

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

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

Legislación

Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (*DOCE* L199/40, de 31 de julio 2007).

Una de las novedades más significativas en el ámbito de la cooperación judicial civil ha sido la adopción del Reglamento Roma II (en adelante, RRII). Tomando como base jurídica el artículo 65 *b*) del TCE, a través de este Reglamento comunitario se unifican las normas de conflicto en materia extracontractual. Su ámbito de aplicación material viene definido en el artículo 1 y pretende, según el considerando 7, garantizar la coherencia con el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se aplica a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes. No se aplicará en particular a las materias fiscales, aduanera y administrativa ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). Se excluyen de forma expresa ciertas obligaciones extracontractuales, ya sea por derivarse de relaciones de familia entendidas en un sentido amplio (parentesco, matrimonio, afinidad y familia colateral), testamento o sucesiones; de efectos de comercio; del derecho de Sociedades; de las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios de un *trust* creado de forma voluntaria; de un daño nuclear o de la violación de la intimidad y derechos relacionados con la personalidad, en particular la difamación. En cuanto al ámbito de aplicación territorial, se aplica en todos los Estados miembros excepto Dinamarca. Su entrada en vigor está prevista a partir del 11 de enero de 2009 (excepto por lo que respecta al art. 29, que se aplicará a partir del 11 de julio de 2008). Su artículo 3 establece el carácter universal del RRII lo que implica que la ley designada por el RRII se aplicará incluso si es la de un Estado no miembro.

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

El propio RRII establece una definición autónoma (propia del RRI) de «daños» definiéndolo como «todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso, el enriquecimiento injusto, la gestión e negocios o la *culpa in contrahendo*».

El RRII establece una norma de conflicto general y unas normas específicas aplicables en determinadas materias, logrando de esta forma una clara especialización del supuesto de hecho. En determinados casos se establece además una «cláusula de escape» que permite desviarse de la solución general cuando las circunstancias del caso demuestren que el hecho daño está manifiestamente más vinculado con otro país. El principio de la *lex loci delicti commissi* constituye la regla general (art. 4.1 RRII). Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 4 RRII establece una excepción a este principio general cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país. En tal caso se aplica la ley de ese país. El tercer párrafo prevé una cláusula de escape respecto de los apartados 1 y 2, cuando quede claro, a partir de todas las circunstancias del caso, que el daño está manifiestamente más vinculado con otro país.

Como adelantaba, el RRII prevé además una serie de normas de conflicto especiales para ciertos daños para los que la norma general no permite lograr un equilibrio razonable entre los intereses en juego. En cuanto a la responsabilidad por productos defectuosos, se establece una norma con puntos de conexión en cascada combinada con una cláusula de escape. La conexión principal es la residencia habitual de la persona perjudicada en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en ese país. Si el producto no se comercializó en ese país entran en juego las otras conexiones y la posibilidad de aplicar la cláusula de escape.

En materia de competencia desleal, el artículo 6 constituye una aclaración del principio general aplicable a una materia determinada, pues se establece la aplicación de la «ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos resulten o puedan resultar afectados». Las obligaciones extracontractuales que se derivan de las restricciones a la competencia deberán cubrir las infracciones tanto de Derecho nacional como de Derecho comunitario en materia de competencia (considerando 22). Por ello, el artículo 6.3 RRII establece que la ley aplicable a esas obligaciones extracontractuales debe ser la del país cuyo mercado se vea o pueda verse afectado. Cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, el demandante debe poder, en determinadas circunstancias, optar por basar su demanda en la legislación del órgano jurisdiccional ante el que presenta la demanda [art. 6.3 b) RRII].

En el ámbito de «daños medioambientales» el propio RRII da una definición autónoma en su considerando 24, entendiéndolo por tal «el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad entre los organismos vivos». En esta materia se prevé una norma de conflicto que favorece a la víctima permitiéndole desviarse del principio general para elegir la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño.

En cuanto a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, el RRII preserva el principio *lex loci protectionis*. También se incluye una norma para regular la ley aplicable a los conflictos colectivos, i.e. huelga o cierre patronal, aplicándose la ley del país en el que se lleve a cabo la acción

de conflicto colectivo a fin de proteger los derechos y obligaciones de los trabajadores y empresarios.

También se establece normas específicas para los casos de daños causados por un hecho distinto de un hecho dañoso como el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos y la *culpa in contrahendo*.

El RRII prevé que las partes puedan elegir el Derecho aplicable a una obligación extracontractual. Dicha elección deberá ser expresa o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros. Tales acuerdos quedan limitados en determinados supuestos en los que interviene una parte débil.

Se prevé la intervención de las leyes de policía del foro. Del mismo modo y para poder valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento de hecho que da lugar a la responsabilidad (art. 17). Y ello incluso cuando la ley aplicable a la obligación extracontractual sea la de otro país.

El RRII no impide la inclusión de normas de conflicto de leyes relativas a obligaciones extracontractuales en disposiciones comunitarias en relación con materias específicas. Tampoco perjudica la aplicación de otros instrumentos que establezcan disposiciones destinadas a contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en la medida en que no puedan aplicarse junto con la ley designada por las normas del Reglamento. Del mismo se prevé la compatibilidad del Reglamento con convenios internacionales de los que son parte uno o varios Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento.

El RRII incluye asimismo disposiciones sobre la exclusión del reenvío, los sistemas plurilegislativos y la excepción de orden público.

Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (*DOCE* L 399, de 20 de diciembre de 2006).

El presente Reglamento entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *DOCE* pero no se aplicará hasta el 12 de diciembre de 2008, con excepción de sus artículos 28, 29, 30 y 31 (relativos a diversas informaciones que deben transmitir los Estados miembros a la Comisión sobre, *inter alia*, los órganos competentes para expedir un requerimiento europeo de pago, el procedimiento de revisión, los medios de comunicación, etc.).

Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (*DOCE* L 188, de 31 de julio 2007).

El presente Reglamento entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *DOCE* pero no se aplicará hasta el 1 de enero de 2009, con excepción de su artículo 25 (relativo a la información que deben enviar antes del 1 de enero de 2008 los Estados miembros a la Comisión sobre los órganos competentes para dictar resoluciones en el proceso europeo de escasa cuantía, medios de comunicación y vías de recurso).

Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la adhesión de la República Checa, de la República de Estonia, de la República de Chipre, de la República de Letonia, de la República de Lituania, de la República de Hungría, de la República de Malta, de la República de Polonia, de la República de Eslovenia y de la República Eslovaca al Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, así como a los Protocolos Primero y Segundo relativos a su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hecho en Luxemburgo el 14 de abril de 2005 (*BOE* núm. 193, de 13 de agosto de 2007).

Estudios

Estudios sobre el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La Comisión ha recibido recientemente dos informes sobre la aplicación del Reglamento 44/2001. El primero es un amplio estudio sobre la aplicación práctica del Reglamento 44/2001 en los 24 Estados miembros por jueces nacionales. Lo han realizado los profesores Dr. Brukhard Hess, Dr. Thomas Pfeiffer y Dr. Schlosser.

El segundo informe titulado «Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their Courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)», realizado el Prof. Arnaud Nuyts, supone un estudio de los distintos foros de competencia previstos por los Estados en sus legislaciones nacionales y que entran en juego siempre que no se apliquen los reglamentos comunitarios (Reglamento 44/2001, también denominado Reglamento Bruselas I y Reglamento 2201/2003, también denominado Reglamento Bruselas II bis).

Ambos informes pueden consultarse en http://ec.europa.eu/civiljustice/news/whatsnew_es.htm

II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL*

En el presente periodo se han publicado novedades de importancia para el cuerpo jurídico que constituye el Derecho Procesal comunitario. Se ha aprobado un código de conducta para los miembros y ex-miembros de los tribunales comunitarios (*DOCE* 22.9.2007, C 223/1). Por otra parte, se ha promulgado el Reglamento de procedimiento del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (*DOCE* 29.8.2007, L 225/1), así como unas Instrucciones al Secretario del Tribunal de Primera Instancia (*DOCE* 4.9.2007, L 232/1), y al Secretario del Tribunal de la Función Pública (*DOCE* 25.9.2007, L 248/3), unas Instrucciones prácticas a las partes de los procedi-

* Profesor titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona.

mientos (*DOCE* 4.9.2007, L 232/7), y finalmente, el documento más extenso y con más trascendencia para los litigios ordinarios que se sustancian en los Estados Miembros: la Posición común (CE) n.º 10/2007 aprobada por el Consejo el 28 de junio de 2007 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) n.º .../2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo (*DOCE* 21.8.2007, C 193E/13).

