben interpretarse en el sentido de que los pasajeros de los vuelos retrasados tienen derecho a ser compensados en virtud de lo dispuesto en dicho Reglamento cuando sufren, debido a tales vuelos, una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, es decir, cuando lleguen a su destino tres horas o más después de la hora de llegada inicialmente prevista por el transportista aéreo. Sin embargo, tal retraso no da derecho a una compensación de los pasajeros si el transportista aéreo puede acreditar que el gran retraso se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables, es decir, a circunstancias que escapan al control efectivo del transportista aéreo.

Responsabilidad medioambiental: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de marzo de 2013 (asunto C 420/11). En respuesta a una petición de decisión prejudicial, el tribunal declara que el artículo 3 de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por las Directivas 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, y 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, debe interpretarse en el sentido de que la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, tal como se prevé en dicho artículo, no incluye la evaluación de las repercusiones del proyecto de que se trate sobre el valor de bienes materiales. No obstante, los perjuicios patrimoniales, en la medida en que sean consecuencia económica directa de las repercusiones sobre el medio ambiente de un proyecto público o privado, están amparados por el objetivo de protección perseguido por dicha Directiva.

La circunstancia de que no se haya realizado una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, incumpliendo las exigencias de dicha Directiva, no confiere, en principio, por sí misma a un particular, según el Derecho de la Unión y sin perjuicio de normas del Derecho nacional menos restrictivas en materia de responsabilidad del Estado, el derecho a obtener la reparación de un perjuicio puramente patrimonial causado por una disminución del valor de su bien inmueble generada por las repercusiones sobre el medio ambiente del citado proyecto. No obstante, corresponde al juez nacional comprobar si se cumplen las exigencias del Derecho de la Unión aplicables al derecho a obtener una reparación, en particular, la existencia de una relación de causalidad directa entre la violación alegada y los daños sufridos.

B. TRIBUNAL SUPREMO

Sociedad de la información: STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 26 de febrero de 2013 – En relación con las opiniones vertidas en el foro de debate abierto en una página web, constitutivas de atentado al derecho al honor, se discute la aplicación del régimen de exclusión establecido en la Directiva 2000/31/CE y en los artículos 13.1 y 16 de la LSSICE que incorpora al ordenamiento jurídico español tal directiva. Al respecto, se reitera la doctrina establecida en las SSTS 9 de diciembre de 2009, 18 de mayo de 2010 y 10 de febrero de 2011 en el sentido de que el prestador no será responsable de lo publicado por los usuarios en su página web cuando no tenga

conocimiento efectivo del contenido vejatorio y evidente y ello por cualquier medio fehaciente, sin necesidad de declaración previa de ilicitud o cuando habiendo tenido conocimiento efectivo del mismo haya procedido con premura a suprimirlo. Por otra parte, el tribunal declara la improcedencia de la cuestión prejudicial formulada al entender que no existe duda alguna sobre la compatibilidad entre la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, transpuesta mediante la LSSICE, y la Ley de Protección del honor, la intimidad y la propia imagen: solo cuando se cumplen los requisitos exigidos para determinar la responsabilidad del prestador de servicios puede imponérsele la obligación de indemnizar a las personas lesionadas en su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen por vulneración cometida por medios electrónicos.

Sociedad de la información: STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 4 de marzo de 2013 – Reconocido que Google presta un servicio de búsqueda de páginas web y enlaces, realizando únicamente funciones de intermediaria entre usuarios y páginas web y en ningún caso elabora o participa en la redacción de la información que figura en las páginas web, su responsabilidad por supuesta vulneración al derecho al honor ha de enjuiciarse aplicando la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, que incorpora la Directiva 2000/31/CE, 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio, y particularmente el artículo 17 de dicho texto legal, relativo a la responsabilidad a las empresas que prestan servicios de intermediación.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (noviembre 2012-mayo 2013)

GUILLEM CANO PALOMARES*

Asunto Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. España (n.º 2) (demanda n.º 40959/09), sentencia de 15 de enero de 2013. Artículo 11 del CEDH (derecho a la libertad de asociación).

El demandante era un partido político vasco creado en 1930. Su ideología se fundaba en la afirmación de la especificidad de *Euskal Herria* y su derecho a decidir libremente sobre su porvenir. Con la instauración de la democracia, el partido concurrió a las elecciones generales al Parlamento español, pero ninguno de sus candidatos fue elegido. El partido fue inscrito en el Registro de partidos políticos del Ministerio del Interior en 1977. En sus estatutos precisaba que repudiaba la violencia y que para lograr sus objetivos, utilizaría todos los medios lícitos posibles. En su congreso de 1978, el partido apoyó a la formación Herri Batasuna, si bien recalcando las divergencias políticas existentes entre las dos formaciones.

En las elecciones municipales y autonómicas de 2007, el partido demandante presentó candidaturas en el País Vasco y en Navarra. Mediante decisión de 5 de mayo de 2007, la Sala especial del Tribunal Supremo anuló 133 listas de candidatos presentadas por el partido demandante. El partido demandante acudió al TEDH tras interponer un recurso de amparo. Mediante sentencia de 7 de diciembre de 2010, el TEDH concluyó que la anulación de las candidaturas del partido demandante no había vulnerado los artículos 3 del Protocolo núm. 1 al CEDH (derecho a elecciones libres), 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de asociación) del CEDH.

Mediante sentencia de 22 de septiembre de 2008, el Tribunal Supremo declaró ilegal al partido demandante y falló su disolución definitiva por haber «colaborado reiterada y gravemente con Batasuna, complementando y apoyando políticamente, en consecuencia, a la organización terrorista ETA». Fundamentó su decisión el artículo 9.2 a) y c) combinado con el párrafo 3 b), d), f), g) y h) de la Ley Orgánica 6/2002 sobre los partidos políticos en razón de «el total apoyo político así como la parcial asistencia financiera de ANV a la organización ilegal Batasuna». El Tribunal se basó en los elementos de prueba siguientes, entre otros: la anulación de las 133 listas de candidatos a

* Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los resúmenes de esta crónica no vinculan en modo alguno al Tribunal ni a su Secretaría. Estos resúmenes están basados en las sentencias y decisiones del TEDH y en algunas traducciones de las mismas al español realizadas por los Servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado. Las sentencias y decisiones originales en francés/inglés y las traducciones al español pueden consultarse en la página web del TEDH (<http://www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc>).

las elecciones de 2007 por vínculos con Batasuna; la participación de Batasuna en la campaña electoral del demandante y los llamamientos al voto para EAE-ANV; las declaraciones y reacciones de los dirigentes de Batasuna a raíz de la anulación de las listas electorales del partido demandante; la apropiación por parte de Batasuna y de ETA de los resultados de las elecciones; la reacción del partido demandante ante el atentado contra el cuartel de la Guardia Civil en Durango, rechazando firmar un comunicado del ayuntamiento condenando el atentado; la declaración en la cual el alcalde de Hernani (EAE-ANV), tras el atentado de la terminal nº 4 del aeropuerto de Barajas en Madrid, había pedido un aplauso para dos presuntos miembros de ETA a quienes se atribuía ese atentado; los homenajes del partido a miembros de ETA detenidos o fallecidos; la utilización de símbolos o eslóganes que demostraban la confusión del partido con ETA; la campaña para boicotear la constitución de ayuntamientos en los municipios en que ANV no había podido presentarse. El Tribunal Supremo también consideró probada la colaboración financiera entre el partido demandante y Batasuna.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia de 29 de enero de 2009, desestimó el recurso de amparo presentado por el partido demandante.

La demanda fue interpuesta ante el TEDH el 24 de julio de 2009. Invocando los artículos 10 y 11 CEDH, el partido demandante alegaba que su disolución había vulnerado su derecho a la libertad de expresión y su derecho a la libertad de asociación.

El TEDH considera que la injerencia en el derecho a la libertad de asociación estaba «prevista por la ley» (Ley Orgánica sobre los partidos políticos) y perseguía varios de los objetivos legítimos enumerados en el artículo 11 CEDH (mantenimiento de la seguridad pública, defensa del orden y protección de los derechos y libertades de terceros). El Tribunal señala que el Tribunal Supremo describió comportamientos que, por una parte, le permitieron constatar la existencia de una colaboración política entre el partido demandante y ETA/Batasuna y que, por otra, favorecieron un clima de confrontación civil. Sobre los primeros, tuvo en cuenta la integración de Batasuna en ciertas listas de candidaturas presentadas por el partido demandante, en número suficiente de sus miembros para continuar su acción política a través de estos, el llamamiento al voto por parte de Batasuna al partido demandante, su participación activa en la campaña electoral y la apropiación de sus resultados, así como el empleo de términos amenazantes idénticos a los empleados por Batasuna en carteles. Respecto a los comportamientos que han favorecido un clima de confrontación civil, el TEDH señala particularmente la campaña de intimidación llevada a cabo contra ciertos electos para que no aceptaran sus escaños, los problemas para la constitución de algunos ayuntamientos en municipios donde las candidaturas del partido demandante habían sido anuladas, o los homenajes a militantes de ETA. El TEDH tiene igualmente en cuenta la existencia de una relación económica entre el demandante y Batasuna/ETA.

Estimando el TEDH que las jurisdicciones internas llegaron a conclusiones razonables tras un examen profundo de los elementos de los que disponían, no ve ninguna razón para apartarse del razonamiento seguido por el Tribunal Supremo, concluyendo en la existencia de un vínculo entre el partido demandante y ETA/Batasuna. El TEDH considera que los actos y discursos imputables al partido demandante, así como su apoyo económico parcial a Batasuna/ETA, forman un conjunto que da una imagen nítida del modelo de sociedad que concibe y preconiza, que está en contradicción con el con-

cepto de «sociedad democrática» (véase *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, sentencia de 30 de junio de 2009). En consecuencia, la sanción impuesta puede ser considerada como una respuesta a una «necesidad social imperiosa». Dado el peligro que representa dicho proyecto para la democracia española, la ilegalización fue proporcionada a los objetivos legítimos perseguidos y puede ser considerada, en consecuencia, como «necesaria en una sociedad democrática». Por consiguiente, el TEDH falla que no ha habido vulneración del artículo 11 CEDH. Estima seguidamente que no es necesario examinar por separado la quejas planteada desde la perspectiva del artículo 10 CEDH.

Asunto García Mateos c. España (demanda n.º 38285/09), sentencia de 19 de febrero de 2013. Artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH.

La demandante trabajaba como asalariada en un hipermercado. Trabajaba a plena jornada, siguiendo un régimen de turnos rotatorios de mañana y tarde, de lunes a sábado. Tras solicitar la reducción de jornada por razón de la guarda legal de su hijo menor de 6 años, basándose en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores. Tras la negativa de su empleador y la conciliación previa, la demandante interpuso un procedimiento especial ante la jurisdicción de lo social. Mediante sentencia de 25 de septiembre de 2003, el Juez de lo social n.º 1 de Madrid desestimó la demanda. La demandante presentó un recurso de amparo. Mediante sentencia de 15 de enero de 2007, el Tribunal Constitucional estimó el recurso, considerando que hubo violación del principio de no discriminación por razón de sexo debido a que la negativa del órgano judicial a reconocer la concreta reducción de jornada solicitada se convirtió en un obstáculo injustificado para la compatibilidad de la vida profesional de la demandante con su vida familiar. Ordenó al Juez de lo social que dictara una nueva sentencia, conforme al derecho fundamental vulnerado. Mediante nueva sentencia de 6 de septiembre de 2007, el Juez de lo social desestimó de nuevo la demanda, señalando que la reducción de jornada solicitada rebasaba los límites del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, en lo referente a su petición de no trabajar los jueves, viernes y sábados, días que forman parte de la jornada ordinaria de trabajo.

Ante un nuevo recurso de amparo interpuesto por la demandante, el Tribunal Constitucional, mediante decisión motivada de 12 de enero de 2009, consideró que su sentencia de 15 de enero de 2007 no había sido ejecutada correctamente, y declaró nula la sentencia de 6 de septiembre de 2007 del Juez de lo social. Estimó, sin embargo, que no era necesario reenviar el caso al Juez de lo social en la medida en que un nuevo juicio no tendría sentido, dada la edad del hijo de la demandante. Rechazó la demanda de indemnización que había formulado la demandante de manera alternativa, ya que no estaba amparada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La demandante acudió al TEDH el 24 de junio de 2009, invocando los artículos 6. 1 (derecho a un proceso equitativo), 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (principio de no discriminación) del CEDH.

El Gobierno alegaba que no se habían agotado las vías de recurso internas antes de acudir al TEDH. En particular, la demandante hubiera podido presentar una demanda de indemnización ante el Ministerio de Justicia, por error judicial o funcionamiento anormal de la justicia (LOPJ); o una acción tendente a la protección de los derechos fundamentales basándose en la Ley de Procedimiento Laboral. El TEDH rechaza la excepción preliminar del

Gobierno y considera que no se puede reprochar a la demandante el no haber agotado otras vías de recurso, cuando incluso la que ha seguido ha sido ineficaz tras seis años de procedimiento.

En cuanto al fondo, el TEDH recuerda que el artículo 6. 1 CEDH impone a los Estados la obligación de poner a disposición de los demandantes un sistema que les permita lograr la ejecución correcta de las decisiones dictadas por las jurisdicciones internas. En el presente caso, el Tribunal Constitucional reconoció que se había infringido el derecho de la demandante a la ejecución de su primera sentencia que reconocía la violación del principio de no discriminación. Una decisión o medida favorable al demandante no basta en principio a retirarle su condición de «víctima» a menos que las autoridades nacionales hayan reconocido, explícitamente o en substancia, y reparado posteriormente la violación del Convenio. A pesar de las dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, la violación constatada por este no ha sido reparada todavía. La intención inicial de la demandante no era la de conseguir una reparación económica, sino la de ver reconocido su derecho a una jornada de trabajo reducida para ocuparse de su hijo antes de que cumpliera los seis años de edad. Fue más adelante, al sobrepasar su hijo la edad legalmente prevista para poder beneficiarse de la reducción de la jornada laboral, cuando formuló su demanda de indemnización. Cuando el Tribunal Constitucional dictó su segunda decisión, la restitución en la integridad del derecho de la demandante no era ya posible. El TEDH constata sin embargo que la protección concedida por el Tribunal Constitucional fue ineficaz. Por una parte, la demanda de reducción de jornada no obtuvo respuesta en cuanto al fondo, a pesar de que las dos sentencias del Juez de lo social habían sido declaradas nulas. Por otra parte, el recurso de amparo ha perdido su funcionalidad al haber considerado el Tribunal Constitucional que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no prevé la concesión de indemnizaciones como medio de reparación de una violación de un derecho fundamental. La no restitución en la integridad del derecho de la demandante ha hecho ilusoria la protección acordada por la concesión del amparo por parte del Tribunal Constitucional.

El TEDH concluye que, en el presente caso, se ha producido una vulneración del artículo 6. 1 combinado con el artículo 14 CEDH. Estima que no procede analizar por separado si ha habido también violación del artículo 13 CEDH. El TEDH concede a la demandante 16.000 euros en concepto de daño moral.

Asunto Gani c. España (demanda n.º 61800/08), sentencia de 19 de febrero de 2013. Artículos 6.1 y 6.3 d) del CEDH (derecho a un proceso equitativo; derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra).

El 3 de junio de 2004, tras la denuncia a la policía de N., su ex pareja y madre de su hijo, el demandante fue detenido. Se abrieron diligencias preliminares contra él por haber cometido graves delitos de lesiones, secuestro y violación en la persona de N. N. testificó ante el juez instructor en una comparecencia a la que no acudió el abogado del demandante (22 de julio de 2004). Esta declaración fue transcrita e incorporada al sumario del caso.

Durante la vista ante la Audiencia Provincial de Barcelona, N. empezó a responder a las preguntas formuladas por el Ministerio público, pero su declaración tuvo que ser interrumpida, debido a su estado post-traumático

que le impedía testificar. Estos síntomas fueron confirmados por un informe médico tras la audiencia. Como consecuencia, N. no pudo ser interrogada por el fiscal, la acusación particular o el abogado del demandante. Como alternativa al interrogatorio, la Audiencia Provincial ordenó la lectura de las declaraciones realizadas por N. durante la fase de instrucción. El demandante dio su versión de los hechos.

El 5 de mayo de 2006, la Audiencia Provincial de Barcelona condenó al demandante por un delito de amenazas graves, un delito de allanamiento de morada con violencia e intimidación, dos faltas de lesiones corporales leves, dos delitos de secuestro bajo amenaza, un delito de violación con la agravante de los vínculos familiares, un delito contra la integridad moral de N. con la agravante de los vínculos familiares, y un delito de falsificación de documentos oficiales. La condena se basó principalmente en las declaraciones sumariales de N., que habían sido admitidas como prueba y leídas durante la vista.

El demandante presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo, mediante sentencia de 21 de febrero de 2007, revocó parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial, reduciendo la pena impuesta respecto a algunos delitos. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional fue declarado inadmisibile por carencia manifiesta de contenido constitucional en una decisión notificada el 3 de julio de 2008.

El demandante interpuso una demanda ante el TEDH el 10 de diciembre de 2008. Invocando los artículos 6.1 y 6.3 d) CEDH, se quejaba de que no tuvo la adecuada oportunidad, ni durante la fase de instrucción ni durante la audiencia, de interrogar a la víctima, la única testigo de cargo en relación con todos los delitos por los que fue condenado con excepción del de falsificación de documentos oficiales.

El TEDH constata en primer lugar que el abogado del demandante habría podido plantear preguntas a N. en la comparecencia de 22 de julio de 2004. Está claro que el demandante tuvo la oportunidad de interrogar a N. pero su abogado, injustificadamente, perdió esa oportunidad al no asistir a dicha comparecencia, sin proporcionar una justificación.

En cuanto a la posibilidad de interrogar a N. durante la audiencia, el TEDH observa que la Audiencia Provincial suspendió la audiencia vista la incapacidad de N. para describir lo que había sucedido y que, una vez comprobado médicamente que N. sufría estrés postraumático, ordenó que se le ofreciera apoyo psicológico con el fin de poder terminar el interrogatorio. Después de infructuosos esfuerzos, incluyendo apoyo médico, para que N. continuara con su declaración, la Audiencia decidió que sus declaraciones sumariales fueran leídas en voz alta como alternativa al interrogatorio. La Audiencia tuvo en cuenta que N. no estaría preparada para un interrogatorio en un lapso razonable de tiempo y que el demandante estaba en prisión provisional. El TEDH considera que la Audiencia no puede ser acusada de falta de diligencia para proporcionar al demandante la oportunidad de interrogar a la víctima/testigo.