Código de conducta para los miembros y ex-miembros de los tribunales comunitarios (*DOCE* 22.9.2007, C 223/1).

Una norma deontológica siempre tiene que ser bienvenida, puesto que, de ser respetada, refuerza la independencia de los miembros de un tribunal, y ello le confiere prestigio a la institución en su conjunto.

En este caso, la norma afecta no sólo a los actuales miembros de los tribunales comunitarios, sino también a los ex-miembros, y les exige exclusividad en la prestación de su función, reforzando la incompatibilidad para el ejercicio de otros trabajos mientras dura su cargo, y también con respecto a la aceptación de encargos para los que pudieran prevalerse de la información que tuvieran de casos concretos en los que hubiesen actuado. Para los miembros en activo la aceptación de encargos se limita por una previa autorización, así como por la comprobación de que la prestación económica que se les dé a cambio no sea desproporcionada.

La norma tiene una clara vocación de asegurar la independencia económica de dichos miembros, y por ello les obliga a realizar una declaración de solvencia económica que, en pocas palabras, dé fe de que no aprovecharán el cargo para comprometer su independencia e imparcialidad en este sentido.

Por último, se les prohíbe que expresen públicamente opiniones que puedan afectar a su debida imparcialidad o al prestigio del tribunal.

Todo ello, evidentemente, no perjudica a las normas ya existentes de responsabilidad de dichos miembros, que entiendo que se ven dotadas de una mayor solidez con la aprobación de este código.

Reglamento de procedimiento del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (*DOCE* 29.8.2007, L 225/1).

Casi tres años después de la Decisión del Consejo de 2 de noviembre de 2004 por la que se crea el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (*DOCE* 9.11.2004, L 333/7), por fin se aprueba un reglamento de procedimiento, acabando con la dependencia de este órgano con respecto al reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.

No obstante, debe decirse que este reglamento voluntariamente no constituye una auténtica novedad en cuanto a su contenido, sino que trata de parecerse lo más posible a los reglamentos ya existentes del TJ y del TPI, por lo que para cualquiera que conozca dichos reglamentos no le supondrá mayor dificultad adaptarse a la nueva norma. Por ello, el texto en cuestión no merece mayor comentario que constatar su publicación, y lamentar que, de nuevo, se haya perdido una oportunidad para realizar una regulación completa de la

fase probatoria, que puede ser muy necesaria en el futuro dependiendo del objeto de las nuevas «salas jurisdiccionales» que se vayan creando.

Ahora bien, al margen de ello quizás sí se debería llamar brevemente la atención sobre la dispersión del ordenamiento procesal de los tribunales comunitarios. Carece de sentido que para tres tribunales existan tres normas de procedimiento bastante coincidentes, y un Estatuto. Creo que, en previsión de la creación de nuevas «salas jurisdiccionales», es decir, de nuevos y auténticos tribunales de primera instancia, convendría realizar un esfuerzo codificador unificando en una misma norma el procedimiento de declaración, variando dicho procedimiento solamente cuando sea distinto el trámite procesal de que se trate. Es decir, confío en que en un futuro se avance hacia la existencia de un Código procesal de los tribunales de la Unión Europea, que incluso pueda servir, con la debida publicidad, como norma-modelo para las leyes procesales nacionales, al menos en algunos trámites, contribuyendo de ese modo a la necesaria armonización de dichas leyes, que todavía es muy incipiente.

Instrucciones al Secretario del Tribunal de Primera Instancia (*DOCE* 4.9.2007, L 232/1), y al Secretario del Tribunal de la Función Pública (*DOCE* 25.9.2007, L 248/3).

Como consecuencia de la reciente reforma del reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia (entrada en vigor el 1.1.2007), y de la promulgación del reglamento de procedimiento del tribunal de primera instancia antes comentada, se hacía preciso concretar las funciones de los Secretarios de ambos Tribunales a través de estas llamadas «instrucciones», y que son normas que disciplinan la labor de la Secretaría Judicial de los dos tribunales citados.

Ambas son similares, incluso en la redacción pese a alguna diferencia en las traducciones y algunos temas que están más detallados con respecto a la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia. Pero además de las funciones de dicha Secretaría, se tratan también los temas que afectan al despacho ordinario del órgano jurisdiccional, como el horario de la Secretaría, la presentación de documentos, el diligenciamiento de los asuntos (registro y número del asunto), condiciones para la publicidad de las actuaciones y protección de datos, las notificaciones, y en general aquellos actos que supongan la dación de fe pública del secretario, como las actas de las vistas.

Pese a que existen diferencias entre ambas normas, no parecen justificarse las distinciones en todo caso, por lo que quizás, igual que he indicado en el punto anterior, se haría deseable una unificación de la norma que tratase la labor del Secretario judicial en su conjunto en cualquiera de los tribunales comunitarios. Y no sería en absoluto descabellado que dicha norma se incluyera en los mismos reglamentos de procedimiento.

Instrucciones prácticas a las partes de los procedimientos (*DOCE* 4.9.2007, L 232/7).

El Tribunal de Primera Instancia, continuando con una costumbre que es muy beneficiosa y que ya cuenta con una trayectoria, a fin de uniformizar la presentación de los escritos de las partes y, en general, su actuación ante el tribunal, redacta una serie de instrucciones que van dirigidas fundamental-

mente a los abogados a fin de que en su actuación sepan a qué atenerse en cualquier punto de su labor.

De ese modo, se les explica desde la extensión máxima de los escritos, hasta el mismo tamaño de letra, forma de presentación de los mismos, etc. Incluso se realizan unas instrucciones tan precisas para la presentación de los escritos de cualquier trámite, que verdaderamente se está ante un manual de formularios que, desde luego, ayuda sobremanera en la práctica, no a los Letrados experimentados, naturalmente, sino a los de los nuevos Estados Miembros que carecen de experiencia ante el tribunal.

No obstante, incluso para los Letrados experimentados, que exista una uniformización en cuanto a la forma de trabajar simplifica en mucho la labor, no ya de los jueces, sino de la propia secretaría del tribunal.

Se completan estas 10 páginas de instrucciones con una serie de recomendaciones sobre la celebración de vistas, que tienden a hacer más comprensible la labor de los Letrados (sobre todo considerando el plurilingüismo del tribunal) y más breve la celebración de estas fases orales.

Posición común (CE) n.º 10/2007 aprobada por el Consejo el 28 de junio de 2007 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) n.º .../2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo (*DOCE* 21.8.2007, C 193E/13).

Como puede observarse, el texto que comentamos es un importante documento dentro del *iter* legislativo que debe llevar a la derogación del actual reglamento 1348/2000, y ser sustituido por un nuevo reglamento. Contiene el texto del que habría de ser el nuevo reglamento, los formularios correspondientes, y finalmente la exposición de motivos del Consejo en la que expresa su conformidad con la propuesta.

Pese a que en el documento se habla de derogación del reglamento vigente, lo cierto es que el que habría de ser el nuevo reglamento conserva en buena medida la redacción y estructura del anterior. Sin embargo, al parecer se ha optado por la derogación antes que por la reforma parcial, a fin de que la norma final resulte mucho más inteligible.

La justificación de la reforma es el incremento de la celeridad en la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, aún demasiado lenta, mejorando la ubicación de los organismos transmisores, así como el acceso de los interesados a todo el procedimiento de transmisión, e incluso facilitando que los órganos jurisdiccionales de un Estado Miembro puedan notificar directamente a personas de otro Estado Miembro por correo certificado con acuse de recibo, o equivalente, a fin de evitar la demora que supone siempre el contacto con el órgano jurisdiccional de destino, y la burocracia que genera el hecho de que sea este último el que tenga que notificar. Por último, se reducen los motivos de la denegación a la notificación o el traslado.

En futuras crónicas habrá oportunidad de comentar esta norma, cuando entre en vigor, pese a que cabe advertir ya que debería pensarse, en un futuro, en la creación de una página-web centralizada para toda la Unión Europea, que permita la transmisión por vía telemática de los escritos, con traducción automática de los formularios, e incluso si no de los documentos, al menos

de un extracto de los mismos, habilitando la herramienta informática a tal efecto. Evidentemente que no es esta la línea del nuevo reglamento, y ni siquiera se afirma nada similar porque se parte de la base de que no en todos los Estados Miembros permiten las estructuras una solución de esa envergadura. Pero, desde luego, estimo que teniendo en cuenta la importancia, utilidad y difusión de las nuevas tecnologías, no se debería desaprovechar la oportunidad de la reforma de este reglamento para, al menos, hacer alguna referencia a este tema.

III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

Segundo Informe de la Comisión sobre los trabajos de redacción del Marco Común de Referencia [Bruselas, 25 de julio de 2007, COM (2007) 447 final].

En la primera crónica Derecho privado europeo [1 (2005) ADC 213-218] se daba cuenta de los Planes de Acción de la Comisión en los que, entre otras, ésta proponía la adopción de medidas que aumentarían la calidad y coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, para lo cual se debía elaborar un «Marco Común de Referencia» que facilitara la reforma de la actual legislación y la promulgación de una más coherente en el futuro, a base de definir conceptos claves y, en la medida de lo posible, llenar las lagunas que hoy existen en el *acquis*. En la tercera crónica [1 (2006) ADC 268-270] se daba cuenta del Primer Informe anual sobre los trabajos que se vienen realizando en la revisión del acervo contractual [COM (2005) 456 final], en el que se anunciaban las pautas de trabajo futuras y, entre ellas, la publicación de un Libro Verde sobre la revisión del Derecho de consumo [reseña en la sexta crónica, 3 (2007) ADC 278-280 y 282-285]. Dos años después, la Comisión ha hecho público el segundo Informe anual [Bruselas, 27 de julio de 2007, COM (2007) 447 final], en el que sucintamente explica los avances realizados hasta la fecha y confirma que las reuniones sirvieron para plantear algunas de las consultas que luego se han sometido a la consideración del público en el citado Libro Verde.

El informe resume el resultado de los trabajos realizados por los expertos en colaboración con los *stakeholders* y, en su caso, los representantes de los Estados Miembros, y los puntos de acuerdo y de fricción en relación con algunas de las materias discutidas. Con la finalidad última de elaborar principios generalizables a todo el ámbito contractual, se han ido abordando las cuestiones problemáticas de Derecho contractual en materia de consumo que directamente derivan de las directivas comunitarias (v. gr. ¿cómo abordar una regulación coherente de los deberes de información?), pero también otras directamente relacionadas o pertinentes que, sin embargo, pertenecen al ámbito de los Derechos nacionales. V. gr. ¿cómo regular el momento de cele-

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

bración del contrato? Es algo respecto de lo cual las Directivas comunitarias no se pronuncian –la coincidencia de oferta y aceptación puede ser una modalidad, pero no la única– puesto que éstas simplemente presuponen que debe existir un acuerdo entre las partes, pero no dicen como se alcanza éste. Finalmente, se han ido analizando otros conceptos que permitiría contextualizar la proyectada creación de normas válidas para todo el ámbito de la Unión europea. *V. gr.* el principio de buena fe y la lealtad en las relaciones comerciales. Con todo, la prioridad se ha centrado en el Derecho de consumo y en la revisión del *acquis*, 6 de los 11 talleres realizados abordaron aspectos relacionados con el mismo. El lector que esté familiarizado con el Libro verde verá en él reflejadas las cuestiones que a lo largo de este período de dos años se han ido discutiendo en los diferentes encuentros entre profesionales e investigadores y que ahora muy resumidamente detalla el referido informe. También quien haya seguido el trabajo del grupo *Acquis* (*vid.* la editorial, en esta misma crónica). En lo que concierne a los aspectos de Derecho contractual general, en algunos de los *workshops* se analizaron aspectos relativos al deber de información en los contratos de seguros (¿por parte del solicitante? ¿del asegurador?) y los plazos para desistir del contrato; a la mejora de la regulación sobre comercio electrónico (¿debe aplicarse a los contratos B2B la prohibición de suministrar bienes o servicios no solicitados cuando ello implique una petición de pago? ¿cómo regular el derecho de desistimiento? ¿cuándo un mensaje debe entenderse que ha llegado a la otra parte?); al contenido y los efectos del contrato (planteándose, entre otras cuestiones, la eficacia de la estipulación a favor de tercero o la eficacia y ámbito de aplicación de las declaraciones públicas vinculantes, así como la admisibilidad de la representación indirecta). Dos encuentros fueron específicamente dedicados a discutir la estructura del futuro Marco Común de Referencia, que no deberá verse limitado al Derecho de consumo –ni a una simple revisión de las Directivas–, pero que deberá distinguir claramente qué normas sólo se aplican a los contratos B2C. El tema ha sido objeto de consideración en los diferentes Foros europeos de debate celebrados en Londres (2005) [*vid.* reseña de Hugh Beale 2 (2006) ERCL 303-314], Viena (2006) y Stuttgart (2007) [sobre este último, Annette Schulze-Lauda 15 (2007) EuW 366]. El informe añade el parecer de las otras instituciones comunitarias (Parlamento europeo y Consejo), a la que en anteriores crónicas ya se ha hecho también referencia.

Con la vista puesta en el futuro, se hace hincapié en que los trabajos de elaboración del Marco Común de Referencia deben ser tenidos en cuenta en la revisión del acervo comunitario en materia de consumo, tras la consulta formulada por el Libro Verde. Habría que añadir que también a la inversa, la consulta debería tener algún impacto en los contenidos del citado marco. En cualquier caso, ambos deben guardar coherencia. Por lo demás, cuáles sean estos últimos es algo que todavía está por decidir. El planteamiento de la Comisión podría hacerse público en un Libro Blanco. Parece más que probable que el Marco Común de Referencia, si bien va a limitarse al Derecho contractual (la Comisión declara, de momento, no tener como objetivo una armonización a gran escala, ni la redacción de un Código civil europeo), éste tendrá un alcance general, no limitado al Derecho de consumo. Una vez conocida la posición favorable del Parlamento en torno a este punto [*vid.* quinta crónica, 1 (2006) ADC 231] se estima necesaria la del Consejo, para, en su caso, programar la inclusión de otras materias de Parte general (forma, vicios del consentimiento, morosidad, etc.) y especial del Derecho de contra-

tos (servicios financieros) y otras vinculadas con la propiedad (v. gr. reserva de dominio).

El informe concluye con un esquema final que advierte de las entidades, grupos y personas implicadas en la Redacción del Marco Común de Referencia y de las recíprocas interacciones.

Resolución del Parlamento europeo sobre la confianza de los consumidores en un entorno digital [2006/2048(INI)]. P6_TA-PROV(2007)0287. 21 de junio de 2007. A6-0191/2007.

La resolución se ocupa sobre todo de la confianza del consumidor en el entorno digital y de fomentar su uso para obtener el potencial máximo que ofrecen las nuevas tecnologías en el mercado interior a base de eliminar los obstáculos que puedan entorpecer su utilización. Se trata de procurar el equilibrio entre la protección jurídica de los consumidores y la de las empresas, haciendo hincapié en las características específicas de las pequeñas y medianas. El informe se incluye en el contexto de la revisión del acervo en materia de protección de los consumidores, comercio electrónico, Derecho contractual y protección de la propiedad intelectual. *Vid.* además, la audiencia pública sobre la confianza del consumidor en el entorno digital celebrada el 24 de enero de 2007. Las estadísticas demuestran que los consumidores y las empresas europeos confían poco en el entorno digital y que, en algunos aspectos del comercio electrónico, Europa va por detrás de los Estados Unidos y Asia. Se exige a la Comisión que la UE disponga de una estrategia propia en materia de seguridad y protección. En concreto, se proponen las siguientes medidas:

- a) creación de un entorno empresarial que sea atractivo para el comercio electrónico transfronterizo,
- b) adopción de normas europeas que mejoren la práctica del comercio electrónico,
- c) aclaración de los derechos y obligaciones de los consumidores y las empresas en el entorno digital,
- d) fin de la fragmentación del mercado interior en el entorno digital,
- e) refuerzo y mejora de la aplicabilidad de la legislación sobre protección de los consumidores en el entorno digital.

El Parlamento europeo sostiene que la actual definición de «consumidor» es demasiado restrictiva, teniendo en cuenta las crecientes necesidades de la sociedad de la información, la cual sitúa a las pequeñas empresas (unipersonales) en idéntica posición que a los consumidores en el comercio transfronterizo, pero sin una protección comparable (periodos de garantía, derecho de desistimiento, etc.). Además, se considera necesario decidir la celebración de acuerdos de cooperación sobre protección de los consumidores con países no pertenecientes a la UE (en especial los de la OCDE y los países geográficamente próximos a Europa). Aparte de las iniciativas llamadas a incrementar la confianza de los consumidores en el entorno digital, se insiste en que el acento debe ponerse en la consulta a los interesados (representantes de la industria, organizaciones de consumidores, etc.) sobre las futuras medidas que hayan de tomarse y que tales medidas sean respaldadas por normas no vinculantes (por ejemplo, códigos de autorregulación y normas propuestas

por la Comisión para extender la práctica del comercio electrónico dentro de la UE). Una de las medidas propuestas es la creación de un sistema europeo de alerta temprana, con base de datos incluida, para combatir las actividades fraudulentas. Otra, la creación de un sistema de resolución temprana y adecuada de las reclamaciones, quejas y litigios en línea. Se considera apropiado que la Comisión apoye la creación de contratos de comercio electrónico normalizados. Además, la ponente recomienda la introducción de un sistema europeo de marca de confianza, para alcanzar la masa crítica de clientes satisfechos, necesaria para que el comercio electrónico transfronterizo funcione. Finalmente, la creación de una carta europea de derechos de los usuarios en la sociedad de la información que no sólo aclare los actuales derechos y obligaciones de los distintos agentes de la misma, consumidores incluidos, sino que promueva además nuevos derechos y obligaciones europeos, lo cual, entre otros, debería incluir la mejora de la accesibilidad de las personas con discapacidad a páginas de Internet.