El TEDH examina por último si la admisión como prueba de las declaraciones sumariales de N. estuvo acompañada por factores compensatorios suficientes. En las circunstancias del caso, los intereses de la justicia estaban a favor de admitir las declaraciones de N. como prueba. Dichas declaraciones fueron leídas en voz alta ante la Audiencia Provincial y se permitió al demandante cuestionar su veracidad dando su propia versión de los hechos. Los tribunales nacionales compararon cuidadosamente ambas versiones de los hechos y consideraron que la versión de N. era lógica y suficientemente deta-

llada para eliminar cualquier sospecha de simulación o venganza. También tuvieron en cuenta la declaración de N. en la audiencia que, aunque incompleta, sirvió para corroborar sus declaraciones previas. La veracidad de las declaraciones de N. fue corroborada por pruebas indirectas y por los informes médicos que confirmaban que sus lesiones y su estado psicológico eran compatibles con su narración de los hechos. En consecuencia, vista la equidad de los procedimientos en su totalidad, la admisión como prueba de las declaraciones sumariales de N. no supuso una vulneración de los artículos 6.1 y 6.3 d) del CEDH.

Asunto Varela Geis c. España (demanda n.º 61005/09), sentencia de 5 de marzo de 2013. Artículos 6.1 y 6.3 a) y b) del CEDH (derecho a un proceso equitativo; derecho a ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada; derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa), artículos 9 (libertad de pensamiento) y 10 (libertad de expresión) del CEDH.

El demandante era el propietario y director de una librería especializada en Barcelona, que vendía en especial obras sobre el Holocausto. Mediante sentencia de 16 de noviembre de 1998, el juzgado núm. 3 de lo penal de Barcelona le condenó a una pena de dos años de prisión por delito continuado de genocidio tipificado en el artículo 607.2 del Código Penal (CP), así como a tres años de prisión por delito continuado de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas o antisemitas, en virtud del artículo 510.1 del mismo código. El juez consideró que la mayoría del material vendido en la librería del demandante tenía relación con el Holocausto, la Alemania nazi y el Tercer Reich, que exaltaba el régimen nacional socialista y negaba la persecución del pueblo judío.

El demandante apeló ante la Audiencia Provincial de Barcelona. Por decisión de 14 de septiembre de 2000, la Audiencia Provincial decidió plantear una cuestión prejudicial de inconstitucionalidad respecto del artículo 607.2 del CP ante el Tribunal Constitucional. Mediante sentencia núm. 235/2007 de 7 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 607 del CP en su parte relativa a la negación del genocidio, en particular las palabras «negando o».

El 10 de enero de 2008 tuvo lugar una audiencia pública sobre el fondo del asunto ante la Audiencia Provincial de Barcelona. El demandante preguntó si se mantenía la acusación formulada en virtud del artículo 607.2 del CP. La Audiencia Provincial señaló que no había lugar a contestar a esa pregunta. El ministerio fiscal retiró la acusación de negación de genocidio y solicitó la condena únicamente por el delito de incitación a la discriminación, al odio y a la violencia racial. Las acusaciones particulares solicitaron la confirmación de la sentencia *a quo*, incluso en lo que respecta al artículo 607.2 del CP.

Por sentencia de 5 de marzo de 2008, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia impugnada, absolvió al demandante del delito previsto en el artículo 510 CP y le condenó a siete meses de prisión por un delito de justificación del genocidio, según el artículo 607.2 CP. Para la Audiencia Provincial, incluso después de la eliminación de todas las referencias al negacionismo de entre el conjunto de los hechos considerados como probados por la sentencia *a quo*, el artículo 607.2 del CP todavía era aplicable en este caso en lo que respecta al delito de «justificación del genocidio».

El recurso de amparo fue declarado inadmisibile mediante decisión del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 2009, notificada el 7 de mayo de 2009.

La demanda fue interpuesta ante el TEDH el 5 de noviembre de 2009. Invocando los artículos 6.1 y 6.3 a) y b) del CEDH, el demandante se quejaba de haber sido condenado en apelación por un delito que no fue objeto de acusación ni de su condena en primera instancia. Amparándose en los artículos 9 y 10 CEDH, alegaba que la condena vulneraba la libertad de pensamiento y la libertad de expresión.

El TEDH señala que en los escritos de acusación provisional, tanto el ministerio fiscal como las acusaciones particulares se basaban en hechos derivados de la negación del Holocausto. La sentencia de primera instancia se refería también a la distribución y venta de materiales donde se negaba el genocidio sufrido por el pueblo judío. El TEDH considera que el Gobierno no ha presentado ningún elemento capaz de establecer que el demandante fuera informado del cambio de calificación realizado por la Audiencia Provincial. No se deduce tampoco que la Audiencia Provincial o el ministerio fiscal, en el transcurso de los debates, hubieran mencionado la posibilidad de una recalificación. En consecuencia, no está establecido que el demandante tuviera conocimiento de la posibilidad de una recalificación de los hechos de «negación» en «justificación» del genocidio por la Audiencia Provincial. La justificación del genocidio no constituía un elemento intrínseco de la acusación inicial.

El TEDH considera que la Audiencia Provincial de Barcelona debía dar la oportunidad al demandante de ejercer su derecho a la defensa respecto a la recalificación de los hechos de manera concreta y efectiva. El TEDH concluye, por lo tanto, que hubo una violación de los artículos 6. 1 y 6. 3 a) y b) del CEDH. Señala que las quejas invocadas en virtud de los artículos 9 y 10 CEDH están íntimamente relacionadas con las quejas relativas al artículo 6 CEDH, y que por lo tanto no procede examinarlas por separado.

El TEDH concede al demandante 8.000 euros en concepto de daño moral y 5.000 euros en concepto de costas y gastos ante el Tribunal.

Otras sentencias relevantes desde el punto de vista del Derecho Civil

Asunto V.K. c. Croacia (demanda 38380/08), sentencia de 27 de noviembre de 2012. Artículo 12 del CEDH (derecho a contraer matrimonio): dilaciones en un procedimiento de divorcio que retrasaron la posibilidad de volver a contraer matrimonio.

Asunto A.K. y L. c. Croacia (demanda 37956/11), sentencia de 8 de enero de 2013. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): privación de la patria potestad a una persona con discapacidad mental y procedimiento de adopción de su hijo sin ser informada.

Asunto Petko Petkov c. Bulgaria (demanda 2834/06), sentencia de 19 de febrero de 2013. Artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo): aplicación retroactiva de una nueva jurisprudencia a un procedimiento civil pendiente.

Asunto X. y otros c. Austria (demanda 19010/07), sentencia de Gran Sala de 19 de febrero de 2013. Artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 14 (principio de no discriminación) del CEDH: imposibilidad de adoptar el hijo biológico de la compañera miembro de una pareja del mismo sexo.

Asunto Vojnity c. Hungría (demanda 29617/07), sentencia de 12 de febrero de 2013. Artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 14 (principio de no discriminación) del CEDH: privación de los derechos de visita de un padre por razón de sus creencias religiosas.

Asunto Fabris c. Francia (demanda 16574/08), sentencia de Gran Sala de 7 de febrero de 2013. Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad) y 14 (principio de no discriminación) del CEDH: discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos a efectos sucesorios.

Asunto Raw y otros c. Francia (demanda 10131/11), sentencia de 7 de marzo de 2013. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): no ejecución de una sentencia ordenando la restitución de dos menores al Reino Unido, en aplicación del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LIDIA ARNAU RAVENTÓS*

STJUE 15 de noviembre de 2012. Gothaer Allgemeine Versicherung AG, ERGO Versicherung AG, Versicherungskammer Bayern-Versicherungsanstalt des öffentlichen Rechts, Nürnberger Allgemeine Versicherungs-AG, Krones AG v. Samskip GmbH. Petición de decisión prejudicial. Landgericht Bremen (Alemania). Interpretación de los artículos 32 y 33 del Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El primero define qué es «resolución» a efectos del Reglamento, siendo así que incluye cualquier decisión adoptada por el Tribunal de un Estado miembro. A tales efectos, resulta indiferente el modo cómo el Derecho de los Estados miembros califique tales decisiones. El TJUE resuelve, en consecuencia y a la luz del objetivo y finalidad del Reglamento, que el concepto «resolución» debe interpretarse de forma amplia, incluyendo una resolución en virtud de la cual el tribunal de un Estado miembro declina su competencia con base en una cláusula atributiva de competencia y con independencia de la denominación que reciba tal resolución en el derecho interno. Por lo demás, habida cuenta que, en principio y según el artículo 33, una resolución judicial debe desplegar en el Estado requerido los mismos efectos que en el Estado de origen, el Tribunal ante el que se solicita el reconocimiento no puede entrar a valorar el fondo de la resolución y, en concreto, la cuestión de la validez de aquella cláusula de atribución de competencia. Permitirlo, con el riesgo de que el tribunal requerido la estimase nula, resultaría contrario al principio de confianza recíproca en la justicia dentro de la Unión Europea.

STJUE 22 de noviembre de 2012. Bank Handlowy w Warszawie SA, PPHU «ADAX»/Ryszard Adamiak v. Christianapol sp. z.o.o. Petición de decisión prejudicial. Sad Rejonowy Poznan-Stare Miasto w Poznaniu (Polonia). Interpretación del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. El artículo 4.2, letra j, del Reglamento establece que es la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia la que determinará, entre otros aspectos, las condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento de insolvencia. A propósito de la disposición se pregunta si el concepto «conclusión del procedimiento» tiene un significado autónomo, propio del Reglamento o si

* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2009 SGR 221 y del Proyecto DER 2011-26892, ambos dirigidos por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

corresponde al Derecho nacional determinar en qué momento se produce. La trascendencia de la cuestión estriba, en el caso *a quo*, en que mientras esté todavía pendiente un procedimiento principal en uno de los Estados miembros no es posible que se abra otro en otro Estado (si es que, además, el centro de intereses del deudor se hubiere trasladado a éste); en su caso, cabría incoar un procedimiento secundario, que se limitaría a los bienes del deudor situados en el territorio del Estado en el que se abriera ese segundo procedimiento. A fin de resolver la petición, el Tribunal recuerda que el Reglamento no pretende instaurar un procedimiento de insolvencia uniforme sino sólo garantizar que los procedimientos transfronterizos se desarrollen de forma eficaz y efectiva. Siendo ello así y calificada la regla contenida en el artículo 4.2, letra j, como una auténtica norma de conflicto, se concluye que corresponde a la ley del Estado de apertura determinar cuándo se ha concluido el procedimiento. Se pregunta, en segundo lugar, si es posible abrir un procedimiento secundario de insolvencia (que según el artículo 27 debe ser necesariamente un procedimiento de liquidación) mientras está pendiente en otro Estado miembro un procedimiento principal de finalidad protectora (esto es: destinado a facilitar la reorganización de la empresa, la continuación de la actividad empresarial y el pago del pasivo). El TJUE lo estima posible, si bien corresponde al tribunal competente para abrir un procedimiento secundario tomar en consideración los objetivos del procedimiento principal y observar el principio de cooperación leal. En respuesta a una tercera cuestión prejudicial, el TJUE responde también que, en aplicación del artículo 27 del Reglamento, el tribunal competente para abrir un procedimiento secundario no puede examinar la insolvencia del deudor. Tal disposición se acomoda también a lo previsto en el artículo 16.1, en cuya virtud el procedimiento principal de insolvencia abierto en un Estado miembro (cuyos tribunales, en consecuencia, sí habrán valorado aquella insolvencia) debe ser reconocido en los restantes Estados miembros. Con ello se persiguen evitar las disfunciones que generaría la aplicación, por distintos tribunales, de conceptos divergentes de insolvencia.

STJUE 22 de noviembre de 2012. Joan Cuadrench Moré v. Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV (KLM). Petición de decisión prejudicial. Audiencia Provincial de Barcelona. Interpretación del Reglamento n.º 261/2004, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Se pregunta cuál es el plazo para reclamar la compensación prevista en el artículo 5 para el caso de cancelación del vuelo y, en concreto, si debe aplicarse el artículo 35 del Convenio de Montreal u otra norma (así, la nacional). El artículo 35 del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, establece un plazo de 2 años a partir de la llegada a su destino o del día en que la aeronave hubiere debido llegar o de la detención del transporte. El TJUE invoca jurisprudencia reiterada según la cual, a falta de normativa de la Unión en la materia, corresponde al Derecho interno establecer la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos reconocidos en el Derecho de la Unión. Por lo demás, se descarta la aplicación del artículo 35 del Convenio de Montreal por entender que la compensación prevista en el artículo 5 del Reglamento no entra en su ámbito de aplicación.

STJUE 22 de noviembre de 2012. Pedro Espada Sánchez, Alejandra Oviedo Gonzáles, Lucía Espada Oviedo, Pedro Espada Oviedo v. Iberia Línea Aéreas de España, S.A. Petición de decisión prejudicial. Audiencia Provincial de Barcelona. Interpretación del artículo 22.2 del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, celebrado en Montreal, el 28 de mayo de 1999. El precepto versa acerca de los límites de responsabilidad por causa de retraso o pérdida de equipaje y en cuya virtud, en este segundo caso, la responsabilidad del transportista se limita a 1000 derechos especiales de giro por pasajero. Se pregunta si esto último se aplica también al pasajero que reclama indemnización a causa de la pérdida de equipaje facturado a nombre de otro (en el caso *a quo*, el equipaje de las cuatro personas se había repartido en dos maletas). El TJUE recuerda que el artículo 31 del Convenio ordena interpretar sus normas de acuerdo con el principio de buena fe y constata que el artículo 22 no distingue entre equipaje facturado y no facturado. Con estas premisas, resuelve que tienen derecho a indemnización los pasajeros cuyo equipaje fue facturado a nombre de otro. No obsta a ello el artículo 3.3 del Convenio que se limita sólo a imponer a la compañía una obligación de identificación del equipaje facturado (así, entregando al pasajero un talón de identificación), pero sin que de ello pueda derivarse una limitación de responsabilidad por pérdida.

STJUE 13 de diciembre de 2012. Iwona Szyrocka v. SiGer Technologie GmbH. Petición de decisión prejudicial. Sad Okregowy we Wroclawiu (Polonia). Interpretación del Reglamento n.º 1896/2006, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. Se pregunta, en primer, lugar, si el artículo 7 del Reglamento regula exhaustivamente los requisitos que debe cumplir un requerimiento europeo de pago o si sólo contiene los requisitos mínimos de esta petición, siendo de aplicación el derecho nacional para el resto. Estima el TJUE que la redacción del artículo 7 no contiene ningún elemento que permita entender que los Estados miembros puedan adicionar requisitos complementarios. Tal conclusión, además, es coherente con la finalidad del Reglamento, que es la de simplificar y acelerar los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos dinerarios no impugnados. En el caso *a quo*, se trataba de saber si el órgano nacional podía instar al demandante a completar la petición de requerimiento de pago indicando la cuantía del litigio en moneda polaca a los efectos de poder determinar las tasas judiciales. En este contexto, entiende el TJUE que tal posibilidad vendría avalada por el artículo 25.2, en cuya virtud el importe de las tasas judiciales debe fijarse con arreglo al Derecho nacional. En cualquier caso, las normas procesales de que se trate no pueden resultar menos favorables que las que regulan situaciones similares en Derecho interno, ni convertir en imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión. Se pregunta, en segundo lugar, si el Reglamento se opone a que el demandante pueda reclamar, en el marco de una petición de requerimiento europeo de pago, los intereses correspondientes a un período de tiempo comprendido entre la fecha en que devienen exigibles hasta la fecha de pago del principal. La cuestión se plantea a la luz del artículo 4 (en cuya virtud los créditos que se reclaman deben ser de importe determinado, vencidos y exigibles) y el artículo 7.2,c (según el cual si se reclaman intereses, en el requerimiento debe constar el tipo de interés y el período respecto del que se reclaman). La interpretación conjunta de ambos preceptos permite concluir, según el TJUE, que el artículo 4 no se refiere a los intereses; más allá, el

artículo 7 tampoco precisa la fecha hasta la que pueden reclamarse. Siendo ello así, el TJUE responde afirmativamente a la cuestión planteada. Se pregunta, por último, cómo debe cumplimentarse el formulario de requerimiento de pago europeo, que se contiene en el anexo V del Reglamento, en caso de reclamación de los intereses devengados hasta la fecha de pago del principal. El TJUE constata que el formulario no prevé expresamente tal reclamación de forma que corresponde al órgano jurisdiccional nacional adaptarlo adecuadamente a fin de que el demandado pueda conocer: en primer lugar, la resolución mediante la que se le requiere a fin de que pague tales intereses al demandante; en segundo lugar, el tipo de interés y la fecha a partir de la cual se reclaman dichos intereses.

STJUE 19 de diciembre de 2012. Krystyna Alder, Ewald Alder v. Sabina Orłowska, Czesław Orłowski. Petición de decisión prejudicial. Sal Rejonowy w Koszalinie (Polonia). Interpretación del artículo 1.1 del Reglamento n.º 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. A tenor de tal precepto, el Reglamento resulta aplicable en materia civil o mercantil cuando un documento judicial o extrajudicial deba transmitirse de un Estado a otro para ser notificado o trasladado a este último. Se pregunta si es conforme con una norma nacional que, a propósito de procedimientos seguidos en dicho Estado establece que, cuando una parte con domicilio o residencia habitual en otro Estado miembro no haya designado representante autorizado para recibir notificaciones y domiciliado en el Estado del procedimiento, los documentos judiciales destinados a esa parte se incorporarán a los autos y se considerará que han sido notificados. El TJUE constata que si bien el art. 1 no precisa las circunstancias en las que el documento «deba transmitirse» a otro Estado, de la interpretación sistemática del Reglamento resulta que su aplicación se excluye solo en dos supuestos: así, cuando se desconozca el domicilio o residencia del demandado y, en segundo lugar, cuando el demandado haya designado un representante autorizado en el Estado en el que tiene lugar el procedimiento. De todo ello resulta que la notificación de la que trata el litigio principal entra en el ámbito de aplicación del Reglamento. A propósito de la conformidad de éste con la normativa nacional en cuestión, el TJUE estima que hay total contradicción. Y ello porque el Reglamento contempla, con carácter exhaustivo, los distintos medios de transmisión posibles (así, artículo 2 y Sección 2), entre los que no se encuentra el sistema de notificación ficticia como el contemplado en la norma nacional.