Entre los obstáculos a remover, se encuentran los siguientes:

a) los acuerdos de licencia con los usuarios finales y las «condiciones técnicas del contrato» se deberían someter a las normas sobre cláusulas abusivas en los contratos;

b) los contratos celebrados entre consumidores y profesionales de las subastas en línea, así como los contratos de servicios turísticos (billetes de avión, alojamientos hoteleros, alquiler de vehículos, servicios de ocio, etc.) encargados individualmente por Internet, se deberían someter a las normas sobre la venta a distancia;

c) la información que el proveedor debe facilitar al adquirente en una transacción electrónica debería simplificarse y estandarizarse; se debería aumentar la transparencia de la cadena de suministro en el entorno digital por parte del proveedor a fin de que el consumidor conozca su identidad real (y, también, si se trata de un intermediario o de un proveedor final);

d) se debería crear un instrumento eficaz de protección de los consumidores para aquellos casos en que éstos asuman todos los riesgos contractuales (incluidos los riesgos financieros, por ejemplo, cuando exista la obligación de pagar por anticipado), particularmente en el contexto del comercio electrónico transfronterizo.

Documento de trabajo de la Comisión europea, de 26 de julio de 2007, relativo a la Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio, sobre viajes combinados.

El documento se hace eco de los cambios acaecidos en el sector turístico en los últimos años, tales como el desarrollo de internet, la aparición de compañías de bajo coste, el incremento de los cruceros, y la tendencia cada vez más generalizada a que los usuarios busquen y comparen ofertas por sí mismos, sin la intervención de un detallista. Se proponen algunos puntos concretos que pudieran ser susceptibles de revisión (definiciones, ámbito de aplicación de la directiva, deberes de información exigidos, reclamaciones y responsabilidad, garantías en caso de insolvencia, etc.) y se insta al público a proporcionar sus opiniones a la Comisión, sobre lo que debiera ser una mejor regulación para el mercado interior. El plazo finalizaba el 1 de octubre

de 2007. Las respuestas se publicarán en internet y los resultados, junto con los que proporcione el balance de las respuestas al Libro verde, deberán ser tenidos en cuenta en el proceso de revisión de las ocho directivas comunitarias que desde hace tiempo ya está en marcha.

Resolución del Parlamento europeo, de 6 de septiembre de 2007, sobre el Libro verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo. P6_TA-PROV(2007)0383. Jueves, 6 de septiembre de 2007. A6-0281/2007.

El Parlamento acoge con satisfacción la publicación de un Libro verde sobre la revisión del acervo en materia de Derecho de consumo [*vid.* anterior crónica, 3 (2007) ADC 278-280 y 282-285]. A su vez, preconiza que la revisión debe centrarse en la revisión de las ocho directivas en materia de consumo, sin olvidar la necesaria coherencia con los instrumentos que se ocupan de determinar la ley aplicable, y exige que, además, se tenga en cuenta la revisión de la Dir. 2000/31, sobre comercio electrónico (*vid.* supra resumen de la resolución de 21 de junio de 2007), servicios financieros a distancia, crédito al consumo y prácticas comerciales desleales, porque también éstas tienen por objeto la protección al consumidor. El Parlamento expresa su preferencia por la adopción de un enfoque mixto, es decir horizontal –revisión transversal del acervo– combinado con la necesaria regulación de los aspectos lagunosos de la actual regulación, mientras que las cuestiones específicas que no puedan abordarse en el instrumento horizontal –que estima que debería ser aplicable en los contratos celebrados con consumidores, sin importar que se trate de transacciones nacionales o internacionales– deberán continuar analizándose y mejorándose a partir de enfoques individuales, es decir, de la mejora de cada directiva en particular. Considera necesario establecer revisiones periódicas del instrumento resultante y se opone a que éste vaya más allá de lo que hoy es el contenido normativo de las directivas. El Parlamento aboga por una armonización máxima en el instrumento horizontal, pero parte de la necesidad de mantener el principio de armonización mínima –¿cómo privar a un consumidor del grado de protección del que hasta ahora ha venido gozando, si se impone a nivel europeo una armonización de máximos inferior?–, en el enfoque sectorial. Además, exige combinarlo con el principio de reconocimiento mutuo y recuerda la necesaria coordinación con los instrumentos de determinación de la ley aplicable. En cuanto al contenido del instrumento horizontal, recuerda la conveniencia de que algunas de las cuestiones que sean objeto de regulación, según lo preconizado en el Libro verde, se coheren con los trabajos para el Marco Común de Referencia. Por lo demás, solicita que el instrumento horizontal aporte definiciones claras sobre los conceptos de «consumidor» («toda persona física que actúe con fines que no entran en el marco de su actividad profesional») y «profesional» («toda persona que actúa en el marco de su actividad profesional»); que se incluyan definiciones sobre «forma escrita» y «soporte duradero»; que no se incluya la cláusula general de buena fe y actuación leal en los contratos de consumo; que no se amplíe la calificación de abusivas a las cláusulas negociadas individualmente, ni para las que fijan el objeto y el precio del contrato, y sugiere la fijación, por parte de la Comisión, de criterios armonizados y preestablecidos que permitan combinar la lista negra de cláusulas abusivas, con otra gris [cláusulas presuntamente abusivas] y otra cuyo carácter abusivo pudiera demostrar el consumidor a través de una acción judicial. En cuanto al posible establecimiento de una sanción a la infracción del deber de información, con-

sidera que todavía es prematuro pensar en una reglamentación general. Por lo demás, es partidario de la armonización de la regulación sobre el derecho de desistimiento, entiende que los consumidores no deberían soportar costes distintos a los de devolución de las mercancías y aboga por la introducción de un formulario-tipo para el ejercicio del derecho. Si el contrato consta en escritura pública, admite que los Estados miembros puedan rebajar los requisitos que se establezcan a nivel comunitario. Prefiere que de momento no se regulen los medios de tutela para el caso de incumplimiento contractual y propone profundizar en la regulación de las acciones colectivas. En cuanto a la regulación de las ventas de bienes de consumo, sugiere que se analice si la normativa contenida en la Dir. 99/44 es suficiente en el caso de que las ventas sean electrónicas y entiende que en el instrumento horizontal no deben tener cabida las ventas de bienes de consumo de segunda mano vendidos en subasta pública, aunque preconiza la adopción de normas específicas para las subastas *on line*. Accede a que el instrumento horizontal contenga una definición del concepto de entrega, pero dando prioridad a lo libremente establecido por las partes. Otras consideraciones se refieren a la duración de la garantía legal y a la ordenación jerárquica de los remedios para el caso de incumplimiento. Además, considera necesario eliminar las divergencias existentes en materia de notificación de la falta de conformidad y estima pertinente acordar responsabilidad directa del productor en ese caso. Entiende que las cuestiones relativas a la garantía comercial no pueden formar parte del instrumento horizontal, por quedar enteramente sometidas al principio de libertad contractual. El Parlamento solicita la colaboración de los Estados miembros para que éstos se abstengan de sobrerregular a partir de la legislación europea en materia de consumo. Dicho de otra forma, cree que la armonización debe conseguirse de manera coherente con los objetivos prefijados en la normativa de consumo.

Comisión de las Comunidades europeas, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, Manual sobre la transposición de la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007.