STJUE 17 de enero de 2013. Georg Köck v. Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb. Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Se pregunta si la Directiva se opone a que un órgano jurisdiccional nacional ordene el cese de una práctica comercial por el único motivo de no haber sido previamente autorizada por la administración competente, pero sin haberse procedido antes a valorar el carácter desleal de dicha práctica. El litigio principal versaba acerca de un anuncio de una venta en liquidación, para el que no se había solicitado permiso. El TJUE, en primer lugar, verifica la naturaleza de práctica comercial del anuncio, toda vez que se trata de una medida publicitaria, inscrita en el marco de

la estrategia comercial de un operador y dirigida a la promoción e incremento de sus ventas. Constata, a continuación, que tal práctica no figura anexo I de la Directiva, lo que significa que su deslealtad debe juzgarse conforme a los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 sin que pueda declararse sin más por el solo hecho de no haber sido autorizada. La norma nacional que lo permite no es acorde con la Directiva.

STJUE 31 de enero de 2013. Denise McDonagh v. Ryanair Ltd. Petición de decisión prejudicial. Dublin Metropolitan District Court (Irlanda). Interpretación del Reglamento (CE) n.º 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Se pregunta, en primer lugar, si el cierre del espacio aéreo a raíz de la erupción del volcán Eyjafjallajökull constituyen «circunstancias extraordinarias» en el sentido del artículo 5 del Reglamento, de tal forma que no exoneran al transportista de su obligación de asistencia o si, por el contrario, dado su excepcional alcance, exceden del ámbito de tal concepto, por lo que dichos transportistas quedan liberados de tal obligación. El TJUE constata que el Reglamento no proporciona una definición de lo que debe entenderse por «circunstancias extraordinarias» y, de ahí, que su alcance deba determinarse conforme al lenguaje corriente. Se trataría, pues, de todas aquellas circunstancias que escapan el control del transportista aéreo, con independencia de su naturaleza y gravedad. El TJUE resuelve, en consecuencia, que en el caso planteado correspondía al transportista prestar asistencia a los pasajeros. Con motivo de ulteriores preguntas, el TJUE también concluye que tal obligación de asistencia no está limitada ni temporal ni económicamente, de tal forma se extiende a todo el período en que tales pasajeros deban esperar un transporte alternativo. Tal interpretación no vulnera el «principio de proporcionalidad» por cuanto las consecuencias económica que pueden derivarse de tal obligación de asistencia se consideran justificadas atendido el objetivo de protección de los pasajeros en tales circunstancias. Por lo demás, tampoco cabe estimar que se vulnera el «principio de igualdad» por imponer a los operadores aéreos unas obligaciones que no se imponen, en supuestos similares, a otros medios de transporte. Por el contrario, el TJUE considera que la situación de las empresas que intervienen en el sector de los distintos medios de transporte no es comparable entre sí y, de ahí, que quepa dictar normas que prevén un nivel de protección distinto en función del medio de transporte de que se trate.

STJUE 7 de febrero de 2013. Refcomp SpA v. Axa Corporate Solutions Assurance SA, Axa France, Emerson Network, Climaveneta SpA. Petición de decisión prejudicial. Cour de cassation (Francia). Interpretación del artículo 23 del Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El precepto reconoce la competencia para conocer de un determinado litigio al Tribunal al que le haya sido atribuida mediante acuerdo de las partes. Se pregunta si una cláusula similar pactada en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el comprador puede invocarse frente al subadquirente que, al final de una cadena de contratos de transmisión de propiedad celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros, ha adquirido el bien y quiere interponer una acción de responsabilidad contra el fabricante. El artículo 23,

que no contempla la posibilidad de transmisión de una cláusula atributiva de competencia, si exige que haya sido acordada por las partes o, en su caso, expresamente consentida por el tercero frente a quien pretenda invocarse. Más allá, los requisitos y formas con arreglo a los que puede considerarse prestado dicho consentimiento pueden variar en función de la naturaleza del contrato inicial. En el caso *a quo*, toda vez que no hubo relación contractual entre el subadquirente y el fabricante del bien no puede considerarse que medió tal acuerdo. Por lo demás, dejar la cuestión de la oponibilidad al subadquirente de una cláusula de atribución de competencia a los derechos nacionales podría menoscabar, por ser divergentes entre sí, el objetivo de unificación de las normas de competencia judicial que establece el Reglamento.

STJUE 21 de febrero de 2013. ProRail BV v. Xpedys NV, FAG Kugelfischer GmbH, DB Schenker Rail Nederland NV, Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen NV. Petición de decisión prejudicial. Hof van Cassatie (Bélgica). Interpretación del Reglamento (CE) n.º 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. Según el artículo 1.1, letra b, del Reglamento sus normas serán de aplicación en materia civil o mercantil cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico, solicite la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro. En su caso, los requisitos para tal realización directa de pruebas se relacionan en el artículo 17. Mediante la petición prejudicial se pregunta si un tribunal que pretende obtener una prueba pericial a realizar en otro Estado miembro debe acogerse necesariamente a tal Reglamento. El TJUE resuelve que no, atendiendo a la finalidad del Reglamento, que es la de facilitar la obtención de pruebas en otros territorios, pero sin restringir ni impedir otras posibilidades que impliquen prescindir de aquel texto.

STJUE 21 de febrero de 2013. Banif Plus Bank Zrt v. Csaba Csipai, Viktória Csipai. Petición de decisión prejudicial. Fővárosi Bíróság (Hungría). Interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La cuestión se formula a propósito de los artículos 6.1 (a cuyo tenor los Estados miembros deberán establecer que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor) y 7.1 (según el cual los Estados Miembros deben velar por la existencia de medios adecuados y eficaces para el cese del uso de cláusulas abusivas). Se pregunta si tales disposiciones permiten o prohíben que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula informe a las partes de tal motivo de nulidad y les inste a emitir una declaración en tal sentido. Recuerda el TJUE que el Derecho de la Unión confiere al juez no sólo la facultad de pronunciarse acerca de la abusividad de una cláusula sino, también, la de acordar de oficio todas las pruebas encaminadas a la verificación de tal carácter y, en su caso, la declarar de oficio aquella nulidad. Más allá, debe extraer todas las consecuencias derivadas de tal carácter a fin de verificar que tales cláusulas no vincularán al consumidor. Ello no empece, sin embargo, a que deba comunicar a las partes aquella apreciación de oficio a fin de que puedan conocer y discutir contradictoriamente los elementos examinados de oficio por el juez y sobre los que éste tiene la intención de fundamentar su decisión. Por lo demás, el artículo 4.1 de la

Directiva da respuesta a una ulterior cuestión relativa a si el juez nacional, a la hora de examinar una cláusula abusiva, debe valorar sólo las cláusulas en las que se basa la demanda o todo el contrato. El citado precepto ordena estar, entre otros parámetros, a «*las demás cláusulas del contrato*».

STJUE 26 de febrero de 2013. Air France SA v. Heinz-Gerke Folkerts, Luz-Tereza Folkerts. Petición de decisión prejudicial. Interpretación del Reglamento (CE), n.º 261/2004, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso en los vuelos. El artículo 6 calibra la extensión de la obligación de asistencia del transportista aéreo en función del retraso con respecto a la hora de salida y el artículo 7 hace lo propio respecto del derecho de compensación del pasajero, que se pondera atendiendo a la distancia a recorrer por el vuelo. Se pregunta si tiene derecho a una compensación el pasajero de un vuelo con conexiones que ha sufrido un retraso en la salida inferior a los umbrales establecidos en el artículo 6, pero que ha llegado a su destino final con un retraso igual o superior a tres horas con respecto a la hora de llegada programada. El TJUE constata que el Reglamento, por una parte, no ofrece una definición de lo que deba entenderse por «retraso» de un vuelo; por otra, en ocasiones trata del retraso atendiendo a la hora de salida y, en otras, hace lo propio considerando la hora de llegada. Recuerda, además, que los pasajeros que sufren un retraso igual o superior a tres horas, tienen derecho a una compensación económica al igual que los pasajeros a quienes se cancela un vuelo (art. 5). La extensión de tal compensación al supuesto de retraso se basa en que también en este caso el pasajero sufre una pérdida de tiempo irreversible e inconvenientes análogos. Dado que este inconveniente se materializa en la llegada al destino final, a efectos de la compensación del artículo 7 debe considerarse, en casos de vuelos con conexión, la hora de llegada al destino del último vuelo que coge el pasajero. En cualquier caso, si el retraso no se produce en los términos del artículo 6 (esto es: atendiendo a la hora de salida), el pasajero no tiene derecho a la asistencia que impone tal precepto al transportista.

STJUE 14 de marzo de 2013. Allianz Hungária Biztosító Zrt, Generali-Providencia Biztosító Zrt., Gépjármű Márkakereskedők Országos Szövetsége, Magyar Peugeot Márkakereskedők Biztosítási Alkusz Kft, Paragon-Alkusz Zrt, Gazdasági Versenyhivatal. Petición de decisión prejudicial. Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága (Hungría). Interpretación del artículo 101.1 del Tratado Fundacional de la Unión Europea. Se pregunta si constituye un acuerdo que tiene «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior», aquel acuerdo bilateral celebrado entre una entidad aseguradora y determinados talleres de reparación, o una entidad aseguradora y una asociación de talleres de reparación, en virtud de los cuales el precio por hora de reparación abonado por la entidad al taller por la reparación de vehículos asegurados por ella depende, entre otros factores, del número y porcentaje de contratos de seguro suscritos por la entidad por intermedio del taller, que actuaría como mediador de seguros. El TJUE recurre a la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto». Las primeras aludirían a acuerdos que por la propia naturaleza de su objeto ya pueden considerarse perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia; en el segundo caso, a falta de un grado de nocividad evidente del acuerdo, es necesario valorar sus

efectos sobre la competencia. En el primer caso, además, es suficiente con que el acuerdo sea apto para impedir, restringir o falsear la competencia; que el efecto se produzca realmente y su medida repercutirán, en su caso, en los derechos de indemnización que puedan reclamarse. Siendo ello así, la vinculación entre el precio de la remuneración a percibir por las reparaciones y el desarrollo de una actividad de mediación de seguros de automóvil no tiene por qué implicar automáticamente que se restrinja la competencia, pero sí constituye un dato importante para valorar si tal acuerdo es perjudicial. En el caso *a quo*, sin embargo, ocurría que los talleres no actuaban a nombre de las entidades aseguradoras, sino que se limitaban a proponer al tomador el seguro el que teóricamente le podía interesar más. En este contexto, el TJUE concluye que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si, en tales circunstancias y atendiendo a las expectativas de tales tomadores, los acuerdos controvertidos pueden perturbar de forma significativa el buen funcionamiento del mercado de seguros de automóvil.

STJUE 14 de marzo de 2003. Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa). Petición de decisión prejudicial. Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona. Interpretación de la Directiva 93/13 (CE), del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se pregunta, en primer lugar, si se opone a la Directiva una normativa nacional que no prevé, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en la abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, ni permite al juez que conoce del proceso declarativo que adopte medidas cautelares que garanticen la eficacia de su decisión final (así, la suspensión del proceso ejecutivo). El TJUE constata que, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, de los motivos de oposición en los procedimientos de ejecución hipotecaria y de las facultades del juez que conoce de la validez del título ejecutivo, todas estas cuestiones forman parte del ordenamiento interno en virtud del principio de autonomía procesal. Sin embargo, la regulación nacional no puede hacer imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos a los consumidores por el Derecho de la Unión. Tras el análisis del Derecho español sobre el particular, el TJUE verifica que, en tal sistema, la adjudicación final de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada ante el juez que conoce del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. La única excepción se produciría si el consumidor hubiera solicitado la práctica de una anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Sin embargo, tras constatar que existe un alto riesgo de que tal anotación no se solicite, (o que, en fin, el proceso declarativo se entable tras aquella certificación de tal forma que el consumidor acabe teniendo simplemente derecho a una indemnización), el TJUE concluye que el órgano jurisdiccional debe tener competencia para acordar de oficio cuantas medidas cautelares estime precisas a fin de garantizar la efectiva protección del consumidor. Se estima igualmente contrario al principio de efectividad el que no quepa formular en el proceso de ejecución motivos de oposición basados en la nulidad del título. Preguntado por el carácter abusivo de determinadas cláusulas, el TJUE recuerda que a él sólo compete la interpretación del concepto de «cláusula abusiva». En este sentido, a fin de apreciar si la cláusula en cuestión genera un «desequilibrio importante» entre

las partes, el juez nacional debe valorar si la cláusula sitúa al consumidor en peor situación que la que resultaría de aplicar, en defecto de pacto, las normas nacionales aplicables al caso. A propósito de las «exigencias de la buena fe», el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de una manera leal y equitativa al consumidor, éste hubiere aceptado tal cláusula en el contexto de una negociación individual.

STJUE 14 de marzo de 2013. Česká sporitelna, a.s. v. Gerald Feichter. Petición de decisión prejudicial. Městský soud v Praze (República Checa). Interpretación del Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El artículo 15 del Reglamento versa acerca de la competencia en materia de contratos celebrados con consumidores en determinados casos. En este sentido, constituye una excepción no sólo a la regla general de competencia (art. 2) sino también a la especial en materia de contratos (art. 5.1). A su amparo se pregunta si resulta aplicable tal disposición a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción mediante la que el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de tal título frente al avalista domiciliado en otro Estado miembro. El TJUE recuerda los tres requisitos de cuya concurrencia cumulativa depende la aplicación del artículo 15: en primer lugar, que una parte tenga la condición de consumidor y que esté actuando a fin de satisfacer las propias necesidades de consumo privado; en segundo lugar, que se trate de un contrato efectivamente celebrado entre tal consumidor y el profesional y, por último, que ese contrato pertenezca a alguna de las categorías a que se refiere el artículo 15. El TJUE estima que no puede apreciarse el primero de ellos en el litigio principal toda vez que la persona física que consta como avalista es gestor y partícipe mayoritario de la sociedad que emitió el título; en consecuencia, no actuó fuera e independientemente de cualquier finalidad profesional. Se pregunta en segundo lugar si, desestimada la aplicación del artículo 15, el órgano jurisdiccional competente para conocer de aquella misma acción debe determinarse aplicando el artículo 5.1 a) del Reglamento. Ello pasa, en primer lugar, por calificar como «materia contractual» la que existe entre el tenedor y el avalista de un pagaré. Tal concepto debe interpretarse de forma autónoma, sin remitirse a la calificación que desde el derecho interno pueda darse a una determinada relación jurídica. Siendo ello así, el artículo 5.1, a) presupone la existencia de una obligación libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante. Y así puede calificarse la asumida por quien libremente avaló las obligaciones del emisor. El artículo 5.1, a) exige, además, aclarar el sentido de la expresión «lugar en el que hubiere sido o debiere haber sido cumplida la obligación» (toda vez que serán competentes los tribunales de ese lugar). En este particular, la determinación de ese lugar deberá efectuarse aplicando la ley que rija la obligación según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio.

STJUE 21 de marzo de 2013. RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Se pregunta, en primer lugar, si la Directiva resulta aplicable en caso de cláusulas que reproducen disposiciones legales o reglamentarias

imperativas. El artículo 1.2 excluye tales cláusulas del control de abusividad toda vez que es legítimo presumir que el legislador ya habrá establecido el equilibrio necesario entre los derechos y obligaciones de las partes. Ahora bien, tal exclusión no rige en caso de que tal transcripción obedezca a la voluntad de las partes, siendo así que las disposiciones legales que se reproducen están dictadas para otro tipo de contratos, excluido expresamente el del litigio principal. En segundo lugar, se pregunta si es conforme a la Directiva una cláusula contractual mediante la que una compañía de gas se reserva el derecho a modificar unilateralmente el precio del suministro, pero sin indicar la causa o el alcance de la modificación. El TJUE estima que en el marco de contratos de duración indeterminada, es plenamente legítimo el interés de la empresa suministradora en poder adaptar el coste de un servicio. Sin embargo, tal adaptación debe satisfacer las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia. Valorar el cumplimiento de esto último compete al juez nacional. En especial, debe comprobar si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y modo de variación de tal coste, de tal forma que el consumidor pueda prever sus eventuales modificaciones y, en su caso, ejercer efectivamente su derecho de rescisión contractual. La falta de información no puede compensarse informándole con suficiente antelación, pero una vez iniciada la ejecución del contrato, de la modificación que va a aplicarse y de su derecho a rescindirlo si no desea aceptar la modificación.

STS 11 de abril de 2013. Land Berlin v. Ellen Mirjam Sapir, Michael J. Busse, Mirjam M. Birgansky, Gideon Rumney, Benjamin Ben-Zadok, Hedda Brown. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se pregunta si el concepto «materia civil y mercantil» incluye una acción de repetición de lo indebido que un organismo público pretende dirigir contra un particular a quien, en un procedimiento administrativo y por error, se le abonó una indemnización superior a la que tenía derecho. El TJUE estima que la cuestión depende si aquel organismo público actúa o no en ejercicio de una función pública; ello depende, a su vez, del fundamento y modalidades de ejercicio de la acción entablada. Siendo ello así, el TJUE concluye que es «materia civil» toda vez que la devolución del exceso no forma parte del procedimiento administrativo por el que se otorgaron las indemnizaciones y la base jurídica de la reclamación son las normas civiles en materia de cobro de lo indebido. La segunda cuestión se formula al amparo del artículo 6.1, a cuyo tenor, si hubiere varios demandados, las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellas siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que fuera oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente. Se pregunta si existe tal relación cuando los demandados invocan derechos sobre los que únicamente cabe pronunciarse de manera uniforme. El TJUE recuerda que para que haya realmente contradicción (y, más allá, quepa aplicar el artículo 6.1) no es suficiente con un simple riesgo de divergencia en la resolución de los litigios, sino que se requiere que tal divergencia se inscriba en el marco de una misma situación de hecho y de Derecho; no es imprescindible, sin embargo, que las acciones ejercitadas contra los distintos demandados participen de un mismo fundamento jurídico. El TJUE concluye estimando aplicable el artículo 6.1. Se pre-

gunta, en fin, si a fin de aplicar este último precepto se exige, además, que los codemandados tengan su domicilio en un Estado miembro de la Unión. De la mano de la interpretación estricta que merece tal regla especial de competencia, el TJUE excluye la posibilidad de demandar, ante los tribunales de un Estado miembro, a una persona domiciliada fuera de la UE.

STJUE 18 de abril de 2013. Meliha Veli Mustafa v. Direktor na fond «Garantirani vzemania na rabotnitsite i sluzhitelite» kam Natsionalnia osiguriteln institut. Petición de decisión prejudicial. Varhoven administrativen sal (Bulgaria). Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Se pregunta si la Directiva obliga a los Estados a establecer garantías para los créditos de los trabajadores en cada fase del procedimiento de insolvencia del empresario y, en particular, a si se opone a una normativa que prevé sólo una garantía para los créditos de los trabajadores generados antes de la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, aun cuando dicha resolución no ordene el cese de las actividades del empresario. El TJUE resuelve la cuestión acudiendo al artículo 3.2 de la Directiva, en cuya virtud los créditos atendibles por la institución de garantía serán las remuneraciones impagadas correspondientes al periodo indicado libremente por los Estados miembros.

STJUE 16 de mayo de 2013. Melzer v. MF Global UK Ltd. Petición de decisión prejudicial. Landgericht Düsseldorf (Alemania). Interpretación del artículo 5.3, del Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A tenor de aquel precepto, las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas, en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso. Se pregunta si la disposición permite determinar la competencia jurisdiccional frente a uno de los presuntos autores del daño que no actuó en el ámbito competencial del órgano que conoce, siendo así que se trata del tribunal correspondiente al lugar del hecho generador imputado a otro de los presuntos coautores, que sin embargo no es parte del litigio. El TJUE inicia su razonamiento destacando que la regla especial de competencia contenida en el artículo 5.3 es de interpretación estricta y que se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que será el órgano objetivamente mejor situado para conocer del litigio. Sin embargo, en el caso del litigio principal en el que se trata de demandar a un coautor que no actuó en el territorio del órgano jurisdiccional, la determinación de la competencia exigiría examinar el fondo del litigio o, cuanto menos, la cuestión relativa a las circunstancias en las que cabe imputar a uno de los coautores la actuación llevada a cabo por otro. A fin de resolverlo, y a falta de derecho de la UE sobre el particular, el órgano jurisdiccional probablemente recurriría a su Derecho nacional, con el riesgo de apreciaciones divergentes que ello podría conllevar en contra del principio de la seguridad jurídica. El TJUE concluye, consecuentemente, que no cabe demandar a un coautor ante el órgano correspondiente a un lugar en el que no actuó.

STJUE 30 de mayo de 2013. Erika Jörös v. Aegon Magyarország Hítel Zrt. Petición de decisión prejudicial. Fővárosi Bíróság (Hungría). Interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se pregunta, en primer lugar, si un tribunal nacional que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por el profesional, puede examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas, cuando esa causa de invalidez no se ha suscitado en primera instancia y, además, el Derecho nacional, no permite tener en cuenta en apelación hechos o pruebas nuevas. El TJUE, tras constatar que las normas procesales son competencia de los Estados, recuerda los límites a los que está sujeta tal autonomía procesal; así, al principio de equivalencia y al de efectividad. Según el primero, si el tribunal remitente constatará que tiene competencia en situaciones similares de derecho interno para apreciar la nulidad que derive de los elementos presentados en primera instancia y recalificar el fundamento jurídico de la demanda, entonces debería también tenerla en la del litigio principal. Exige el segundo que las disposiciones nacionales de que se trata se interpreten y apliquen con el fin de garantizar la efectividad de los derechos protegidos por el ordenamiento jurídico de la UE. Debe atenderse de forma especial al principio de efectividad en aquellos supuestos en los que, según el derecho interno, la competencia para declarar abusiva una cláusula no corresponde al órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto. Se pregunta, en segundo lugar, si apreciada de oficio la nulidad de una cláusula por abusiva, el tribunal debe anular el contrato por esta causa aunque las partes no hayan formulado una petición en este sentido. En este particular, el TJUE distingue entre: primero, la nulidad y no aplicación de la cláusula, que resultan imperativas para el órgano jurisdiccional salvo que, informado de ello, el consumidor haya manifestado su oposición; segundo, la nulidad del propio contrato, que sólo procederá si no puede subsistir sin la cláusula nula.

STJUE 30 de mayo de 2013. Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito v. Jahani BV. Petición de decisión prejudicial. Gerechtshof te Amsterdam (Países Bajos). Interpretación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se pregunta, en primer lugar, si entra en el ámbito de aplicación de la Directiva el contrato de arrendamiento celebrado entre un arrendador que actúa en el ámbito de su actividad profesional y un arrendatario que lo hace con fines privados. El TJUE resuelve que, más allá de las diferencias existentes entre las distintas versiones del texto oficial de la Directiva, se impone la necesidad de ser interpretada en función de la voluntad real del legislador europeo, que fue la de no distinguir entre tipos contractuales. A fin de resolver la segunda cuestión, el TJUE reitera la jurisprudencia ya contenida en resoluciones anteriores. Así, corresponde al tribunal competente apreciar de oficio el carácter abusivo de tales cláusulas, resultando imperativa su no aplicación aun cuando el consumidor no hubiese formulado una petición en este sentido. En cualquier caso, el principio de contradicción exige que el juez informe a las partes de la abusividad a fin de que puedan alegar y acreditar lo que a su derecho convenga. En cuanto a los efectos de la nulidad, se concretan en la no aplicación de la cláusula, sin que el juez pueda, en su caso, suplir su contenido disponiendo otro en lugar del

anulado. De permitirse esto último, se estaría inutilizando el efecto disuario que para los profesionales tiene la nulidad de las cláusulas abusivas.

STJUE 30 de mayo de 2013. Genil 48, S.L, Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L. v. Bankinter, S.A, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. Petición de decisión prejudicial. Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Madrid. Interpretación de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros. La petición se presenta en el marco de dos litigios relativos a unos contratos de permuta financiera, denominados «swaps», destinados a proteger a quienes suscribieron determinados productos financieros frente a las variaciones de los tipos de interés revisables correspondientes a tales productos. La primera cuestión se plantea a propósito del artículo 19, relativo a las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes. El precepto impone a la empresa de inversión la obligación de llevar a cabo una evaluación a fin de poder asesorar adecuadamente al cliente. Tal evaluación debe desarrollarse en los términos previstos en los apartados 4 y 5 del artículo 19. El apartado 9, sin embargo, excepciona lo anterior en caso de ofrecerse un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras normas de derecho europeo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información. Se pregunta en qué circunstancias un servicio de inversión debe entenderse que «forma parte» de un producto financiero. El TJUE, tras reiterar la necesidad de ofrecer una interpretación uniforme del Derecho de la Unión y destacar que el artículo 19.9 debe ser objeto de una interpretación restrictiva (así, por tratarse de una excepción), concluye que un servicio financiero forma parte de un producto cuando se ofertó junto con éste, en tanto que formando parte intrínseca de él. En cualquier caso corresponde al órgano jurisdiccional nacional valorar la concurrencia de tal supuesto de hecho atendiendo a distintos indicios (así, por ejemplo, a la duración del servicio y del producto, a la aplicación o no del servicios a distintos productos...). Se pregunta, en segundo lugar, si constituye «asesoramiento en materia de inversión» (a efectos del art. 4.1.4 de la Directiva) el hecho de ofrecer a los clientes contratos de permuta en las circunstancias del litigio principal. El TJUE resuelve que la respuesta depende, no tanto de la naturaleza del producto, sino de la forma en que se ofreció al cliente: sólo si se llevó a cabo de forma personalizada (y, no, a través de recomendaciones divulgadas al público en general) cabe entender que hubo asesoramiento en materia de inversión. Se pregunta, en fin, acerca de las consecuencias contractuales de no observar lo dispuesto en el artículo 19 acerca de las exigencias de evaluación e información al cliente. Resuelve el TJUE que, dado que la Directiva no prevé que los Estados deban incorporar consecuencias concretas, corresponderá determinarlas al órgano jurisdiccional nacional aplicando derecho interno y, en cualquier caso, respetando los principios de equivalencia y efectividad.

Jurisprudencia Nacional
(octubre 2012 a mayo 2013)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Cláusulas abusivas

STS (Sala Civil. Pleno) de 9 de mayo de 2013 (JUR 2013\146287).
Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Cláusulas suelo en contratos de préstamo o crédito hipotecario celebrados con consumidores. El 20 de marzo de 2013, una nota de prensa del CGPJ anunciaba sucintamente el contenido de la que sería la sentencia objeto de esta reseña y ya entonces generó perplejidad, especialmente debido a la contradicción existente entre la declaración de nulidad de determinadas cláusulas de limitación a la baja del tipo de interés (las llamadas cláusulas suelo) y la imposibilidad de reclamar las cantidades indebidamente pagadas con anterioridad, cuando es de todos conocido que lo que es nulo, ningún efecto produce. En todo caso, el TS sigue un largo camino antes de llegar a la conclusión de la nulidad por falta de transparencia y a la imposibilidad de aplicación de las consecuencias de esa nulidad a los pagos ya efectuados. El primer problema con el que se enfrentaba el Tribunal era la cuestión de la legitimación de AUSBANC, la actora, siendo así que la entidad había sido excluida del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, debido al incumplimiento de sus deberes. El mencionado registro es imprescindible para que estas asociaciones puedan actuar en defensa, no solo de sus miembros y asociados, sino también de los intereses generales de los consumidores y usuarios (arts. 37 y 54 TRLCU). La sentencia de apelación había negado esta legitimación a AUSBANC; en cambio, el TS se la reconoce, debido, entre otros motivos, al hecho de que la expulsión del registro es una sanción que debe interpretarse restrictivamente y no puede tener carácter retroactivo, siendo así, además, que la resolución no era firme cuando se inició el proceso ni tampoco cuando se dictó la sentencia de primera instancia, de modo que la legitimación de la entidad debe entenderse perpetuada (*vid.* FJ 2, especialmente párrafos 78 y 79). Tras desestimar los restantes motivos de infracción procesal, el TS dedica el resto de su largo *excursus*, a partir del FJ 6, a ponderar el posible carácter abusivo de las cláusulas de limitación del tipo de interés objeto de análisis. Se trata de cláusulas contenidas en distintos contratos de préstamo hipotecario (o de novación de los mismos) ofrecidos por BBVA, NovaCaixaGalicia y Cajas Rurales Uni-

* Profesora agregada de Derecho civil (Universitat de Barcelona).

das, cuya redacción se transcribe en el antecedente de hecho primero. Vale la pena destacar que, si bien todas las cláusulas suelo reproducidas aparecen en ubicaciones relativamente alejadas del punto en que se refleja el tipo de interés remuneratorio del préstamo (índice más diferencial), hay diferencias notables entre ellas. Así, mientras en algunos casos se establece un tipo de interés mínimo (o suelo) en forma de porcentaje único, en otras se emplea una fórmula más compleja, en la que al tipo mínimo se le añade un diferencial, sobre el que pueden operar bonificaciones. El distinto nivel de sofisticación de las cláusulas no conduce a discriminación alguna por parte del Tribunal, pese a que, como es sabido, la causa de nulidad que acaba acogiendo es la falta de transparencia y no un posible carácter abusivo, por desequilibrado, de la cláusula suelo. En el FJ 6 el TS repasa doctrina reciente del TJUE, recordando que el control de oficio es garantía del efecto útil de la Directiva 93/13, aunque ello deba conciliarse con el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, acaba concluyendo que (párrafo 130): «Lo expuesto es determinante de que, en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas». Solo se hace referencia a la STJUE de 14 de marzo de 2013 en el párrafo 254, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, cuando su pronunciamiento sobre la inadecuación del procedimiento de ejecución hipotecaria español al Derecho europeo quizá no hubiera sido tan necesario de haber aplicado los tribunales el control de oficio al que se refiere el Tribunal, cosa que no hacían de modo uniforme. A continuación, el FJ 7 se dedica a la aplicabilidad al caso de la normativa sobre condiciones generales de la contratación. En concreto, se trata de valorar si podían considerarse condiciones generales de la contratación cláusulas que versan sobre los elementos esenciales de los contratos, de modo que el consumidor necesariamente las conoce y las acepta libre y voluntariamente, tal y como estableció la Audiencia en la sentencia recurrida. A este respecto, el TS concluye, en primer lugar, que (párrafo 144): «a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta (*sic*) se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo; b) El conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o condición particular– es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias –singularmente para el imponente– no obligaría a ninguna de las partes; c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial». En cuanto a la imposición de las condiciones generales, se estima que (párrafo 165): «a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato

sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios; d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario». Todo ello, claro está, no conduce necesariamente a la ilicitud de las referidas cláusulas. Como ya se ha indicado, tampoco es óbice al control de las condiciones generales de la contratación el hecho de que un determinado sector esté regulado (así, en el caso que nos ocupa, regían las órdenes de transparencia y de tipos de interés, comisiones y publicidad en la contratación de préstamos hipotecarios) (párrafo 178). Las entidades financieras demandadas se habían opuesto al control de abusividad de las cláusulas por referirse a un elemento esencial del contrato, argumento acogido por la sentencia de apelación. El TS coincide con la Audiencia en que las cláusulas suelen referirse al objeto principal del contrato y que cumplen una función definitoria o descriptiva esencial (párrafo 190), pero a renglón seguido afirma que ello «no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo» (párrafo 191), entre otras cosas, por ser la Directiva 93/13 una directiva de mínimos (STJUE de 3 de junio de 2010). Sin embargo, el TS reconoce que su doctrina anterior coarta en buena medida esta posibilidad (párrafo 195): «En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTs 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las “contraprestaciones” –que identifica con el objeto principal del contrato– a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio». Ahora bien, a continuación, el FJ 11 se dedica a lo que el Tribunal llama el control de inclusión de las condiciones generales o el doble control de transparencia aplicable al caso. En este sentido, empieza por concluir que: «202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euríbor. 203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores, a tenor del artículo 7 LCGC». Pero una vez admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, dedica el FJ 12.º a analizar si, además, superan el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores, con base en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y 80.1 TRLCU. En este sentido, afirma que: «211.[...]. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede inci-

dir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. 212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante». Respecto de las cláusulas suelo analizadas, en particular (FJ 13): «223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas –generales o particulares– de los suscritos con consumidores. 224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo –recordemos que el BE indica que “estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas”–, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza. 225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor». Visto el carácter poco claro de las cláusulas de referencia, que permite el análisis de su eventual abusividad pese a ser definitorias del objeto principal del contrato, el TS recuerda que este control no se ciñe a contratos con obligaciones recíprocas, con lo cual se evita la «espinosa cuestión» (en palabras del Tribunal) del discutido carácter real del contrato de préstamo (párrafos 243 a 245). A continuación, el FJ 15 se decide a «analizar si las cláusulas examinadas, cuando incumplan el deber de transparencia en los términos indicados, deben ser consideradas abusivas por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor, extremo este que no examinó la sentencia recurrida, al rechazar el control del carácter abusivo de las cláusulas de estabilización de tipos de interés». Todo ello, partiendo de la licitud *per se* de este tipo de cláusulas, incluso cuando se fije un suelo y no un techo (párrafos 255 a 262); la valoración del equilibrio pasa por analizar al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto, que se entiende perjudica al consumidor-adherente en la medida en que comporta, sin la claridad suficiente, una conversión del préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo con variabilidad al alza. Este FJ 16 acaba concluyendo que: «254. Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato –de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados—. También hemos indicado que no cabe identificar “objeto principal” con “elemento esencial” y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme “parte inescindible de la definición contractual

del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa”. Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento. 275. Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia». Finalmente, y no estando exento de polémica, ante la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal acerca de la mal llamada «retroactividad» del pronunciamiento, el TS, con alusión a doctrina propia, del TC y del TJUE, decide que la nulidad de las cláusulas opere de modo «irretroactivo», en virtud de consideraciones de seguridad jurídica. En este sentido (FJ 17): «293. En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que: a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas; b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas –el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero–; c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España “[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable”; d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado –su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera–; e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos –en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más–, sino en la falta de transparencia; f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia; g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994; h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos; j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor; k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas. 2.4. Conclusiones. 294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia». En conclusión, que parece bastante triste a quien suscribe estas líneas, no es preciso, en el sentir del Tribunal, que se devuelvan las cantidades *indebida-*

mente pagadas porque resultaría demasiado caro a las entidades financieras demandadas. Me temo que si esto es protección frente a cláusulas *abusivas por no transparentes*, podíamos habernos ahorrado buena parte del trabajo. La consigna que se desprende de esta sentencia podría resumirse del siguiente modo: «Empresario, predisponga cláusulas perjudiciales para el consumidor de forma poco clara y, hasta que le demanden, no sucede nada y, en el ínterin, todo esto que habrá cobrado de más al consumidor».

Principios de Derecho europeo de los contratos (PECL)

STS (Sala Civil) de 15 de enero de 2013 (JUR RJ 2013\2276). Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. Compraventa celebrada sin el consentimiento de todos los comuneros. El TS revoca la sentencia apelada en el sentido de entender que la venta de cosa ajena es, en principio, válida. Emplea como argumento el principio de conservación del negocio (FJ 1): «Este principio no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. De modo que tal y como hemos señalado en las recientes Sentencias de 28 junio (RJ 2012, 8603) y 10 septiembre de 2012, precisamente en el marco del contrato de compraventa, la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica». Cuestión distinta es que pueda producirse el efecto jurídico-real perseguido (la transmisión de la propiedad), cosa que se analiza desde la perspectiva del incumplimiento contractual.

STS (Sala Civil) de 17 de enero de 2013 (RJ 2013\1819). Ponente: Francisco Marín Castán. Compraventa de inmuebles: incumplimiento de los compradores por no haber obtenido financiación. Se firmó contrato privado de compraventa en abril de 2008 y el vendedor requirió a los compradores para que elevasen a público el documento en julio de 2008. Ante la demanda de cumplimiento por parte de la vendedora, los compradores alegaron la imposibilidad de obtener financiación debido a la crisis económica generalizada. En su FJ 3, el TS se plantea la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*: «Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia

considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS 27-6-84 (RJ 1984, 3438), 17-5-86 (RJ 1986, 2725), 21-2-90 (RJ 1990, 707) y 1-3-07 (RJ 2007, 1618)). Por otra parte, en la actualidad es clara una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación)». Sin embargo, acaba concluyendo que la crisis económica, por sí sola, no da lugar a la aplicación de esta doctrina: «En suma, la posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba, tales como el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia».