La Comisión europea ha publicado un manual sobre la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*DO L376* de 27.12.2006, 36). Se trata de un manual (no vinculante para la Comisión europea), de 88 páginas, cuyo objeto es facilitar la transposición de los Estados miembros, lo que deberá tener lugar tres años después de su publicación, es decir, el 28 de diciembre de 2009. Según cita textual de su introducción (p. 7): «[E]l Manual forma parte asimismo de la respuesta de la Comisión a la solicitud que le dirigió el Consejo, en su reunión del 29 y 30 de mayo de 2006, pidiendo su asistencia a los Estados miembros para la transposición de la Directiva (Declaraciones en el Documento del Consejo n.º 11296/06, de 14.07.2006, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st11/st11296-ad01.en06.pdf>). El Manual no es exhaustivo ni legalmente vinculante, ni prescribe un único modo de transposición. Trata más bien de describir vías de transposición apropiadas y llama la atención sobre cuestiones importantes en el proceso de transposición. Se basa en conversaciones preliminares mantenidas con Estados miembros y trata de dar respuesta a preguntas ya planteadas por éstos o que pueden fácilmente anticiparse. A medida que avance el proceso,

se plantearán nuevas preguntas y, en su caso, este Manual se complementará en una etapa posterior.

Se encuentra disponible en todas las lenguas oficiales de la UE en el servidor Europa, en la dirección http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR*

La aprobación en Francia por Ordenanza 23-3-2006 de, entre otras reformas, una *hypothèque rechargeable*, alertó (y animó) al legislador español a proseguir con el Proyecto de Ley de Reforma del Mercado Hipotecario 2007 que actualmente se encuentra en fase de debate de enmiendas en el Congreso y que intentarán aprobar antes del fin de la legislatura. Dos son las perspectivas en las que incide el Proyecto: las operaciones activas (crédito hipotecario) y las operaciones pasivas (refinanciación hipotecaria). Además, estos cambios legislativos hay que enmarcarlos en la crisis hipotecaria mundial que se desató durante el verano sobre las *sub-prime mortgages* americanas y que afectó a todo el globo, especialmente debido a las inversiones en valores hipotecarios respaldados por dichas hipotecas.

Pues bien, el Proyecto español se queda, a esperas de que pueda enmendarse convenientemente en las próximas semanas, a medio camino de la situación actual en Europa en ambos tipos de operaciones. Sin ánimo de alargarnos excesivamente sobre esta cuestión, simplemente apuntar algunas consideraciones:

a) Sobre la concesión de créditos, la naturaleza de la hipoteca de máximo no mejora respecto a su actual configuración jurisprudencial dado que seguirá necesitando una relación obligacional básica para existir; el artículo 149 LH, que se pretendía flexibilizar, creo que no lo consigue dado que jurisprudencial y doctrinalmente había quedado claro que ni la comunicación al deudor, ni la escritura pública, ni la inscripción eran constitutivas, mientras que en el Proyecto, lejos de clarificarlo, utiliza la críptica expresión «deberá hacerse» que volverá a iniciar el debate; se da patente de ley a lo que ya señaló la STS 25-11-2003 respecto a la limitación de la libertad de subrogación del acreedor por parte del deudor hipotecario de la Ley 2/1994 en el sentido de que si el primer acreedor iguala la oferta vinculante, el deudor está obligado a quedarse con él. En Europa, especialmente en nuevas jurisdicciones que se van uniendo a los tradicionales modelos de hipotecas contractualmente dependiente, tienen ello solventado al flexibilizar (sacarlo del ámbito legal y pasarlo al contractual) el vínculo entre obligación y derecho real de garantía: no necesitan relación obligacional básica, el equivalente al 149 LH sólo se aplica al derecho real y no afecta a la cesión de la obligación garantizada, lo que se revela especialmente útil en operaciones pasivas; ni tampoco necesitan una Ley 2/1994 (ni menos una STS 25-11-2003) porque la reutilización de la garantía hipotecaria con otro acreedor está en manos del deudor y no del acreedor.

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

b) Las cuestiones centrales respecto a los valores hipotecarios quedan sin resolver: siguen llamándose títulos, cuando dicha denominación ya quedó obsoleta en 1988 con la LMV; la garantía de las cédulas sigue sin ser óptima; y la de los bonos aún resulta peor de cómo estaba. El Registro Contable está redactado como una sombra de lo que debería y, en lo que está regulado, carece de sentido. No consiguen lo que en muchas jurisdicciones europeas han conseguido: separación de patrimonios para la máxima protección de los inversores, mediante patrimonios fiduciarios.

Aparte de la coyuntura española en la reforma hipotecaria, los diversos grupos de investigación europeos se preocupan cada vez más de la cuestión armonizadora de los derechos reales. Son un ejemplo las actividades del *Common core* de Trento (5 a 8 de julio 2007). Este año el 13.º encuentro tuvo lugar en Turín, con una importante afluencia de asistentes, *active participants* y editores de todos los ámbitos que se están desarrollando en este macro-proyecto paneuropeo de investigación. Actualmente existen diversos cuestionarios en marcha relacionados con los derechos reales y cada uno se encuentra en un estadio diferente:

a) *Transfer of Immoveable Property*. Llevado por los Profs. Elisabeth Cooke y Luz Martínez, centran sus estudios en los modos de transmisión de la propiedad inmueble en Europa y han organizado ya diversas actividades científicas. Tienen un texto definitivo de cuestionario (2007) y esperan respuestas de los *active participants* hasta 2008.

b) *Time-Limited Interests in Land*. Grupo dirigido por el Prof. Van der Merwe, Verbeke y Caterina desde 2003, analiza los derechos reales limitados en diversos ordenamientos jurídicos (ej. uso, usufructo, superficie; además de su contenido, posibilidad de gravamen, disposición, etc.).

c) *Security Rights in Immovable Property*. Centrado en el estudio de la hipoteca, su dirección corresponde a los Profs. Van der Merwe, Gary Watt y Francesca Fiorentini. Con la mayoría de los cuestionarios de los estados ya contestados, el grupo encara ya su fase final (elaboración de las conclusiones comunes por los editores durante 2007-2008) y tiene prevista la publicación de su trabajo en la Cambridge University Press en 2009.

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

Conclusiones de la Abogada General sra. Juliane Kokott de 20 de septiembre de 2007, Asunto C-435/06

Como es sabido el Reglamento Bruselas II bis (Reglamento n.º 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento n.º 1347/2000, *DOUE* L 338, de 23.12.2003) es la primera norma comunitaria dedicada íntegramente al Derecho de la familia. Las Conclusiones presentadas, el 20 de septiembre de 2007,

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

por la Abogado General Kokott hacen referencia al primer recurso prejudicial planteado ante el Tribunal de Justicia sobre este texto.

El recurso se refiere al ámbito material de aplicación del Reglamento, concretamente a la restricción del mismo a las materias civiles que se establece en el artículo 1. Dicha limitación ha de relacionarse con la base competencial utilizada para promulgar la norma comunitaria, los artículos 61 (c) y 65 del Tratado de Roma, ya que ésta hace referencia a la cooperación en materia civil. Habida cuenta que en el sector de la responsabilidad parental Derecho Público y Privado están estrechamente imbricados no es de extrañar que no haya tardado en plantearse un asunto acerca de la definición de la noción «materia civil».

El recurso prejudicial fue planteado por el *korkein hallinto-oikeus* finlandés en el contexto de un asunto en el que los hechos eran los siguientes. La sra. C. es madre de dos niños; reside con ellos en Suecia. Los servicios sociales suecos decretan la guarda inmediata y el acogimiento de los niños fuera de su familia. Dicha medida es ratificada por un juez sueco el 3 de marzo de 2005 y confirmada en instancias judiciales superiores que desestiman los recursos presentados por la madre. Ésta se había, no obstante, trasladado ya a Finlandia con sus hijos antes de que la medida decretada por los servicios sociales suecos hubiese sido aprobada judicialmente en primera instancia. Solicitó ser empadronada en Finlandia el día 2 de marzo. La cuestión que se plantea es si el reconocimiento de la decisión judicial sueca ha de regirse por el Reglamento Bruselas II bis o si queda fuera del ámbito material de aplicación de dicho instrumento, en cuyo caso rige una normativa en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones administrativas acordada entre Suecia y Finlandia.

Lo decisivo en este caso es el concepto de «naturaleza civil». El punto de partida de la Abogado General es que se trata de un concepto autónomo. Es por tanto irrelevante que en alguno de los Estados miembros la cuestión se englobe dentro del Derecho Público. Resulta también decisivo para la Abogado General que el artículo, apartado 2 del Reglamento, que contiene una enumeración no exhaustiva de las cuestiones incluidas dentro del concepto de responsabilidad parental, mencione en su letra *d*) el acogimiento de un menor en una familia o en un establecimiento. Coincide, por consiguiente, la Abogado General con las partes en que la cuestión que plantea dudas es la medida de guarda a la que no hay referencia expresa ni entre las cuestiones incluidas ni en las cuestiones excluidas.