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil (PETL)

STS (Sala Civil. Pleno) de 10 de septiembre de 2012 (RJ 2012\11046). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Accidente de circulación: corresponde a cada uno de los vehículos implicados resarcir la totalidad del daño causado cuando no se pueda acreditar la contribución causal de cada uno de ellos. En el FJ 4.D puede leerse que: «[...] en trance de unificar la doctrina existente con efecto de fijación de jurisprudencia, dada la divergencia existente entre las distintas audiencias provinciales, nos inclinamos por entender que la solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas. Las razones en que se funda esta conclusión son las siguientes: (a) Esta es la doctrina seguida por un número considerable de audiencias provinciales. (b) Constituye una solución aceptada expresamente por alguna de las legislaciones de Derecho comparado, como se ha expuesto. (c) Es una doctrina próxima, aunque no coincida con ella, a la que inspira la jurisprudencia de esta Sala tendente a proclamar la solidaridad impropia entre los agentes que concurren a causar el daño cuando no puede establecerse la proporción en que cada uno de ellos ha contribuido a su producción. (d) Es acorde con la tendencia que se registra en el Derecho comparado a atribuir responsabilidad

plena a los causantes simultáneamente de un daño por una pluralidad de actividades (v. gr., PETL, art. 3:102, según el cual: «En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima»). (e) Es la doctrina más acorde con la presunción de causalidad, que rige en el sistema de responsabilidad objetiva por riesgo, en relación con el agente de la actividad peligrosa que interviene en la producción del daño característico de dicha actividad de riesgo. Estimamos que, cuando, por falta de datos, no resulta posible destruir la presunción fundada en el riesgo creado por cada conductor respecto de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo (supuesto a que se contrae el caso enjuiciado), el principio de responsabilidad objetiva puede resultar dañado si, sin otro fundamento que haber existido otra posible causa concurrente, presuntivamente se restringe la causalidad imputable a cada conductor en la producción de los daños al otro vehículo a una proporción del 50% (esta reducción sí sería procedente si se probase que ambos causaron el accidente en dicha proporción). Entendemos, en suma, que el criterio más acorde con el principio de responsabilidad objetiva del agente por el riesgo creado y con la presunción de causalidad respecto de los daños característicos correspondientes a la actividad de riesgo (por falta de prueba al respecto de la concurrencia de una causa legal de exoneración o disminución), debe conducir a la conclusión de que cada conductor, y por tanto, cada vehículo, es responsable del 100% de los daños causados a los ocupantes del otro vehículo interviniente en la colisión. En consecuencia, encontrándonos ahora en este último caso de incertidumbre causal, en que no se ha podido acreditar el concreto porcentaje en que ha contribuido el riesgo de cada vehículo al resultado producido, procede declarar a cada uno de sus conductores plenamente responsable de los daños sufridos por los ocupantes del otro vehículo implicado en la colisión, de tal manera que corresponde al demandado abonar el 100% de los daños personales reclamados por el recurrente que resulten acreditados».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Pasaron dos meses entre la publicación de la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, y la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que intenta dar respuesta a los mandatos del Tribunal Europeo. Durante ese período, distintas juntas de jueces de primera instancia adoptaron acuerdos encaminados a establecer el procedimiento a seguir para permitir que el propietario del inmueble hipotecado tuviese la oportunidad de oponerse al procedimiento de ejecución hipotecaria por entender que en el contrato de préstamo o en el negocio de constitución de la garantía existían cláusulas abusivas. Así ocurrió, por ejemplo, en Cataluña ([http://www.icab.cat/files/242-375543-DOCUMENTO/Junta%20Jueces_BCN_2013_04_04_unificaci%C3%B3n%20criterios%20desahucios%20\(2\).pdf](http://www.icab.cat/files/242-375543-DOCUMENTO/Junta%20Jueces_BCN_2013_04_04_unificaci%C3%B3n%20criterios%20desahucios%20(2).pdf)). Sin embargo, en otros territorios este tipo de acuerdos se habían adoptado con anterioridad –si bien a la luz de las consideraciones de la Abogada General (de 8 de noviembre de 2012), que, como era previsible, se plasmaron en la resolución definitiva–; así, puede verse, por ejemplo, el Acuerdo de los Jueces de Primera Instancia de Valencia de 4 de diciembre de 2012 (JUR 2012\386997). Debido a la importancia que ha adquirido esta cuestión en los últimos meses y a la indudable influencia del Derecho europeo en este punto, dedicamos

esta parte de la reseña de jurisprudencia nacional únicamente a decisiones relativas al control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contractuales en ejecuciones hipotecarias u ordinarias y a las decisiones más relevantes en materia de cláusulas de limitación del tipo de interés (o cláusulas suelo), que, en general, presentaban una mayor sensibilidad a la cuestión y, sin duda, condenaban a la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de la estipulación que se declara nula.

Control de oficio de cláusulas abusivas: préstamos o créditos hipotecarios

AAP Barcelona (Sección 19.ª) de 19 de diciembre de 2012 (JUR 2013\86473). Ponente: Ramon Foncillas Sopena. Apreciación de oficio del carácter abusivo de los intereses de demora (19%) en procedimiento de ejecución hipotecaria. Se aplica a este procedimiento la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10) respecto del proceso monitorio. Se estima que la consecuencia no debe ser que se deniegue el despacho de la ejecución, como entendió el juez de primera instancia, sino que se despache tras presentar la entidad nuevo cálculo de lo solicitado, aplicando como interés de demora el legal del dinero, en aplicación del artículo 1108 CC. *Vid.* también AAP Barcelona (Sección 16.ª) de 9 de noviembre de 2012 (JUR 2013\9124), de la que fue ponente Jordi Seguí Puntas, que también considera apreciable de oficio la abusividad en una ejecución hipotecaria; FJ 6.º: «Cuanto antecede es también extensivo a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados regulada en los artículos 681 a 698LEC, puesto que la “particularidad” de esa ejecución según la cual el ejecutado (deudor, hipotecante o tercer poseedor) está impedido de formular en el seno del propio proceso una oposición fundada entre otros motivos en la “nulidad del título” (art. 698.1 LEC), no llega hasta el punto de cercenar los poderes del juez previos al despacho de la ejecución, que se rigen por las normas comunes del proceso de ejecución, entre los cuales, como se expuso en los párrafos precedentes, se halla el de apreciar una eventual ilicitud –total o parcial– del título por contener alguna cláusula abusiva. En definitiva, el Juzgado apreció adecuadamente la abusividad del régimen de la mora de los deudores, pero debió pronunciarse sobre la viabilidad del resto de la pretensión dineraria de la entidad ejecutante, no afectada por esa nulidad».

SAP Islas Baleares (Sección 3.ª) de 26 de marzo de 2013 (JUR 2013\145944). Ponente: María Rosa Rigo Rosselló. Préstamo hipotecario: se admite la pretensión de la actora (prestataria) de que se declaren abusivos unos intereses de demora del 20% y se señala, *obiter dicta*, la posibilidad de que se hubiera apreciado de oficio el referido carácter abusivo en el procedimiento de ejecución hipotecaria. En cambio, y a la luz de la STJUE de 14 de marzo de 2013, no se consideró abusiva la cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota del préstamo. Hay que señalar, no obstante, que la ejecución se había iniciado tras tres impagos.

AAP Vizcaya (Sección 3.ª) de 11 de abril de 2013 (JUR 2013\119298). Ponente: María Concepción Marco Cacho. Intereses moratorios: apreciación de oficio en ejecución hipotecaria. La Audiencia confirma la decisión del juzgado de primera instancia de declarar nulos por abusivos los intereses moratorios pactados, entendiendo que el control de oficio de las cláusulas abusivas es posible no solo en el procedimiento monitorio, sino en cualquier

tipo de procedimiento, incluido el ejecutivo hipotecario. A la luz de la STJUE de 14 de marzo de 2013, habría sido necesario habilitar un cauce para la oposición de la entidad a la declaración de abusividad, pero la Audiencia entiende que, a la vista de las alegaciones formuladas por la recurrente, el resultado habría sido el mismo, por lo que confirma la decisión recurrida por razones de economía procesal.

Destacan también algunos autos de Juzgados de primera instancia, como el AJPI núm. 2 de Marchena (Provincia de Sevilla), de 15 de enero de 2013 (JUR 2013\41771), en que se admite la oposición a una ejecución hipotecaria por parte de la sociedad limitada demandada (a la que se reconoce la condición de consumidora, por operar fuera de la esfera de sus actividades) a unos intereses de demora del 23% o el AJPI núm. 4 de Arrecife (Provincia de Las Palmas) de 8 de abril de 2013 (JUR 2013\107857), en que el juez básicamente estima que es abusivo cualquier interés moratorio superior al interés normal, puesto que «[e]n los tiempos en que vivimos, no tiene ninguna justificación, salvo el afán de enriquecimiento de las entidades financieras, el establecimiento de intereses moratorios superiores, ni siquiera en un punto, a los intereses normales, dado que ninguna pena o sanción se puede imponer a quien ninguna culpa tiene por no poder atender a un préstamo hipotecario».

Control de oficio de cláusulas abusivas: ejecución ordinaria

SAP Islas Baleares (Sección 3.ª) de 28 de noviembre de 2012 (AC 2012\1648). Ponente: Catalina M.ª Moragues Vidal. Préstamo personal: se avala el control de oficio de las cláusulas abusivas por parte de los tribunales y se entiende, en la línea de lo establecido por la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10), que la declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios no permite su integración, como hizo el juzgador de instancia, si bien en este caso la AP no puede revocar parcialmente la decisión, puesto que ello perjudicaría al apelante.

SAP Soria (Sección 1.ª) de 28 de noviembre de 2012 (JUR 2013/9585). Ponente: Belén Pérez-Flecha Díaz. Préstamo personal: control de oficio de las cláusulas abusivas, como por ejemplo las que establecen un tipo de interés moratorio desproporcionado. Desde la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10), no es posible integrar y, en este caso, ni siquiera se aplica el interés legal del dinero (art. 1108 CC). En sentido parecido, SAP Asturias (Sección 1.ª) de 31 de octubre de 2012 (AC 2012\2227), de la que fue ponente Guillermo Sacristán Represa; en un caso en que el demandado se habría conformado con una rebaja de los intereses remuneratorios y moratorios, se declaran los dos abusivos y, por tanto, se permite únicamente la reclamación del capital. Respecto de un juicio cambiario, con el mismo resultado, AAP Girona (Sección 1.ª) de 31 de octubre de 2012 (JUR 2013\13033), de la que fue ponente Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.

AAP Barcelona (Sección 19.ª) de 28 de diciembre de 2012 (JUR 2013\86785). Ponente: Asunción Claret Castany. Préstamo personal. El juez de primera instancia había denegado el despacho de la ejecución de un título extrajudicial por entender que los intereses de demora (29%) eran abusivos. La AP confirma el carácter abusivo de la cláusula y estima que, como consecuencia de su nulidad, rige el artículo 1108 CC, y que el juzgado debió proceder a despachar la ejecución por la cantidad adecuada. En sentido parecido,

SAP de Barcelona (Sección 1.^a) de 20 de noviembre de 2012 (AC 2012\1635), de la que fue ponente Antonio Ramón Recio Córdova; AAP Barcelona (Sección 19.^a) de 21 de noviembre de 2012 (JUR 2013\31556), ponente: José Manuel Regadera Sáenz; SAP de León (Sección 2.^a) de 7 de febrero de 2013 (JUR 2013\126882), ponente: Alberto Francisco Álvarez Rodríguez; SAP Pontevedra (Sección 6.^a) de 23 de enero de 2013 (JUR 2013\63034), ponente: María Soledad Guerra Valés, en cuanto declara la nulidad de las cláusulas de intereses y aplica el artículo 1108 CC. Véase también la AAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 29 de octubre de 2012 (JUR 2012\393436), de la que fue ponente Francisco Javier Pereda Gámez y de la que trae causa la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10).

Préstamos hipotecarios (cláusulas suelo)

SSAP Cáceres (Sección 1.^a) de 5 de octubre, 19 de noviembre y 14 y 19 de diciembre de 2012 (AC 2012\1971, AC 2013\44, AC 2013\83 y JUR 2013\33577). Ponentes: Luis Aurelio Sanz Acosta (AC 2013\44) y Antonio María González Floriano (las tres restantes). Se declara la nulidad de diversas cláusulas suelo por falta de negociación individualizada y por falta de reciprocidad. En algunos casos el suelo era del 2,65%. Se plantea también la cuestión de la litispendencia en acciones colectivas entabladas por asociaciones de consumidores y usuarios. Véase también la SAP Islas Baleares (Sección 5.^a) de 22 de marzo de 2013 (JUR 2013\166658), de la que fue ponente María Arantazu Ortiz González, y SAP Cáceres (Sección 1.^a) de 9 de noviembre de 2012 (JUR 2012\396647), de la que fue ponente Juan Francisco Bote Saavedra. En todas estas decisiones, no solo se declaraba nula la cláusula suelo, sino que también se obligaba al reembolso de las cantidades indebidamente cobradas, con el interés legal correspondiente.

Otras repercusiones de la doctrina del TJUE en cuanto a la imposibilidad de integrar cláusulas declaradas abusivas

Por otro lado, los efectos de la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10) se han dejado sentir también en otros ámbitos. Así, por ejemplo, en la SAP Barcelona (Sección 1.^a) de 23 de octubre de 2012 (JUR 2012\405143), de la que fue ponente Antonio Ramón Recio Córdova, relativa a un contrato de mantenimiento de ascensores, se declara la nulidad, por abusiva, de la cláusula que establecía una indemnización del 50% de las cantidades que quedarían por pagar en caso de desistimiento unilateral por parte de la comunidad de propietarios arrendataria del servicio y, estando vedada la posibilidad de integración, se acaba permitiendo el desistimiento extemporáneo sin causa desprovisto de sanción alguna, o SAP Pontevedra (Sección 1.^a) de 12 de noviembre de 2012 (JUR 2012\396796), de la que fue ponente Jacinto José Pérez Benítez, en la que se llegó al mismo resultado, tras considerar también abusiva la cláusula de duración del contrato (10 años) y de preaviso para evitar la prórroga automática (180 días).

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones y notas

VAQUER ALOY, Antoni - BOSCH CAPDEVILA, Esteve - SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (coords.): *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia. Tomos I y II*, Atelier, Barcelona, 2012, 1880 pp. ISBN: 978-84-92788-85-9.

La presente obra es el resultado colectivo de un proyecto de investigación coordinado y enmarcado en las actividades de dos grupos de investigación consolidados: por un lado, el Grupo de Investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya «Dret Civil Català i dret privat europeu»; y, por otro, el Grupo consolidado del Plan Andaluz de Investigación «Contratos y Derecho de Familia». En su elaboración han trabajado 18 investigadores, pertenecientes a cuatro universidades españolas: Paloma de Barrón Arniches, Neus Cortada Cortijo, María José Puyalto Franco, Jaume Ribalta Haro, y Antoni Vaquer Aloy, de la Universidad de Lleida; M.^a Amalia Blandino Garrido, María Dolores Cervillo Garzón, María Paz Sánchez González e Isabel Zurita Martín, de la Universidad de Cádiz; Reyes Barrada Orellana, Esteve Bosch Capdevila, Ana Giménez Costa, Sergio Nasarre Aznar, Pedro del Pozo Carrascosa y Héctor Simón Moreno de la Universidad Rovira i Virgili; Andrés Miguel Cosials Ubach, de la Universidad de Barcelona; y Sonia Ramos González, de la Universidad Pompeu Fabra.

Desde la publicación del *Draft Common Frame of Reference* (a partir de ahora, DCFR) y de sus comentarios oficiales [Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) (ed.): *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (6 Volúmenes), ed. Sellier, 2009] varios investigadores españoles se han ocupado de estudiar el mencionado texto, publicando estudios de distinto alcance que podríamos clasificar en tres grandes tipos de investigaciones. En primer lugar, cabe citar aquellos estudios que se centran en el análisis de la regulación contenida en el DCFR. Se trata, fundamentalmente, de obras colectivas [*vid.*, a título de ejemplo, *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual* (dir. por Bosch Capdevila, ed. Bosch, 2012), *Unificación del derecho patrimonial europeo* (coord. por Valpuesta Gastaminza, ed. Bosch, 2011) y *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (coord. por Bosch Capdevila, ed. Bosch, 2009)]. Aunque existen también artículos doctrinales que adoptan esta perspectiva (véase, a título de ejemplo, el número 320 del año 2011 de la revista *Noticias de la Unión Europea* dedicado al Derecho Privado Europeo y en el que cabe encontrar valiosas contribuciones sobre la materia). En segundo lugar, algunas publicaciones reflexionan acerca del significado y alcance de este borrador académico como instrumento de unificación del Derecho Privado Europeo [*vid.*, a título de ejemplo, el segundo capí-

tulo del libro ya citado *Unificación del derecho patrimonial europeo*; y el artículo «El Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos», que, si bien está firmado por investigadores europeos (Eidenmüller, Faust, Grigoleit, Jansen, Wagner, Zimmermann; la traducción corrió a cargo de Rodríguez Rosado), se ha publicado en una revista nacional (*ADC*, 2009, núm. 4, pp. 1461 a 1522)]. En tercer lugar, comienza a ser frecuente que estudios doctrinales de Derecho español tengan en cuenta el DCFR [véase, a título de ejemplo, Fenoy Picón: «La compraventa del Texto Refundido de Consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE», en *ADC*, 2013, II (en prensa cuando se entregó la presente reseña); y Gómez Calle: «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Marco Común de Referencia», en *ADC*, 2012, pp. 31 a 102].

¿En qué grupo de los anteriores se inserta la obra de la que se está dando cuenta en estas líneas? Probablemente en ninguno de ellos. Se trata de una nueva forma de abordar el estudio del DCFR y que consiste en un *comentario exegético a los Libros II y IV del DCFR*. Dicha básica definición del contenido de esta amplia obra de dos tomos exige ser desarrollada y matizada para ofrecer al lector una idea lo más precisa posible sobre ella.

1. Se trata de un comentario exegético, tal y como se indica en el Prólogo de la obra (p. 72), lo cual condiciona toda la estructura del libro, que sigue la sistemática del DCFR, y que consiste en un comentario individual a cada artículo. Como excepción se sitúa el comentario al Libro IV.C, dedicado al contrato de servicios, que va precedido de un breve estudio histórico que, a juicio de los autores, ilumina y ayuda a comprender mejor la regulación de este contrato.

2. Se trata de un estudio relativo a una parte del *Derecho contractual*. El DCFR consta de diez libros y un Anexo terminológico. La presente obra se ha centrado en dos Libros, el II y el IV. El Tomo I se dedica al Libro II, que se ocupa de la parte general del contrato: tras unas disposiciones generales (Capítulo 1), trata la no discriminación (Capítulo 2), los deberes precontractuales (Capítulo 3, que incluye los deberes de información, el deber de prevenir errores de introducción de datos y reconocimiento de recepción, los deberes de negociación y de confidencialidad, las reglas aplicables a los bienes muebles o servicios no solicitados y los daños por incumplimiento de los deberes regulados en dicho capítulo), la formación del contrato y de otros actos jurídicos (Capítulo 4), el derecho de desistimiento (Capítulo 5), la representación (Capítulo 6), las causas de invalidez del contrato (Capítulo 7), la interpretación (Capítulo 8) y el contenido y efectos de los contratos (Capítulo 9). El Tomo II se dedica al Libro IV, relativo a la compraventa (Parte A), al arrendamiento de bienes muebles (Parte B), al contrato de servicios (Parte C), al mandato (Parte D), a los contratos de agencia comercial, franquicia y distribución (Parte E), al préstamo (Parte F), a las garantías personales (Parte G) y a la donación (Parte H).