La Abogado General rechaza la utilización del criterio de materia civil y mercantil utilizado en la delimitación del ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la utilización de prerrogativas relacionadas con la soberanía excluye del ámbito civil a las relaciones en las que interviene una autoridad pública. De acuerdo con esta interpretación tanto la guarda como el acogimiento serían medidas de carácter público pues lo que las caracteriza es la injerencia del Estado en las relaciones paterno-filiales. Esta había sido la tesis del Gobierno sueco, no obstante la referencia expresa al acogimiento en el artículo 1.2 *d*).

La Abogado General opta por acuñar una definición de medida de carácter civil ceñida al Reglamento Bruselas II bis y derivada de los objetivos, la sistemática y la génesis normativa de dicha norma. No acierta, sin embargo, a concretar cuál es ese criterio. Su tesis parece ser que ha de entenderse que es civil lo que el Reglamento dice que es civil y todo aquello estrechamente relacionado con lo así definido. En tanto el acogimiento presupone la guarda previa del niño tanto acogimiento como guarda serían medidas civiles. En passant la Abogado General minimiza la problemática que podría suponer la vulneración de la base competencial. La argumentación es cuanto menos decepcionante.

VI. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO*

Primera evaluación de la Directiva 96/9/EC de protección de bases de datos
(12 de diciembre de 2005, Comisión de las Comunidades Europeas).

Esta es la primera vez que se somete a evaluación una Directiva. De hecho, el artículo 16 de la Directiva ya preveía la necesidad de que se sometiera a evaluación la aplicación del derecho *sui generis* para verificar si dicha aplicación provocaba un abuso de posición dominante u otras interferencias en la libre competencia dentro del mercado único europeo. En particular, la evaluación se centró en si la industria europea de bases de datos había crecido o no después de la introducción de la Directiva de referencia y si los beneficiarios de este derecho habían producido más bases de datos que si no existiera ese derecho.

Los resultados evidenciaron que no había habido un incremento de la industria de las bases de datos en Europa a pesar de la introducción del derecho *sui generis*. Sin embargo, las empresas se manifestaban a favor de mantener este derecho junto a los derechos de la propiedad intelectual. En este mismo sentido, se concluye en el informe que es una opción de política para la Comisión europea el no modificar la mencionada Directiva.

VII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA**

I. Legislación

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual

Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DO L 199, de 31.7.2007, pp. 40 ss.)

Este Reglamento se aplicará a los hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor, esto es, a partir del 11 de enero de 2009, excepto por lo que respecta al artículo 29 (*Lista de los convenios*), que se aplicará a partir del 11 de julio de 2008 (arts. 31 y 32).

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

** Profesora contratada doctor de Derecho Civil, Universidad de Santiago de Compostela. Este trabajo se enmarca en el Proyecto SEJ2004-02358 (MEC) del que es investigadora principal la Profesora María Paz García Rubio.

Su pretensión es contribuir al funcionamiento del mercado interior, favoreciendo la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad jurídica y la libre circulación de resoluciones judiciales, de modo que las normas de conflictos de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio (cdo. 6).

Sin perjuicio de la necesidad de garantizar la coherencia con el 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* (Bruselas I), y con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (cdo. 7), la aprobación de este Reglamento viene de resaltar la importancia de la materia en el tráfico jurídico actual.

A los efectos del Reglamento Roma II se entiende por daños todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso, el enriquecimiento injusto, la gestión de negocios o la culpa in contrahendo (art. 2). En cambio, se excluyen las materias fiscales, aduaneras y administrativas, así como los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). Igualmente quedan fuera de su ámbito de aplicación las obligaciones extracontractuales derivadas de relaciones familiares, de letras de cambio, cheques y pagarés, del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, de un daño nuclear, de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación (art. 1).

Como norma general (art. 4), la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto (v. gr. una relación preexistente entre las partes, como un contrato), se aplicará la ley de este otro país.

Igualmente, para respetar el principio de autonomía de las partes y reforzar la seguridad jurídica (cdo. 31), se admite que las partes elijan la ley aplicable a una obligación extracontractual, si bien para proteger a las partes más débiles se imponen algunas condiciones a esta elección (art. 14).

Por otra parte, el Reglamento incorpora también alguna excepción a la regla general y prevé normas específicas para ciertos daños para los que la norma general no permite lograr un equilibrio razonable entre los intereses en juego (cdo. 19); así, en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (cdo. 20 y art. 5) y por daños medioambientales (cdo. 25 y art. 7). Al respecto, ha de tenerse en cuenta la aplicación del presente Reglamento a las obligaciones extracontractuales basadas en la responsabilidad objetiva (cdo. 11).

La ley aplicable a la obligación extracontractual regulará (art. 15):

- a) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos;
- b) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad;
- c) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada;

d) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño;

e) la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización;

f) las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente;

g) la responsabilidad por actos de terceros;

h) el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.

En materia de prueba, la ley que rija la obligación extracontractual en virtud del Reglamento se aplicará en la medida en que, en materia de obligaciones extracontractuales, establezca presunciones legales o reparta la carga de la prueba (art. 22). En todo caso, para obtener un equilibrio razonable entre las partes en la valoración del comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento –incluso, por ejemplo, las de seguridad vial en caso de accidente– vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad (art. 17).

B. LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Responsabilidad en el transporte marítimo

Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar o vías navegables en caso de accidente* (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE) COM/2007/645 final - Bruselas, 22.10.2007.

Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques* (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE) COM/2007/674 final - Bruselas, 24.10.2007.

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

Responsabilidad medioambiental

Ley 26/2007, de 23 de octubre, de *responsabilidad medioambiental* (BOE núm. 255, de 24/10/2007, pp. 43229 ss.)

La Ley 26/2007 transpone en el ordenamiento español la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, *sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*. Para ello el legislador español ha optado por establecer un

régimen administrativo de responsabilidad medioambiental de carácter objetivo e ilimitado, basado en los principios de prevención y de que «quien contamina paga», sin afectar, aparentemente, al régimen de responsabilidad civil.

Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, *por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas* (BOE núms. 254 de 23/10/2007, pp. 42952 ss.)

Vid. la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, *sobre evaluación y gestión del ruido ambiental* (DO L 189 de 18.7.2002, pp. 12 ss.).

Protección contra la discriminación

Ley 19/2007, de 11 de julio, *contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte* (BOE núms. 166, de 12/7/2007, pp. 29946 ss.)

La Ley 19/2007, en relación con la Directiva de la Unión Europea 2000/43, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, independientemente de su origen racial o étnico* (*vid.* Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y de orden social*, BOE n.º 313, de 31/12/2003, pp. 46874 ss.), señala la responsabilidad de las personas organizadoras de pruebas o espectáculos deportivos (art. 5), si bien a efectos administrativos. Así, las personas físicas o jurídicas que organicen cualquier prueba, competición o espectáculo deportivo (*vid.* art. 1) o los acontecimientos que constituyan o formen parte de dichas competiciones serán, patrimonial y administrativamente, responsables de los daños y desórdenes que pudieran producirse por su falta de diligencia o prevención o cuando no hubieran adoptado las medidas de prevención establecidas en la presente Ley, todo ello de conformidad y con el alcance que se prevé en los Convenios Internacionales contra la violencia en el deporte ratificados por España.

Para completar esta perspectiva, la disposición adicional décima de la Ley (*Modificaciones legislativas sobre responsabilidad civil*) prevé que, en el plazo de un año, el Gobierno remita a las Cortes Generales los proyectos de ley o de modificación de las leyes ya existentes que convengan para regular de modo específico la responsabilidad civil en el ámbito propio del deporte y de los espectáculos deportivos, así como del aseguramiento de la misma y su consiguiente repercusión en el sistema de compensación de seguros.

Responsabilidad civil profesional

Real Decreto-ley 8/2007, de 14 de septiembre, *por el que se modifican determinados artículos de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada* (BOE n.º 225, de 19/9/2007, pp. 38041 ss.)

En cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 26 de enero de 2006, sobre la compatibilidad de la regulación establecida en la Ley 23/1992 con el Derecho Comunitario en relación con las libertades de establecimiento y de prestación de servicios dentro de la Comunidad (C-514/03), el legislador español ha procedido a modificar algunos preceptos de dicha ley.

En concreto, el Tribunal entendía que la exigencia de que las empresas de seguridad privada deban ser, en casi todos los casos, personas jurídicas supone una restricción al derecho de establecimiento que no está justificado por razones de seguridad pública, existiendo otros medios menos restrictivos para alcanzar el objetivo de la protección de los destinatarios de las prestaciones de seguridad privada, tales como el depósito de una fianza o la suscripción de un contrato de seguro.