3. Si bien el DCFR es el objeto principal de estudio, no es éste el único texto de Derecho Privado Europeo analizado. El proceso de armonización del Derecho Privado Europeo dio un paso más en el mes de octubre de 2011, con la publicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores; y, de ese mismo año, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL)

(COM (2011) 635 final). El antecedente de la citada Propuesta es, precisamente, el DCFR. El paso intermedio entre ambos textos fue el *Feasibility Study on a future initiative on European Contract Law* (FS), disponible en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf. El FS y el CESL han sido incorporados a la obra con un encomiable esfuerzo de los investigadores, cuya labor se encontraba ya en la fase final cuando estos textos se dieron a conocer.

El Grupo de Expertos que redactó el FS y el CESL, grupo nombrado por la Comisión europea, mediante Decisión de 26 de abril de 2010, tenía como misión seleccionar aquellas partes del DCFR relacionadas con el Derecho Contractual y llevar a cabo una labor de reestructuración, revisión y perfeccionamiento de las disposiciones elegidas. Pues bien, el libro del que se está dando cuenta en estas líneas ofrece ya una primera panorámica de los cambios introducidos. A modo de ejemplo, la mera lectura del índice muestra qué instituciones, reguladas en los Libros II y IV del DCFR, han sido desechadas en el FS y en el CESL: porque cuando estos textos las han regulado se dedica un epígrafe a su análisis; por el contrario, la ausencia de dicho epígrafe en el comentario de un artículo concreto, viene a significar que esa materia no ha pasado el filtro del Grupo de Expertos que han llevado a cabo la labor de depuración del DCFR.

4. Si bien se trata de una obra de Derecho Privado europeo, tiene como contrapunto al Derecho español. Tal y como informan los autores en el Prólogo de la obra (p. 71), los investigadores se marcaron dos objetivos esenciales: en primer lugar, analizar la regulación que se propone en el DCFR; y en segundo lugar comprobar el impacto de esta regulación en el Derecho civil español. Este segundo objetivo tiene su plasmación en la estructura del comentario de cada artículo, que finaliza siempre con un epígrafe denominado «Compatibilidad con el Derecho español». En dicho epígrafe se toman en consideración el Código Civil, el Código Civil de Cataluña, el resto de normativa autonómica (cuando existe) y la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación (Suplemento del Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII, Enero 2009).

Es digno de elogio y admiración el notable esfuerzo realizado por los autores de la obra, que ofrecen una herramienta de trabajo extremadamente útil para quien desea aproximarse a la regulación de los libros II y IV del DCFR y a sus similitudes y diferencias esenciales con el Derecho contractual español: la obra le proporcionará, por un lado, las claves para comprender las difíciles materias en liza; y, por otro lado, los materiales doctrinales y jurisprudenciales necesarios para, en su caso, seguir profundizando en su estudio.

Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

BOSCH CAPDEVILA, Esteve (dir.): *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, 642 pp. ISBN: 978-84-9790-954-9.

El Catedrático Esteve Bosch dirige con acierto la publicación que es objeto de reseña, donde se recoge el análisis de los principales retos que debe afrontar el derecho de contratos. Este libro se edita, asimismo, con ocasión

del 50 aniversario de la aprobación de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, con lo que entre los autores se reúnen los principales juristas catalanes sobre este Derecho.

La publicación se inicia con un preámbulo introductorio a cargo del propio Dr. Bosch, que analiza los desafíos de la codificación del Libro VI del Código Civil de Cataluña dedicado a las obligaciones y los contratos, y propone una regulación completa de la materia, que evite los problemas que puedan derivar de la aplicación, directa o supletoria, de otros cuerpos legales. A continuación, el catedrático Antoni Vaquer analiza en un amplio capítulo el marco general del nuevo Derecho de Contratos con el objetivo puesto a los documentos normativos y académicos que surgen en el ámbito europeo inspirados, principalmente, del DCFR. El Dr. Vaquer pone especial atención en analizar la situación legislativa francesa (los trabajos prelegislativos posteriores al *Rapport Catala*) y las recodificaciones en la Europa Central (Hungría, Rumania o República Checa), para trasponer las consecuencias ante una futura modificación del Libro de Obligaciones y Contratos del Código Civil y de la redacción del Libro VI del Código Civil catalán que está en marcha.

El enriquecimiento injusto es objeto de un exhaustivo análisis por el catedrático Ferran Badosa. En esta ocasión, dedica su participación a analizar la formación de este concepto. Así, este capítulo de libro se divide en una reseñable aportación que realiza respecto al origen y consolidación de este concepto en la legislación suiza; y, por otro lado, en la inserción en el Código Civil español del enriquecimiento injustificado. Respecto de esta segunda parte, analiza con detenimiento la diferenciación del enriquecimiento injustificado respecto de los cuasicontratos, desde una perspectiva jurídica; o el componente económico del enriquecimiento injustificado: el enriquecimiento a costa del empobrecimiento de otro.

El catedrático José M.^a Miquel dedica su aportación a tratar sobre la reserva del dominio, haciendo una comparativa histórica desde el Derecho Romano y el Derecho Intermedio. Asimismo, realiza un análisis comparativo de las diferentes legislaciones europeas que recogen esta institución, examinando cuál es su configuración concreta. Sin embargo, el principal objeto de su participación es analizar en nuestra legislación (Código Civil y las diferentes leyes especiales) la configuración de la reserva de dominio, su eficacia y consecuencias en la transmisión de la propiedad, afirmando que el pacto de reserva de dominio no es desproporcionado, ni abusivo, sino que es un pacto equilibrado y conforme en una compraventa con precio aplazado.

El siguiente aspecto analizado es la responsabilidad extracontractual. Este aspecto es tomado en consideración por los catedráticos Miquel Martín-Casals y María Paz García Rubio en sendos capítulos de libro. El primero de ellos, correspondiente al Dr. Martín-Casals, analiza ampliamente, entre otros aspectos, la causalidad de hecho y los problemas causados por la incertidumbre. Se agradece al autor que ejemplifique mediante supuestos prácticos los diferentes supuestos de incertidumbre, bien, a través de remisión a la Jurisprudencia, bien, a través de la construcción de supuestos científico-doctrinales. Por otro lado, la Dra. García Rubio dedica su contribución al análisis de la responsabilidad precontractual, mediante el recurso del análisis de casos. Así, se centra en analizar el supuesto de ruptura de negociaciones para adquirir un local para una librería, conducidas con mala fe; la ruptura del deber de confidencialidad sobre datos obtenidos en el proceso de negociación de un contrato que no se llegó a celebrar (de gran interés, al centrarse en el campo de las innovaciones científico-técnicas, en particular, de la elaboración de

material informático); y, finalmente, el dolo o error en el proceso de celebración de un contrato que sí se llega a celebrar. La catedrática M.^a Paz García Rubio utiliza con acierto la extensa fuente normativa existente en materia de responsabilidad (PECL, CC, DCFR, Propuesta de Modernización del CC).

A continuación, la catedrática Ana Cañizares analiza la resolución de contratos por incumplimiento en el concurso de acreedores. Un supuesto de notable actualidad en estos tiempos. La Dra. Cañizares pone especial atención en el análisis de las obligaciones recíprocas y su vigencia a pesar de la declaración de concurso. Asimismo analiza la eficacia de la resolución de las obligaciones contractuales tras haberse declarado el concurso, en particular, respecto del artículo 61.2 LC. Afirma la autora que sólo se puede resolver por el incumplimiento del otro, añadiendo que las consecuencias de esta resolución serán liberatorias e indemnizatorias.

El contrato de compraventa recogido en el Marco Común de Referencia (DCFR) es ampliamente diseccionado por la catedrática M.^a Paz Sánchez González, donde recoge cada una de sus singularidades: la definición de bienes muebles, los bienes futuros, la propiedad intelectual como objeto de compraventa, las compraventas de consumo, la determinación de la cosa y del precio objeto de compraventa, la obligación del vendedor de *recibir* los bienes o los efectos de la transmisión del riesgo. Este capítulo de libro constituye uno de los principales elementos de consulta para un conocimiento breve, sucinto y de calidad de esta figura contractual que encontramos en el DCFR.

El director de esta publicación, el catedrático Esteve Bosch, también participa como autor doctrinal en el cuerpo de esta obra. Para ello, escoge la anulación del contrato por explotación injusta que se puede encontrar en el artículo 1301 del Proyecto de Modernización del Código Civil. El análisis de este precepto viene precedido por una comparación entre las diferentes legislaciones europeas y de las propuestas armonizadoras del derecho contractual (DCFR, *Feasibility Study* o el Instrumento Opcional). El Dr. Bosch analiza los requisitos exigidos para llevar a cabo este anulación, concluyendo que la norma que contiene el Proyecto de Modernización, además de enlazar con el contexto legislativo y académico actual, evita la explotación de la situación de necesidad de una persona.

Las siguientes contribuciones proceden por un lado de experimentados profesionales del Derecho (Notarios, Registradores o Abogados), así como, de profesores e investigadores especializados en ese específico campo. El Registrador de la Propiedad, Ángel Valero, examina la novación modificativa de las hipotecas, tema de especial interés, en la actual crisis hipotecaria. Posteriormente, el Notario, Manuel González-Meneses, aporta una interesante reflexión sobre la firma electrónica como instrumento de imputación jurídica en la contratación electrónica. Su amplio análisis de la materia, a través de las leyes especiales, Directivas Europeas y el Código Civil, amén de la doctrina especializada en la materia, constituye un referente en una sociedad abocada cada día más a la contratación electrónica. Así, una de las principales conclusiones que se extraen es la justificada demanda de seguridad, es decir, de conseguir una imputación segura de las declaraciones electrónicas a sus autores. El bloque de capítulos redactados por profesionales del Derecho lo finaliza la contribución conjunta realizada por los abogados y profesores universitarios, Joaquim-Joan Forner –catedrático de la UB– y Miguel Torres –profesor asociado de la UB– especializados en Derecho Internacional Privado. El objeto de su análisis es la competencia judicial internacional en materia contractual.

Los autores ponen especial interés en el nuevo artículo 5.1 del Reglamento Bruselas-I sobre la competencia judicial en materia de compraventa de mercaderías y de la prestación de servicios. Es reseñable, asimismo, la amplia utilización de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para argumentar su exposición.

Finalmente, como avanzábamos, el libro «*Nuevas perspectivas del derecho contractual*» recoge un último bloque de autores que dedican sus contribuciones al análisis pormenorizado de alguna concreta cuestión contractual o aspecto legislativo del derecho de contratos. Así, el Dr. Corral, analiza la garantía comercial de las ventas de consumo en el DCFR, analizando aspectos interesantes como la carga de la prueba de la falta de idoneidad del producto o una reflexión sobre la limitación de la responsabilidad del garante. Seguidamente, la Dra. Rodríguez Guitián analiza la regulación de la causalidad alternativa en el DCR, mediante el examen de la presunción de la relación de causalidad y de la responsabilidad solidaria. A continuación, el Dr. Jiménez Muñoz, analiza con acierto las perspectivas de regulación del derecho de desistimiento en el Derecho Europeo de Contratos, tomando como origen y fuente el DCFR y la, *en aquel entonces todavía*, propuesta de Directiva sobre los Derechos de los Consumidores. La Dra. Diéguez Oliva, analiza, inmediatamente después, la representación indirecta en la Propuesta de Modernización del CC, comparándola con los PECL y el DCFR. Asimismo, aporta un interesante examen de las resoluciones de la DGRN sobre la materia. La Dra. Saborido Sánchez se encarga de aportar su visión crítica por la supresión de la causa en el nuevo derecho europeo de contratos y la influencia que puede tener sobre el ordenamiento jurídico español y francés. El análisis de la fijación unilateral del precio de la compraventa por una de las partes es la contribución que nos ofrece la Dra. Pacheco Jiménez. El Proyecto de Modernización del CC es nuevamente analizado, en esta ocasión por la Dra. Macía Morillo, en relación a la extinción del poder de representación por concurso. La Dra. Crespo Mora nos ofrece una breve crónica de la regulación del contrato de servicios en el DCFR y su posible adaptación al CC. La Dra. Tomás Martínez se ocupa, igualmente, de analizar el DCFR, en esta ocasión, respecto de la tendencia europea a favorecer la conformidad contractual en el tiempo señalado para el cumplimiento. El Dr. Simón Moreno, se encarga de examinar la accesoriadad de las garantías personales en el Libro VI del Código Civil de Cataluña. Finalmente, la profesora Giménez Costa retoma el análisis del DCFR, y, particularmente, sobre el principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada.

En definitiva, la publicación de esta interesante e indispensable obra permite al lector informarse y formarse sobre las más recientes inquietudes jurídicas en el ámbito del derecho contractual.

Andrés Miguel COSIALLS UBACH
Universitat de Barcelona

BALDUS, Christian - FINKENAUER, Thomas - RÜFNER, Thomas (eds.): *Bologna und das Rechtsstudium. Fostschritte und Rückschritte der europäischen Juristenausbildung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. 290 pp. ISBN 978-3-16-150773-1.

El volumen es una *repetita praelectio* de una obra anterior, publicada en 2008, dirigida por los mismos profesores, bajo el título de *Juristenausbil-*

dung in Europa zwischen Tradition und Reform (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008; recensión en ADC 2010, 1, pp. 323-327.). Aquella obra, resultado de un simposio celebrado en Tréveris entre los días 23 y 25 de noviembre de 2007, estaba destinada a reflexionar en torno al pasado, presente e incierto futuro de la educación jurídica en Europa desde una perspectiva histórica y comparada, un tema de vibrante actualidad en ese momento en toda Europa, pero particularmente en España, cuando se estaba produciendo el cambio en los planes de estudio en todas las Facultades de Derecho y las expectativas despertadas por el «modelo de Bolonia» en la práctica resultaban de todo punto exageradas (si bien el tono general de las contribuciones de aquel volumen no era precisamente complaciente con los «nuevos aires» auspiciados por ciertas instituciones europeas). El motivo de aquel simposio y el correspondiente libro fue, en particular, la resistencia a la idea de ver el «proceso de Bolonia» como una mera justificación de un proceso natural necesario, así como a dejar el debate únicamente en el campo de los intereses económicos y corporativos, dado que la calidad de la formación de los juristas es un elemento de importancia capital para el adecuado funcionamiento del Estado de Derecho y, en consecuencia, no puede abandonarse solamente al criterio de los especialistas y de los grupos de interés, sino que afecta todos. El objetivo no fue otro, pues, que proporcionar una fundamentación científica a la discusión material en torno al procedimiento más correcto de encauzar los estudios jurídicos a la altura de estos tiempos, y para ello se hacía necesario enfocar la cuestión con una perspectiva histórica y comparatista, aunque el declarado interés central de los organizadores del evento era, obviamente, el estado presente y la panorámica de futuro de los estudios jurídicos en Alemania.

Esta obra que aquí se nos presenta constituye una continuación y profundización de aquella, pero con una óptica mucho más matizada como consecuencia de la experiencia del rodaje de ese nuevo «paradigma boloñés» en muchos lugares de Europa.

En efecto, desde la aparición de la anterior edición de este volumen muchas cosas han cambiado en Europa a estos efectos. Algunos Gobiernos impulsores del proceso reformista han caído, otros han cambiado de posición. La experiencia del rodaje del «modelo Bolonia» en disciplinas distintas de las ciencias jurídicas también está teniendo repercusiones. Consecuentemente, este libro no se ha limitado a ser una mera reproducción o actualización del anterior, sino que introduce algunas modificaciones importantes.

La obra se estructura en dos bloques fundamentales: experiencias y expectativas, siendo el primero de dimensiones notablemente superiores al segundo. Ese primer bloque se articula en dos partes diferenciadas: una primera de carácter metodológico y una segunda (más extensa), de carácter más informativo y práctico. En la parte metodológica se presentan dos exposiciones generales de las experiencias formativas en el campo del Derecho a nivel europeo y americano, una de carácter histórico (T. Rübner) y otra de carácter comparatista (T. Raff). Ambos textos son meras panorámicas de la situación, no pretenden aportar grandes novedades, de modo que el lector interesado hará bien en consultar la edición anterior para encontrar informaciones más sustanciosas, sobre todo desde el punto de vista histórico.

A continuación aparece una batería de informes nacionales, donde se da cuenta de la reforma de los estudios jurídicos en diversos Estados de Europa, por orden alfabético (en alemán): Finlandia (H. Pihlajamäki), Francia (J. Walter), Gran Bretaña (M. Trybus), Italia (P.F. Mondini), Países Bajos (L. Winkel), Austria (V.T. Halbwachs), Polonia (W. Dajczak), Eslovenia

(J. Krajnc), España (F. Gascón Inchausti) y Hungría (A. Földi). También hay informes generales sobre Latinoamérica (A. Jaeger Junior) y Estados Unidos (J. Zekoll). Finalmente, en este bloque, hay un largo informe sobre la situación en Alemania (U. Manger), donde la controversia en torno a la conveniencia o no (más bien esto último) de la instauración del «modelo de Bolonia» en los estudios jurídicos ha sido especialmente acalorada. Allí se introdujo una reforma en 2002 que incorporaba algunos elementos tomados de las propuestas de Bolonia, pero sin aceptar enteramente el modelo *bachelor/master* para los graduados en Derecho y sin suprimir la institución tradicional alemana del *Staatsexam*. En este trabajo no se ofrece una visión muy clemente de los resultados de esta reforma en las Universidades alemanas, lo que se corrobora en el artículo conclusivo a cargo de los editores del volumen.