Al respecto, se ha modificado el artículo 7 de la Ley 23/1992 para permitir que las empresas de seguridad revistan la forma de persona física o de persona jurídica, si bien para la prestación de los servicios y actividades de seguridad privada, entre otros requisitos, deberán suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil o constituir otras garantías financieras en la cuantía y con las condiciones que se determinen reglamentariamente. A estos efectos, se tendrán en cuenta los requisitos ya exigidos en el Estado miembro de origen en lo referente a la suscripción del contrato de seguro de responsabilidad civil u otras garantías financieras.

Responsabilidad civil por falta de información

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* (BOE núms. 252, de 20/10/2007, pp. 42692 ss.)

La Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, *sobre armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE* (Directiva de Transparencia) fue incorporada, en su mayor parte, al Derecho español mediante la Ley 6/2007, de 12 de abril, *de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores* (BOE 13/4/2007).

En este sentido, el objetivo principal de este Real Decreto es desarrollar las modificaciones operadas en la *Ley del mercado de valores*, para incorporar al Derecho español aquella parte de la Directiva 2004/109/CE que no ha sido recogida en la Ley 6/2007. Igualmente, se pretende incorporar la Directiva 2007/14/CE de la Comisión, de 8 de marzo de 2007, *por la que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas prescripciones de 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* (DO L 69 de 9.3.2007, pp. 27 ss.).

II. Jurisprudencia

A. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad por productos-Transposición de la Directiva 85/374/CEE.-La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de julio de 2007 (Asunto C-327/05) declara, a instancia de la Comisión de las Comunidades Europeas, que el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le

incumben para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, al haber adoptado y mantenido en vigor normas con arreglo a las cuales los distribuidores son responsables en la cadena comercial en las mismas condiciones que los productores.

B. TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad medioambiental - Ruidos. STS núm. 589/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 31 de mayo. Aunque el Tribunal hace mención de la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, *sobre evaluación y gestión del ruido ambiental*, y a la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, *del ruido*, basa la declaración de responsabilidad civil en los artículos 1902 y 1908 CC. Al respecto, considera que la autorización administrativa no exime de la obligación de indemnizar, porque autorizar una actividad no equivale necesariamente a imponer a los vecinos el deber jurídico de soportar todo perjuicio, por grave que sea, que tal actividad produzca. De ahí que reconozca, de una parte, el daño emergente constituido por la depreciación de las fincas y, de otra, el daño moral de quien directamente soporta la contaminación sonora. En cambio, entiende que la afectación del paisaje —«contaminación estética» o «contaminación visual»— no tiene hoy por hoy la consideración de objeto de un derecho subjetivo cuya vulneración deba ser indemnizada, sino la de un bien colectivo o común cuya protección incumbe primordialmente a los poderes públicos y cuya lesión dará lugar a las sanciones que legalmente se establezcan, pero no a indemnizaciones a favor de personas naturales o jurídicas determinadas.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. STS núm. 613/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 6 de junio. El catorce de octubre de mil novecientos ochenta y ocho, un niño de un año de edad sufrió quemaduras de segundo y tercer grado en las palmas de ambas manos, al apoyarlas en el cristal de un horno de cocina cuando estaba en funcionamiento. La demanda de responsabilidad civil por este hecho se basó en los artículos 25, 26 y 27 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, *general para la defensa de los consumidores y usuarios*, al no haber sido promulgada cuando se produjeron las lesiones la Ley 22/1994, de 6 de julio, *de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*. La sentencia de segundo grado no apreció responsabilidad porque (1.º) el horno, adquirido en mil novecientos ochenta y cinco, cumplía las exigencias de seguridad previstas por la normativa vigente entonces, y (2.º) la demandante, que tomó posesión del horno cuando no tenía hijos y que, al ocurrir los hechos, conocía que su funcionamiento producía altas temperaturas en el cristal de cierre, incurrió en negligencia con eficacia causal sobre el daño, al no haber impedido que su hijo menor entrara en la cocina con el horno en funcionamiento. No obstante, el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso al no considerar probado que el horno cumpliera las condiciones de seguridad que, conforme al estado de la ciencia, eran exigibles teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad del producto. Por tanto, imputa objetivamente el resultado lesivo a la fabricante demandada.

VIII. DERECHO DE *TRUSTS* EN LA UNIÓN EUROPEA

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

Arrêté fédéral du 20 décembre 2006, portant approbation et mise en œuvre de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

El 1 de julio de 2007 entró en vigor en Suiza el *Arrêté fédéral* de 20 de diciembre de 2006, y con él el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 sobre «ley aplicable al *trust* y su reconocimiento» y las modificaciones legislativas dirigidas a permitir la operatividad de los *trusts* en territorio suizo. El *Arrêté fédéral* no tiene por objetivo consagrar un derecho suizo del *trust*, sino únicamente aportar seguridad jurídica al reconocimiento de *trusts* constituidos al amparo de una ley extranjera. Para ello, además de ratificar el texto internacional, el legislador ha modificado algunos preceptos de la ley federal de derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 (art. 21 y nuevo capítulo 9a –art. 149a-e) y de la de derecho concursal de 11 de abril de 1889 (nuevo título 9bis –art. 284a y b).

La figura anglosajona no era una completa desconocida para la Confederación helvética. A pesar de la inexistencia de una normativa jurídica propia, los operadores económicos y jurídicos de la plaza financiera suiza trataban frecuentemente con *trusts*, constituidos en el extranjero por ciudadanos procedentes de países angloamericanos, afincados en Suiza. Cuando llegaban a los tribunales cuestiones atinentes a dichos *trusts*, venía siendo práctica habitual que éstos asimilaran la figura a un contrato o a una sociedad con el fin de determinar la ley aplicable. No obstante, la incertidumbre sobre la calificación de la figura y sobre el reconocimiento de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros en materia de *trusts* generaba inseguridad jurídica. Por ello, durante la primavera de 1999 el *Office fédéral de la justice* encargó al profesor Luc Thévenoz (Université de Genève) elaborar un informe acerca de la oportunidad de ratificar el texto internacional y, en su caso, la de modificar algunas normas de derecho interno. Se trataba de determinar si con ello se incrementaría la seguridad jurídica de los particulares y empresas, establecidos en Suiza, que mantenían relaciones jurídicas con *trustees* y la de comprobar si era posible modificar el derecho interno sin comprometer las normas imperativas del ordenamiento suizo.

A pesar de que el informe Thévenoz se mostró favorable a la ratificación del Convenio e incluso a un proyecto de regulación de la «*Treuhand*» o fiducia suiza, el gobierno helvético no tomó medidas al respecto hasta que los bancos también manifestaron la necesidad de contar con una base jurídica segura para reforzar el atractivo del país como lugar de constitución y gestión de *trusts*. En los últimos años ha aumentado significativamente, en Suiza, el número de bienes pertenecientes a *trusts*, cada vez son más los bancos que cuentan con su propio departamento de gestión de *trusts*, las sociedades que se especializan en su administración e incluso los despachos de abogados que intensifican sus actividades en este sector. Tras el desarrollo de unas primeras consultas informales durante el invierno 2003-2004, el *Département Fédéral de Justice et Police* anunció, el 20 de octubre de 2004, la apertura formal de

* Prof. Contratada Doctor. Universidad de Cantabria.

consultas acerca de un anteproyecto de *Arrêté fédéral* que contemplaba la ratificación del Convenio de la Haya y algunas adaptaciones del derecho suizo. A dicho anteproyecto, en gran parte inspirado en el informe Thévenoz, le sucedió el Proyecto aprobado por el *Conseil Fédéral* en sesión de 2 de diciembre de 2006 y, finalmente, el *Arrêté fédéral* de 20 de diciembre de 2006, *portant approbation et mise en œuvre de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*. La ley consta de cuatro artículos dedicados a ratificar el Convenio de la Haya (art. 1), modificar algunos preceptos de la ley federal de derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 (art. 2) y de la de derecho concursal de 11 de abril de 1889 (art. 3), y acordar el sometimiento del texto legal a referéndum (tal y como prevé en estos casos la Constitución suiza) y su entrada en vigor (art. 4).