El segundo bloque se refiere a las «expectativas» que despierta el modelo boloñés, particularmente desde la óptica alemana. Ahí se recogen los resultados de la discusión que tuvo lugar en el congreso de Tréveris de 2007 y se actualizan. En primer lugar, H. Schöbel analiza la conveniencia (o más bien inconveniencia) de la introducción del sistema de «Bolonia» en los estudios de Derecho, rompiendo así la secular tradición de combinación de ciencia y praxis a través de los estudios universitarios seguidos de los dos exámenes de estado, con participación de profesionales prácticos del Derecho. Por su parte, P.-C. Müller-Graff sugiere que la introducción del modelo de «Bolonia» en Alemania sería irresponsable, puesto que supondría cambiar un sistema cuya eficacia ha sido contrastada internacionalmente por otro de resultados inciertos y discutibles: el tipo de profesional en el que está pensando el «modelo boloñés» no es el del *Volljurist* de la tradición alemana, sino uno bien distinto, orientado al mercado, para el que puede bastar una educación universitaria de tres años, y no puede privarse a la Universidad alemana de la posibilidad de seguir formando tales juristas integrales como ha venido haciéndolo hasta ahora con un éxito reconocido. El libro se cierra, como hemos dicho, con un trabajo conclusivo a cargo de los co-editores: en él los autores se muestran extraordinariamente críticos tanto con la reforma alemana de 2002 como con la perspectiva de una posible profundización del modelo de Bolonia en las Facultades de Derecho de Alemania. A su juicio, esta reforma, al igual que otras en el pasado, con la promesa de una mejora en la calidad educativa de los estudios universitarios y una formación más práctica de los estudiantes y en menos tiempo, ha traído consigo en realidad un descenso de nivel formativo, un incremento del gasto burocrático y una mayor duración de la permanencia de los estudiantes en las aulas. Los autores contrarrestan los argumentos de los defensores de la implantación del «modelo boloñés» en las Facultades de Derecho alemanas y rebaten sus objeciones hacia el modelo tradicional. Su posición, en definitiva, es que, no existiendo ninguna obligación jurídica derivada del Derecho comunitario de implantar esta reforma, no existe ninguna razón para hacerlo, porque esta supone una pérdida de algunas de las cualidades principales del «modelo alemán» (que ha comportado tradicionalmente diferencias cualitativas respecto de otros países europeos) sin obtener ninguna ventaja a cambio, además de traer las nefastas consecuencias anteriormente mencionadas.

Resulta, sin duda, muy de agradecer la aparición de este tipo de trabajos que tratan de evaluar los resultados que va arrojando un proceso de reforma universitaria que, iniciado con grandes aspiraciones y alharacas, en su realización práctica se está revelando como un paso fallido, o al menos un intento insuficientemente tomado en serio, para la renovación de las viejas y anqui-

losadas estructuras de la Universidad, particularmente visto desde España, si bien la lectura del volumen hace pensar que la experiencia española no se encuentra, en este punto, particularmente alejada de la foránea. Con todo, esto no pasa de ser una impresión subjetiva, aunque parezca ampliamente compartida por la comunidad educativa, puesto que, desde un punto de vista más científico, aún no ha pasado tiempo suficiente, y en especial aún no se dispone de un número apreciable de egresados universitarios conforme al nuevo sistema, como para disponer de datos objetivos que proporcionen una impresión más fiable. Habrá que esperar, por tanto, a nuevas ediciones, de este y otros trabajos similares, para poder tomar una postura que se muestre más plausible.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid

BACKHAUS, Jürgen G. - CASSONE, Alberto - RAMELLO, Giovanni B.: The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America, Cheltenham (RU) - Northampton (EEUU), Edward Elgar Publishing, 2012, 384 pp. ISBN 978-1-84720-803-3.

La obra realiza una propuesta de partida que puede calificarse de acertada: aportar la experiencia estadounidense de los procesos colectivos, en su versión de acciones de clase, a los ordenamientos europeos, dado que muchos de ellos ni siquiera recogen una auténtica regulación en este sentido. Para este propósito, se ocupan de la redacción de la obra una veintena de autores, de diversas nacionalidades y procedencias científicas, muchos de ellos de distintas disciplinas económicas y algunos de ellos con contrastada experiencia práctica en el terreno estudiado.

Es importante señalar que la referida es sólo la propuesta de partida, porque el contenido final que después encuentra el lector no es exactamente el citado. En realidad se incluyen, al final del libro, algunos informes nacionales y supranacionales (Portugal, Finlandia y el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica), que vienen precedidos por extensos análisis económicos del Derecho referidos a la normativa y experiencia estadounidense sobre todo, aunque también europea, algunos de ellos bastante complejos para un jurista sin formación económica. También aparecen trabajos muy breves, que quizás no debieran haber sido incluidos en la obra por su escasa aportación, junto con dos estudios que considero muy relevantes y acertados: el de Guido Calabresi, importante para entender el origen histórico real –tantas veces falseado– y el impacto sociológico de las *class actions* en Estados Unidos, así como el de Frederic M. Scherer, que explica de un modo muy simple, pero técnicamente impecable, la problemática económica de los abusos que muchas veces se cometen en la interposición de este tipo de demandas. Dichos abusos consisten en lo siguiente: algunos abogados, que no ejercen en realidad su función jurídica, solamente intentan buscar con un exceso de retórica y falaz argumentación, una injusta transacción, presionando a las grandes empresas con el único objetivo de obtener una indemnización millonaria que, más que servir a los intereses de los afectados, contribuyen al pago de los cuantiosos honorarios de los abogados que se encargan de este tipo de asuntos. Esa es una realidad conocida, aunque curiosamente se sigue hablando de ella con cierto temor, o bien incluso es sobreestimada, pero es absolutamente cierta y descubre el porqué de algunos procesos con indemnizaciones multi-

millonarias que aparecen publicados en los medios de comunicación, y que a cualquier observador crítico le parecen incomprensibles.

Se descubre así, a las claras, cómo existen sociedades de abogados que únicamente tienen por objeto la «creación» de este tipo de asuntos con un móvil, como se ha dicho, de enriquecimiento injusto, aprovechando para ello el hecho real amenazante de que el proceso civil estadounidense es carísimo en todos los sentidos si llega a celebrarse, lo que favorece que se alcancen, en la fase pre procesal –que es exageradamente extensa– indebidas transacciones que nunca debieron tener lugar. Además, se alude al hecho de que los costes de litigación para los miembros de la clase, aunque muchas veces se supone –o se afirma falsamente– que son bajos, en realidad pueden no serlo, resultando claramente antieconómico el *opt-in* en este tipo de litigios. Se destaca también cómo la Class Action Fairness Act de 2005, aun reconociendo la problemática, no ha tenido los resultados esperados para hallar las soluciones a los inconvenientes planteados.

Si algo descubre este libro, desde diversas perspectivas, son las miserias de los procesos colectivos, que debieran ser tenidas muy en cuenta por el legislador europeo antes de realizar propuestas como las que ya se están manejando. Los procesos colectivos no funcionan bien casi en ninguna parte. En Italia son testimoniales y su normativa no es adecuada. En Alemania, el procedimiento del auto-modelo tampoco acaba de ser la solución ideal en estos casos. En España, la realidad de los procesos colectivos es verdaderamente frustrante, aunque la legislación procesal civil cuenta con unas bases que sí que son apropiadas, pese a que les falta desarrollo en cuanto a los procesos con un número indeterminado de afectados.

En consecuencia, es posible que este libro acabe con la ensoñación generalizada existente, desde hace varios años, con respecto a este tipo de procesos, sobre todo desde el punto de vista doctrinal, y aunque solo fuera por ello, merece mucho la pena su atenta lectura, especialmente de los estudios ya reseñados. En estos procesos, en realidad, el único problema es que existen demasiados litigantes, lo que hace el proceso impracticable si quisieran comparecer todos a la vez. Identificado el problema, la solución no es manipular la cosa juzgada, como se intentó en el código modelo para Iberoamérica antes referido, sino mejorar sustancialmente la publicidad de estos procesos para reducir al mínimo los casos de afectados no identificados. Y una vez reunidos los afectados, debe pensarse en algún modo eficiente de afrontar los múltiples problemas probatorios que se plantean y que por lo general son incomprensiblemente ninguneados. También debe plantearse seriamente algún tipo de representación, probablemente pública, para evitar que sean solamente un objetivo crematístico de abogados, que es lo que, aunque duela decirlo y se oculte con frecuencia, está muchas veces en la base de su indebida popularidad.

Jordi NIEVA FENOLL
Universidad de Barcelona

SERRANO FERNÁNDEZ, María: *Las reglas de interpretación de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 216 pp. ISBN: 978-84-9004-566-4.

«El informe nunca era corto, partía del estado del mundo aunque en los varios lo urgente era la factura del teléfono». De este modo, que puede pare-

cer hasta divertido, describe Rossana Rossanda en sus memorias (*La muchacha del siglo pasado*, Foca, Madrid, 2008) como se desarrollaban las asambleas en las pequeñas células comunistas activadas en el Milán de la posguerra italiana. Quien hablaba, ante sus compañeros de fábrica o ante sus vecinos, siempre daba un gran rodeo. Terminaban tratando de sus pequeños problemas, laborales o del barrio, pero el orador de turno comenzaba siempre hablando de los acontecimientos internacionales o del país. Del centro del mundo a la periferia, de lo grande a lo pequeño.

En cierta medida, esto que nos describe Rossana Rossanda, es lo mismo que sucede en muchas de las monografías –y son bastantes– que se publican últimamente entre nosotros sobre los sucesivos intentos –tenemos que seguir hablando así– de unificación (y/o armonización) del Derecho privado europeo. Muchos de estos textos, en forma de libro o de artículo, incluyen, de manera parece que inevitable, un obligado capítulo o introducción sobre este proceso. Eso hace que el número de páginas aumente, la mayoría de las veces, con información, mejor o peor contada, pero más que conocida para el público medianamente informado. Los autores, y llama más la atención cuando son contrastados y experimentados, incurren en el conocido (y justificable, en este caso) vicio del bisoño doctorando que se siente impelido a dejar constancia de todo lo que ha leído y de todo lo que ha trabajado. Siendo cierto que cualquiera que se aproxime al proceso de unificación del Derecho privado europeo por vez primera, está obligado a hacer un esfuerzo para conocer qué ha sucedido en los últimos años, ello no ha de traducirse necesariamente en una exposición de dicho proceso en un trabajo que aborde un tema concreto y puntual tratado en alguno de los instrumentos producidos en dicho proceso. Esta tendencia es demostrativa, por otra parte, del estado embrionario, a pesar de los avances recientes y de los años transcurridos, en que nos encontramos respecto de la unificación del Derecho privado europeo. Si lo pensamos bien es como si alguien cada vez que aborda una institución o una figura regulada en el Código civil tuviese que relatar como se hizo éste. Si esto no sucede es porque sus antecedentes, el conocimiento de los mismos forma ya parte de la cultura jurídica común. Algo, obviamente, que todavía no sucede con el Derecho privado europeo.

En esta narración de los antecedentes de dichos intentos, enmarcados todos a posteriori en lo que puede denominarse el proceso de construcción del Derecho privado europeo, incurre, en buena medida, la monografía de María Serrano Fernández. La indudable calidad del texto que nos presenta, creo que no se habría resentido nada –más bien estoy convencido de lo contrario– si no hubiese incluido las primeras veinticinco páginas, dedicadas, en lo que denomina «Planteamiento», a dar cuenta de la historia de los intentos de formulación de un Derecho privado europeo –como tampoco se habría deteriorado el libro si hubiese eliminado la decena de páginas que dedica a explicar las características fundamentales del Common Law frente al Civil Law–. En descargo (innecesario) de la autora, hay que pensar que ha optado, ante la posibilidad de un lector no avezado en estas cuestiones, porque era mejor contarle que no contarle. Sea como fuere, con base fundamentalmente en la bibliografía de referencia más habitual sobre la materia, relata muy bien este proceso, subrayando como se habría pasado del Derecho privado comunitario, articulado a base de Directivas principalmente, a esta idea, a finales de los ochenta de un Derecho privado único para toda Europa. A partir de ahí, como es conocido, el relato es el de una sucesión de intentos, de impronta

doctrinal en su mayoría, que han culminado, por ahora, en el Draft Common Frame of Reference (DCFR).

El objeto principal del libro, salvado el rodeo señalado, es precisamente analizar las reglas de interpretación de los contratos en el DCFR. En cierto sentido, puede verse como una continuación de otra excelente monografía de la autora: *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2005). En ésta se propuso estudiar también algunas cuestiones relativas a la interpretación de los contratos, comparando las dos tradiciones jurídicas occidentales, la del Common Law y la del Civil Law, para verificar su reflejo respectivo en los principales instrumentos de unificación de Derecho privado producidos hasta entonces: la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios de Derecho europeo de los contratos. En esta monografía de ahora la perspectiva se amplía hasta el DCFR, con el objetivo, señala la autora, de determinar si en éste la regulación de la interpretación contractual se inspira en el modelo romano-germánico o en el anglosajón (o si ha recogido principios comunes a ambas tradiciones) e incluso si presenta algún cambio novedoso y original.

Entre ambos libros existe también una evidente continuidad metodológica. Los dos pueden considerarse como textos de Derecho comparado, en el sentido más clásico del término. El comparatismo, como no puede ser de otro modo, está muy presente en el tipo de trabajos que se están realizando al calor de este proceso. En efecto, un ejercicio comparatista típico es el que lleva a cabo tanto en el capítulo I, titulado «Derecho europeo», en el que realiza un recorrido por los Derechos civiles latinos o continentales, ocupándose de los ordenamientos italiano, francés, alemán y español, y por el Common Law, como también en el capítulo II, dedicado a «Las soluciones adoptadas en los instrumentos internacionales de unificación del Derecho material» (como una objeción menor hay que decir que el libro en este punto resulta un tanto confuso, ya que se ocupa principalmente de los instrumentos europeos pero también de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional, que tiene carácter supraeuropeo; la confusión, con todo, es puntual y menor, aunque ciertamente viene propiciada desde el mismo título del libro, manifiestamente mejorable; se tiene la sensación de que falta, al final, añadir el adjetivo «europeo»; o bien, la otra alternativa, dado que se ocupa no sólo del caso europeo, que en el título se usase el plural y no el singular, hablando de «procesos» y no de «proceso de construcción»).

El hilo argumental en los dos capítulos está constituido por varias cuestiones cuyo tratamiento analiza, comparativamente como he dicho, en cada uno de los ordenamientos e instrumentos que considera. A saber: en primer lugar, la vigencia de la conocida regla de origen anglosajón *parol evidence rule*, directamente relacionada con la fijación del material objeto de interpretación, cuestión vinculada a las llamadas *merger clauses* (cláusulas de restricción probatoria), de las que también se ocupa; en segundo lugar, la admisibilidad o no de la conocida como interpretación integradora o integrativa del contrato (una categoría creada por la doctrina alemana, con seguidores entre los autores italianos, pero que entre nosotros puede resultar un tanto innecesaria por contar con el art. 1258 CC); y en tercer lugar, por último, realiza un análisis de las normas o criterios de interpretación, a partir de su distinción entre subjetivas y objetivas, con especial atención a la cuestión de si entre ellas existe alguna suerte de jerarquización. Este largo periplo culmi-

na en el DCFR, en la idea, como la propia autora señala, de recorrer el mismo itinerario seguido con toda probabilidad por quienes han elaborado las reglas de interpretación de los contratos contenidas en éste (*vid.*, principalmente el Libro II, Capítulo 8, Sección I).

Las posibilidades de que el DCFR sea adoptado finalmente por las instituciones europeas son todavía inciertas. Es una cuestión de voluntad política que en estos momentos, dada la situación que vivimos, parece que puede quedar desplazada por otras urgencias. La falta de un decidido y claro impulso político es algo que ha acompañado a este proceso y que explica el carácter eminentemente académico o doctrinal del proyecto. Como señalaba muy bien Infante Ruiz («Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo», *Indret* 2/2008), el DCFR expresa las reglas y los principios que los investigadores que han intervenido en su elaboración han considerado más adecuadas y modernas para los contratos y las obligaciones no-contractuales, principalmente. A partir de ahí, hay que considerarlo sólo (o nada más y nada menos) como un precioso instrumento en manos de los estudiosos, perfecto si se usa bien para hacer progresar el Derecho. En definitiva, es como el si DCFR hubiera cursado una invitación a medirse con él. La Profesora Serrano es claro que la ha aceptado con esta monografía que nos ofrece, obteniendo además un impecable resultado.

César HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Vida jurídica. Reseña de Congresos en materia de Derecho Privado Europeo

Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Entwurf eines «Common European Sales Law» (CESL), Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn, 21 y 22 de abril de 2012

En los días 21 y 22 de abril del pasado año 2012 tuvo lugar en el acogedor entorno de la Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn un congreso extraordinario de la Unión de Profesores alemanes de Derecho civil (entiéndase por «alemanes» personas de lengua alemana), a la que tuve el honor de asistir por invitación del presidente de dicha asociación, el profesor Reinhard Zimmermann (Hamburgo). Dicho congreso estuvo dedicado monográficamente a hacer una valoración de conjunto y compartida del reciente proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (más conocida por sus siglas inglesas: CESL), de 11 de octubre de 2011, sometida a la discusión pública antes de ser definitivamente adoptada como un acto normativo por parte de las instituciones comunitarias, y que ha suscitado un enorme revuelo y grandes expectativas entre los estudiosos del Derecho privado europeo a nivel continental, por lo que un gremio tan prestigioso como el de la civilística alemana no podía permanecer indiferente ante ese fenómeno –en particular teniendo en cuenta que algunos de sus miembros han sido actores destacados en los trabajos de elaboración de dicho documento, por lo que esta reunión tenía también visos de convertirse en un cierto «ajuste de cuentas» científico con esos mismos actores–.

En la primera jornada de la reunión, tras los saludos protocolarios, del vicerrector de la Universidad de Bonn, Profesor Armin Cremers, y del presidente de la asociación, Prof. Zimmermann, este presentó una panorámica general del desarrollo de los proyectos de unificación del Derecho privado europeo hasta el reciente borrador de CESL y la enorme relevancia de este proyecto para el futuro de la ciencia del Derecho privado en Europa; de ahí la conveniencia de dedicar un congreso extraordinario de esa sociedad científica a analizar los principales aspectos de ese proyecto y formular sus críticas que, eventualmente, pudieran servir para mejorar su texto definitivo.

El desarrollo del programa científico discurrió de la siguiente manera: la primera jornada se dedicó en una primera mitad al estudio de aspectos externos del proyecto de Reglamento (en adelante, PR), con referencia a su ámbito de aplicación y las implicaciones del carácter opcional del instrumento que consagra; y la segunda mitad, en cambio, a cuestiones más sustanciales, como es la relación entre este proyecto y el acervo comunitario en materia de regulación de la defensa de los consumidores; esta consideración sustancial continuó en la segunda jornada, con respecto al Derecho contractual subya-

cente al borrador de CESL y a la relación entre compraventa y los contratos de servicios asociados a esta según la CESL.