Por lo que respecta a la ratificación del Convenio de la Haya —a cuya preparación y comentario contribuyó decisivamente el profesor suizo Alfred von Overbeck (Université de Fribourg)—, cabe destacar que Suiza, al igual que la mayoría de los países de *civil law*, no ha hecho uso de la posibilidad reconocida por el artículo 20 de extender el ámbito de aplicación del Convenio a los *trusts* de creación judicial (*constructive trusts*). «*Se entiende por trusts* —dice el nuevo artículo 149a de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado—, *los trusts constituidos por acto jurídico en el sentido del Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 relativo a la ley aplicable al trust y a su reconocimiento*». Sin embargo, el legislador suizo ha querido adelantarse al problema que generó en Italia la ratificación del Convenio sin contar antes con una normativa interna aplicable a los *trusts* vinculados exclusivamente con Italia (*trusts* internos). En este país la ratificación del Convenio suscitó una fuerte polémica entre quienes consideraban que sólo era aplicable a los *trusts* que presentaran algún elemento esencial (nacionalidad de los sujetos intervinientes, lugar de situación de los bienes...) vinculado con un ordenamiento que conoce el instituto y quienes opinaban que dicho elemento de internacionalidad podía consistir, exclusivamente, en el derecho designado como ley reguladora. Uno de los principales argumentos esgrimidos a favor de la primera postura fue la posibilidad que reconoce el artículo 13 del Convenio de no reconocer un *trust* cuyos elementos significativos estén vinculados más estrechamente con Estados que desconocen la institución del *trust* o la clase de *trust* de que se trate.

Las autoridades suizas han renunciado expresamente a valerse de la reserva prevista en el artículo 13 del texto internacional: «*el derecho elegido por dicho convenio es igualmente determinante en aquellos casos en que, de acuerdo con su artículo 5, el Convenio no es aplicable y en que, de acuerdo con su artículo 13, el estado no está obligado a reconocer un trust*» (art. 149c 2 de la ley federal de derecho internacional privado). Tan importante cuestión fue controvertida en la tramitación parlamentaria. En el *Rapport Explicatif* de 16 de septiembre de 2004, el *Office fédéral de la justice* sugirió una variante respecto de la opción que había tomado el *Conseil général*, que era la de ratificar el Convenio sin la cláusula de salvaguarda. Según dicha variante, un *trust* puramente interno debía quedar sometido exclusivamente al orden interno suizo: «*se evita así que en situaciones puramente internas las disposiciones imperativas del derecho suizo se vean contorneadas por medio de la elección de un orden jurídico extranjero*». El texto ofrecía criterios para determinar cuando el *trust* presenta vínculos con el extranjero en el momento de su constitución y, por lo tanto, cuando no se veía afectado por la variante-

restricción. Sin embargo, en su Mensaje de 2 de diciembre de 2005, el *Conseil fédéral* confirmó su deseo de excluir la cláusula de salvaguarda: «*el elemento determinante de la decisión ha sido que los artículos 4, 15, 16 y 18 del Convenio, junto con los artículos 17 y 18 de la ley de derecho internacional privado, ofrecen una protección suficiente contra la posibilidad de eludir el derecho suizo*». Quedaba así eliminada toda incerteza en torno a la admisibilidad, en derecho suizo, de los *trusts* internos regidos por una ley extranjera.

Por lo que concierne a las necesarias adaptaciones del derecho suizo, el legislador ha optado por insertar las modificaciones en las leyes federales de derecho internacional privado y de derecho concursal, en lugar de promulgar una norma especial. En lo que respecta a la ley federal de derecho internacional privado, con la excepción del artículo 21 que se ha modificado para determinar cuál ha de considerarse domicilio del *trust* (el designado como lugar de administración o, en su defecto, el lugar en que de hecho es administrado), las nuevas normas de derecho internacional privado se han agrupado en un nuevo capítulo 9a «Trusts», ubicado entre los dedicados al derecho de obligaciones y al derecho de sociedades. No sorprenden, en una ley de derecho internacional privado, las normas de conflicto sobre foro competente (art.149b) y derecho aplicable (art.149c), la referente al reconocimiento de sentencias extranjeras (art.149e), y ni tan siquiera la que ofrece una definición de la figura por remisión a lo previsto en el Convenio (art.149a). No olvidemos que estamos ante una institución que no cuenta con una regulación sustantiva en el foro. Las soluciones propuestas por el artículo 2 del *Arrêté fédéral* se inspiran, por otra parte, en las previstas por la Ley de derecho internacional privado en materia de sociedades y contratos y en el Convenio de Lugano sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.

Sin embargo, resultan más llamativas en una norma de derecho internacional privado las referencias a una cuestión de derecho material interno, como es la de la publicidad del *trust* (art.149d). El informe Thévenoz justifica esta decisión en el carácter disperso que presenta en derecho suizo la materia de registros públicos y en un afán de transparencia. En cumplimiento a la facultad concedida al *trustee* por el artículo 12 del Convenio de la Haya, la ley suiza reconoce la posibilidad de hacer mención a la existencia del *trust* con ocasión de la inscripción de los bienes a nombre del *trustee* en los registros públicos pertinentes (incluido el de propiedad intelectual). Con este fin, el *Office fédéral* encargado de los registros ha elaborado recientemente unas «líneas directrices sobre el tratamiento de las cuestiones ligadas a un *trust*». A diferencia del anteproyecto, que atribuía a la mención del *trust* carácter obligatorio, en la versión definitiva de la ley la referencia a la existencia del *trust* en el registro tiene carácter facultativo, aunque de ella depende su oponibilidad a terceros de buena fe.

Las dos nuevas disposiciones en materia de *trusts* de la ley federal concursal suiza se añaden, en un nuevo título noveno bis, tras las disposiciones particulares en materia de arrendamiento y aparcería. Su objetivo es introducir el principio de separación patrimonial de los bienes del *trust* respecto de los que integran el patrimonio personal del *trustee* y regular el procedimiento de ejecución por deudas del *trust*. La ejecución por deudas contraídas por el *trustee* e imputables al *trust* debe dirigirse contra el *trustee*, «en calidad de representante del *trust*», ante los tribunales del domicilio del *trust*. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores, la ejecución de los bienes existentes en Suiza debe sustanciarse de acuerdo con el procedimiento de

concurso de acreedores, quedando limitados los efectos del concurso a los bienes en *trust* (art. 284a). En caso de concurso del *trustee*, el patrimonio en *trust* queda sustraído de la masa concursal tras haber deducido las deudas que tuviera contraído dicho patrimonio frente al *trustee* (art. 284b).

A pesar de que el informe Thévenoz que inspiró el anteproyecto así lo aconsejaba, el legislador suizo no ha aprovechado la ratificación del Convenio de la Haya para regular la «*Treuhand*» o fiducia suiza. Esta figura surgida de la práctica negocial y reconocida jurisprudencialmente ha sido regulada en determinados ámbitos (fondos de inversión, gestión de derechos de autor), pero dichas normativas, además de sectoriales, presentan importantes insuficiencias que han sido resaltadas por la doctrina suiza. Con todo, el legislador ha temido que el proyecto de una regulación general de la fiducia pudiera ralentizar en exceso la ratificación del Convenio por lo que ha optado por no tratar dicha cuestión en el *Arrêté fédéral*. De la misma forma, la ley suiza tampoco aborda el tratamiento fiscal de los *trusts*. Esta materia, excluida por el propio Convenio de su ámbito de aplicación, ha sido objeto de una circular de 22 de agosto de 2007 en la que la Confederación fiscal suiza intenta armonizar las prácticas seguidas por las autoridades federales y cantonales al respecto. La circular adopta medidas rigurosas para aquellos casos en que el constituyente o los beneficiarios residen en la confederación helvética, introduciendo con ello importantes cambios respecto del tratamiento que se venía dispensando a la figura en algunos cantones.

En definitiva, a pesar de que el texto admite la posibilidad de que ciudadanos suizos utilicen la figura al amparo de una ley extranjera, el tratamiento fiscal poco ventajoso dispensado por la circular, en estos casos, hace que resulte poco verosímil la difusión del *trust interno*. Es más factible que la figura siga utilizándose principalmente por la clientela internacional de la plaza financiera suiza. Ante la urgencia con la que las autoridades suizas se plantearon la ratificación del Convenio, por ver en ello un incremento de la seguridad de las transacciones concernientes a bienes en *trust* y con ello un mayor atractivo del país en lo concerniente a este tipo de operaciones, probablemente lo más prudente haya sido disociar la ratificación del Convenio de la preparación de un proyecto de ley interna. De lo contrario, la ratificación del texto internacional podría haber supuesto tener que aprobar una regulación de mínimos, restrictiva y a toda luz insuficiente. El legislador suizo ha optado por satisfacer la necesidad que ha considerado más apremiante. Esperemos que el conocimiento que tienen de la figura los operadores jurídicos de ese país y el grado de especialización que de ellos se espera sea suficiente para resolver los múltiples problemas que pueden surgir, en un país de *civil law*, ante la ausencia de una normativa específica de derecho material.