La primera ponencia corrió a cargo de la profesora Astrid Stadler (Constanza/Rotterdam) en torno al tema de los presupuestos y el ámbito de aplicación de la CELS («Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des CESL»). Su intervención se centró en la relación entre la propuesta de Reglamento y las reglas del conflicto de leyes. El propio proyecto (Considerando n.º 10) indica que el Reglamento propuesto no debe afectar a ninguna de las normas vigentes en materia de conflicto de leyes. A juicio de la ponente, la intención de la Comisión está claramente movida por el deseo de evitar la aplicación de la regla de mayor protección a los consumidores del artículo 6.2 del Reglamento Roma I, objetivo que, en su opinión, es imposible de alcanzar. Ella propone una solución de naturaleza conflictual, pero indicándose al consumidor que la elección del CESL para regular su contrato puede acarrearle una reducción del nivel de protección respecto del que le proporcionarían las normas nacionales. La ponente se mostró crítica hacia la regulación del ámbito de aplicación del Instrumento Opcional: el concepto de consumidor («toda persona física que actúa con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión», art. 2 PR) es, desde su punto de vista, demasiado estrecho, y, por otro lado, no se entiende por qué el vendedor ha de ser necesariamente comerciante (art. 7.1 PR); resulta además criticable, por razones de seguridad jurídica, que en caso de los contratos B2B al menos uno de los contratantes deba ser una PYME (art. 7 PR). Junto a estas debilidades internas, la ponente observó la necesidad de hacer correcciones en las definiciones conceptuales, a menudo poco claras. En definitiva, la profesora Stadler se mostró crítica con el proyecto, que considera fallido, y propuso en cambio efectuar a una revisión del *acquis* comunitario en materia de consumo antes de emprender un proyecto realista de normativa de la compraventa europea.

La segunda ponencia le correspondió al profesor Stefan Grundmann (Humboldt-Universität, Berlín) y disertó sobre los costes y beneficios de un Instrumento Opcional de compraventa europea («Kosten und Nutzen eines optionalen Europäischen Kaufrechts»). A su juicio, un Instrumento Opcional en abstracto proporciona grandes oportunidades a los participantes del mercado: por un lado, brinda a los oferentes la posibilidad de reducir sus costes de transacción mediante el sometimiento a un solo Derecho contractual para todos los contratos, mientras que a los demandantes les da una opción más; al mismo tiempo, se mantiene la competencia entre el Instrumento Opcional y los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, esta concreta propuesta de Instrumento Opcional, a juicio de Grundmann, no acaba de aprovechar esas ventajas debido a su limitado y poco claro ámbito de aplicación. El hecho de que se trate solo de un Instrumento Opcional no autoriza, en su opinión, a pasar por alto sus debilidades, puesto que un Instrumento Opcional que no sea escogido por nadie no produce utilidad alguna. Para el ponente, no basta con una serie de correcciones de detalle, sino que hay que avanzar hacia una «solución amplia» consistente en el desarrollo en un procedimiento competitivo de un Derecho contractual opcional.

El debate subsiguiente a estas dos primeras ponencias se mantuvo en la misma actitud de escepticismo frente a la base jurídica escogida por la Comisión para realizar la propuesta de reglamento (el art. 114 TFUE), así como en la necesidad de discutir sobre el ámbito de aplicación del proyecto

y las dudas en torno al funcionamiento del CESL junto con los 27 ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. El profesor Dirk Staudenmayer, miembro de la comisión que ha elaborado el PR, puso de relieve el alto nivel de protección del consumidor que contiene la propuesta, si bien concedió que la base competencial para elaborar el proyecto resulta problemática, por lo que finalmente se decidió restringir el ámbito de aplicación solo a los negocios transfronterizos, a fin de poder basar la propuesta en el artículo 114 TFUE. Defendió asimismo el concepto de PYME contenido en el PR con el argumento de que es justamente ahí donde residen, con diferencia, la mayor parte de los problemas. A esto siguió una viva discusión en la que se mostró una posición predominantemente crítica hacia el PR entre los asistentes: así, se puso muy en duda que el proyecto hubiera de basarse en el artículo 114 TFUE, y no en el artículo 352 TFUE (Kieninger, Grundmann, Remien, Ahrens, Schulze) y también se criticó (en particular, Kieninger, Wagner, Huber y Schulte-Nölke) el ámbito de aplicación del PR sobre todo por ser demasiado estrecho.

La segunda parte de esta primera jornada se dedicó a glosar la relación entre la CESL y el Derecho europeo de los consumidores, con una ponencia encargada a la profesora Brigitta Zöchling-Jud (Viena) bajo el título de «Acquis-Revision, CESL und Verbraucherrechte-Richtlinie». La ponente refirió de entrada los paralelismos en la gestación de la propuesta de CESL y de la Directiva de derechos de los consumidores, señalando a la vez las semejanzas y diferencias entre ambos instrumentos. Desde su punto de vista, los deberes de información del CESL son redundantes y demasiado extensos, mientras que en la regulación de los derechos de desistimiento se ha acogido el contenido del *acquis* de manera acrítica. Ella se pronunció, no obstante, a favor de la conservación de los derechos de desistimiento obligatorios en la contratación a distancia y en los contratos realizados fuera del establecimiento comercial. Lamentó, además, que no se haya mantenido en el CESL el doble nivel de remedios, que no se hayan completado las acciones del comprador para reclamar una indemnización y que se haya prolongado el plazo de prescripción con base en un inicio subjetivo del plazo. La profesora austriaca criticó, finalmente, que no se haya aprovechado la elaboración de la Directiva de derechos del consumidor para hacer una revisión del *acquis*, y además puso de manifiesto su visión general del CESL como un documento imperfecto y poco atractivo para su uso.

Tras esta intervención hubo un nuevo debate en torno a los problemas referidos a la política de protección de los consumidores, que se orientó sobre todo a las cuestiones de si los derechos de desistimiento y de garantía de los consumidores deben configurarse como obligatorios (Pfeiffer, Artz, Jansen, Lobinger). También hubo quejas de que el PR se haya elaborado antes de una revisión del *acquis* actual (Zoll, Riehm): Staudenmayer señaló, con todo, que el objetivo del CESL en la interpretación de la Comisión no era una revisión del *acquis* sobre derechos de los consumidores, sino más bien reflejar el *acquis* existente.

Con esto finalizó la primera jornada del congreso. La segunda, como hemos indicado, se centró en la discusión de aspectos del Derecho material del contrato de compraventa contenidos en el PR, a través de dos densas ponencias. La primera corrió a cargo del profesor Dirk Looschelders (Düsseldorf) y versó sobre el derecho contractual apuntado en el CESL («Das allgemeine Vertragsrecht des CESL»). El punto de partida de esta intervención fue la indicación de que el régimen jurídico del CESL se funda, como no

podía ser menos, en el principio de libertad contractual; sin embargo, en la regulación concreta se observan numerosas limitaciones de Derecho imperativo, sobre todo en el ámbito de la protección de los consumidores. Más crítico se mostró el ponente, en cambio, con la inclusión también de las PYMES en el círculo de protección de las normas imperativas. También fue objeto de crítica el hecho de que el proyecto abunda en conceptos jurídicos indeterminados, que son una puerta de entrada para la penetración de representaciones jurídicas nacionales en la interpretación del Derecho común, lo que conduce a un grave riesgo de una aplicación diferenciada del CESL. Al hilo de esto, el profesor Looschelders señaló además numerosas contradicciones e inexactitudes del proyecto: así, p. ej., aparece una compleja regulación del error como vicio del consentimiento, pero no hay ninguna norma sobre la anulación del contrato por actuaciones de terceros; el concepto de daños se encuentra insuficientemente elaborado; no hay ninguna disposición sobre la prescripción de acciones judicialmente reconocidas, etc. En cambio, consideró positiva la regulación del derecho de restitución porque, por un lado, ha planteado una regulación unitaria y, por el otro, concede al juez una facultad de moderación equitativa en casos extremos (art. 176 CESL), y también merece reconocimiento la amplia coincidencia de la propuesta con los modelos existentes de Derecho uniforme (PECL, DCFR, PIIC, CISG). Con todo, en una valoración de conjunto, la obra adolece, a juicio del ponente, de demasiados fallos de redacción y lagunas de contenido, por lo que lo procedente es someterla a una profunda revisión.

Igualmente siguió a esta intervención un animado debate en relación con la mayor parte de los puntos comentados, particularmente los referidos al ámbito de aplicación del PR (y la exclusión de los contratos vinculados a un préstamo de crédito al consumo del art. 6.2), las circunstancias de la conclusión del contrato, la anulación por error, las reglas de interpretación del contrato, las normas sobre control de cláusulas abusivas y sobre la indemnización por daños y los intereses, el derecho de restitución o los plazos de prescripción. La mayoría de los intervinientes compartió las posiciones críticas del ponente, con diversos matices.

Por fin, la última ponencia fue pronunciada por el profesor Stephan Lorenz (Múnich) y trató sobre uno de los puntos fuertes del proyecto, como es el del contenido de la compraventa y la conexión entre esta y los servicios asociados a esta. El ponente sienta primeramente la premisa de que el Derecho de la compraventa del CESL parte de un concepto subjetivo de vicio material (*ex* art. 100 CESL), pero, no obstante, toma en consideración las expectativas compradoras de los consumidores aun si estas no son legítimas. En conexión con esto comentó el ponente los diversos remedios de que dispone el comprador (exigencia de cumplimiento de la otra parte, suspensión del cumplimiento de las obligaciones propias, resolución del contrato, reducción del precio, reclamación de daños y perjuicios), cuyo presupuesto es el incumplimiento del vendedor. Vertió observaciones críticas con relación al hecho de que la pretensión de cumplimiento esté excluida para el comprador cuando el vendedor haya sido «exonerado» (art. 106.4 CESL), también respecto a la carencia frente a los consumidores de un derecho a una segunda entrega, y por el hecho de que solo se reconozca una «desproporción relativa» como justificación para la falta de cumplimiento (art. 110.3 (b) CESL), y no el derecho a una denegación total de la prestación en caso de desproporción. El ponente también se mostró contrario a la regla según la cual el vendedor solo puede liberarse en caso de fuerza mayor (art. 88 CESL), lo que

supone que el vendedor, por regla general, ha de responder por las culpas de los fabricantes del producto dependientes de él, a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán (§ 280.1 i.f. BGB). Frente a la opinión del ponente anterior, el profesor Lorenz se manifestó crítico frente a la cláusula de modificación equitativa del artículo 176 CESL, que consideró como una auténtica «caja negra» para el legitimado a la resolución del contrato. Finalmente, el ponente puso en cuestión el sentido de las reglas sobre los servicios relacionados con las compras objeto de regulación, a la vista de la estrechez del ámbito de aplicación de la norma. En síntesis, el profesor recomendó también una revisión de la redacción del texto para corregir errores y animó a la adopción de una forma lingüística única (léase, inglesa) como texto auténtico. A su juicio, en cuanto al contenido, el proyecto ha dejado pasar la oportunidad de integrar la pretensión de cumplimiento dentro del concepto de *remedy*, así como la de llevar a cabo una reformulación del *acquis communautaire* al respecto, y no puede ser calificado el proyecto de ningún modo como «una versión corregida de la Convención de Viena». Esta actitud crítica fue compartida igualmente por la mayoría de los asistentes en el debate que siguió a esta ponencia.

Acabado el turno de las ponencias invitadas, el profesor Zimmermann pronunció unas palabras de valoración final y síntesis de los resultados del congreso. A su juicio, de la discusión se desprendió con suficiente claridad una determinada perspectiva política y científica: urge una revisión del *acquis*, pero esta, a la vista de la recién aprobada Directiva de derechos de los consumidores, no se encuentra en la agenda política (y sigue sin estarlo en la actualidad, añadimos nosotros). Desde el punto de vista de los académicos alemanes, parece obvio que sería necesario un ámbito de aplicación claramente más amplio y comprensible que el planteado por el texto del PR, si bien resulta algo difícil a la vista de las limitaciones competenciales a las que están sometidas las instituciones europeas. En conjunto se constata, en opinión del profesor de Hamburgo, que el presente proyecto adolece de graves fallas, y con la promulgación de un texto tan deficitario se prestaría un flaco servicio a la causa del Derecho privado europeo.

Con esas palabras del presidente de la asociación, y con el compromiso de realización de un próximo congreso ordinario en este año 2013, se cerró esta productiva y muy intensa reunión, cuyos resultados científicos han sido ya publicados en el fascículo 4-5 del número 212 (2012) del *Archiv für die civilistische Praxis* (pp. 467-852), y una crónica de la reunión (a cargo de Stefan Perner) se encuentra en el fascículo 4/2012 de la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (pp. 975-978), materiales que han sido de suma utilidad para la redacción de estas páginas.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid

Pragmatic issues in legal translation: from different language versions of the DCFR to the CESL Proposal, Universidad de Torino, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2012

En otoño 2012, la Universidad de Torino junto con el CDCT («Centre for Comparative and Transnational Law», www.cdct.it) organizaron un congreso internacional sobre los aspectos prácticos de la traducción jurídica, tomando como referencia el texto del Borrador del Marco Común de Referencia

(DCFR) y la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL Proposal).

El Congreso se inscribe en el marco del proyecto de investigación coordinado por el Profesor Michele Graziadei titulado «*The making of a new european legal culture. Prevalence of a single model, or cross-fertilization of national legal traditions.*» El título del proyecto muestra bien el dilema latente en la progresiva creación de un Derecho privado europeo común: a la hora de traducir a cada idioma nacional los textos europeos redactados en inglés, ¿prescindimos de las categorías jurídicas tradicionales de cada derecho nacional para crear una cultura y terminología jurídica común y unívoca o, por el contrario, mantenemos la terminología jurídica propia y tradicional de cada ordenamiento jurídico nacional? Esta es la cuestión fundamental que planeaba a lo largo de todas las ponencias.

El Congreso fue muy enriquecedor pues no sólo contó con la participación de juristas de distintos países de Europa, sino también de filólogos, filósofos y traductores. Los organizadores fueron valientes e innovadores al escoger, en consonancia con la temática del Congreso, ponentes jóvenes y brillantes que sin duda son los que pueden, en el futuro, fomentar y difundir una nueva cultura jurídica europea.

La primera sesión, moderada por el Profesor Gianmaria Ajani (Universidad de Torino), llevaba por título «*Vagueness in legal texts and equivalence in legal translation*» (Imprecisión en los textos jurídicos y equivalencia en la traducción jurídica). El profesor Nicholas Allot, (Universidad de Oslo, Noruega), sostuvo que la imprecisión es valiosa e incluso esencial en los textos normativos. Según el ponente es preferible que el texto establezca «una edad razonable» que «18 años», si bien admitió que los términos imprecisos pueden plantear problemas a los traductores nacionales. En esta misma línea se pronunció el profesor Jan Engberg (Universidad de Aarhus, Dinamarca): todo término en una norma legal tiene distintos significados y el jurista es quien debe a través de un proceso intelectual escoger el más adecuado. La traducción es un prerrequisito para crear un discurso común a través de las distintas lenguas nacionales. Por su parte la profesora Francesca Ervas (Universidad de Cagliari, Italia) definió la traducción como una negociación en la que el traductor, cual comerciante silencioso, decide qué palabra de una lengua intercambia con la de otra a través del principio de equivalencia semántica (mismo significado en ambas lenguas) y de la equivalencia pragmática (misma función en ambas lenguas). El profesor Jaap Baaij (Universidad de Amsterdam, Países Bajos) se preguntaba si las definiciones de términos jurídicos en las distintas lenguas de la UE se refieren a un mismo concepto legal común y su conclusión era optimista. Según él la armonización jurídica en Europa es posible y ponía como ejemplo la definición de contrato en el artículo 2 CESL que en todas las lenguas se entiende como un acuerdo destinado a crear obligaciones. Más pesimista se mostró la Prof. Bárbara Pozzo (Universidad de Insubria, Italia) que considera que la equivalencia en la traducción jurídica es un mito, una quimera porque hay valores inherentes a cada ordenamiento jurídico y un profundo ligamen entre derecho y cultura. Criticó que a menudo las Directivas comunitarias utilizan conceptos jurídicos sin definirlos. Para ella el multilingüismo es un valor pero el inglés puede ser una lengua neutral y descriptiva para construir un nuevo sistema jurídico común a través de una educación jurídica europea basada en la investigación del derecho comparado. Martina Bajcic (Univer-

sidad de Rijeka, Croacia) mostró los problemas existentes en la traducción a los distintos idiomas europeos de las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE.

La segunda sesión versó sobre la traducción jurídica como un ejercicio de derecho comparado y fue moderada por Maurizio Lupoi (Universidad de Génova). Para Gerhard Dannemann (Berlín), la traducción jurídica ha de ser neutral y no específica de cada sistema. Cristina Amato (Universidad de Brescia, Italia), mostró los problemas que tuvo para traducir al italiano el Libro VII del DCFR relativo al «Unjustified enrichment» pues, al ser éste una síntesis del modelo germánico/inglés y del francés/italiano, los términos jurídicos no tenían el mismo significado, como por ejemplo el concepto de restitución de lo indebido («*restitution*»-«*ripetizione dell'indebito*»). Anna Veneziano (Universidad de Teramo, Italia) explicó que al traducir el Libro IX DCFR sobre garantías reales en bienes muebles, al italiano se encontró con la dificultad de traducir los neologismos creados en el DCFR que no corresponden a ningún sistema jurídico específico. Carmen Jerez (Universidad Autónoma de Madrid) explicó que para la traducción al español del DCFR han tratado de ser fieles al significado de las palabras (así por ejemplo han traducido «*legal person*» por «*persona jurídica*» y no por «*persona legal*»), si bien, en algunas ocasiones, han preferido mantener la traducción literal en aras de una armonización del lenguaje jurídico europeo. Así, por ejemplo la expresión «*Usages and practices*» la han traducido por «*usos y prácticas*» y no por «*usos y costumbres*» que sería la expresión normalmente utilizada en los textos normativos españoles. En su opinión el único camino es crear, paso a paso, una nueva cultura jurídica europea. Michel Séjean (Universidad Paris II, Francia), considera que la traducción no ha de ser literal sino adaptada a cada sistema jurídico, porque el lector del texto final (*target text*) necesita sentirse cómodo con el lenguaje utilizado.

En la tercera sesión, moderada por Silvia Ferreri (Universidad de Torino) y centrada en el CESL, destacó la intervención de Manuela Guggeis (Directora de la Unidad de Calidad de la Legislación del Consejo de la Unión Europea) que explicó el trabajo de los traductores y de los abogados lingüistas del Consejo y del Parlamento Europeo.

El Congreso finalizó con la ponencia del insigne Prof. Rodolfo Sacco (Universidad de Torino) que en su ponencia «*Traduction juridique: traduction d'un texte intraduisible*» señaló que los conceptos jurídicos son universales si bien a veces resulta difícil encontrar la palabra que corresponde al concepto. Finalizó con un mensaje esperanzador de cara a la armonización europea, a través del sistema de la «traducción-adopción», esto es, adoptar en la lengua de destino algunos términos de la lengua de origen.

Chantal MOLL DE ALBA LACUVE
Universitat de Barcelona