

Cuadernos Europeos de Deusto

ISSN: 1130-8354 (papel)

ISSN: 2445-3587 (digital)

DOI: <http://doi.org/10.18543/ced>

Deusto Journal of European Studies

No. 61/2019

DOI: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019>

Estudios sobre Derecho Privado Europeo: un paso adelante hacia su unificación

Studies on European Private Law:
A Step Forward Towards its Unification

P. de Barrón Arniches, F. Ricci, D.M. Matera, A. Veiga Copo,
E.R. Bartlett Castellá, D. Ordóñez Solís, B. Iñarritu

**Instituto de
Estudios Europeos**

• •

Cuadernos Europeos de Deusto

No. 61/2019

DOI: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019>

Cuadernos Europeos de Deusto está incluida en:
Deusto Journal of European Studies is included in:



Scopus®

SJR

Scimago Journal & Country Rank

latindex

BASE DE DATOS
ISOC

Google
scholar

EBSCOhost

DCLC
WorldCat®

Cuadernos Europeos de Deusto es una revista universitaria especializada en el estudio de la Unión Europea desde un enfoque interdisciplinar. Su objetivo fundamental es difundir conocimientos sobre el proceso de construcción europea en sus diferentes dimensiones (histórica, política, jurídica, económica, social, cultural...), así como suscitar la reflexión y la valoración crítica de los diferentes factores que van determinando su evolución y transformación.

Cuadernos Europeos de Deusto agradece el patrocinio de la Dirección General de Acción Exterior de la Diputación Foral de Bizkaia, que ha hecho posible la publicación del presente número.

Organización editorial:

Dirección:

Beatriz Pérez de las Heras (Universidad de Deusto, España)

Dirección-Adjunta:

M.ª Luz Suárez Castiñeira (Universidad de Deusto, España)

Consejo de Redacción:

Francisco Aldecoa Luzárraga (Universidad Complutense de Madrid, España)

Alberto Alemanno (HEC Paris, Francia)

Cristina Arenas Alegría (Universidad de Deusto, España)

Steffen Bay Rasmussen (Universidad de Deusto, España)

Javier Bilbao Ubillos (Universidad del País Vasco, España)

Karolina Boronska-Hryniewiecka (Wroclaw University, Polonia)

Marta Casado Abarquero (Universidad de Deusto, España)

David Fernández Rojo (Universidad de Deusto, España)

Pablo Antonio Fernández Sánchez (Universidad de Sevilla, España)

Igor Filibi López (Universidad del País Vasco, España)

Peter Gjortler (Riga University, Letonia)

Inmaculada Herbosa Martínez (Universidad de Deusto, España)

Javier Larena Beldarrain (Universidad de Deusto, España)

Ainhoa Lasa López (Universidad de Alicante, España)

Enrique Linde Paniagua (UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

Nerea Magallón Elosegui (Universidad de Deusto, España)

José Martín y Pérez de Nanclares (Universidad de Salamanca, España)

Oana Petrescu (Ministerul Justiției din Romania, Rumanía)

Francesco Ricci (Universidad LUM Jean Monnet de Casamassima, Italia)

Mariola Urrea Corres (Universidad de la Rioja, España)

Consejo Asesor:

Joana Abrisketa Uriarte (Universidad de Deusto, España)

Ander Audikana Arriola (Universidad de Deusto, España)

Cristina Churrua Muguruza (Universidad de Deusto, España)

Juan Luis Crucelegui (UNCTAD, Suiza)

Augustin Fueera (Nicolae Titulescu University of Bucharest, Rumanía)

Beatriz Iñarritu Ibarreche (Universidad de Deusto, España)

Nicolás Mariscal Berástegui (Universidad de Deusto, España)

María Nagore Casas (Universidad de Deusto, España)

José Palacio González (Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo)

Joaquín Roy (University of Miami, Estados Unidos)

Secretaría Técnica:

Noemí Angulo Garzaro

Administración y Secretaría:

estudios.europeos@deusto.es

La versión digital de Cuadernos Europeos de Deusto se encuentra en régimen de «Open Access» desde 2017.

La edición impresa pueda solicitarse a través de la plataforma de la revista: <http://ced.revistas.deusto.es/>

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.

Indexada en ESCI (desde 2019), SCOPUS (desde 2017),

y en las bases de datos ISOC y EBSCO.

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

ISSN-e: 2445-3587

Depósito legal: BI - 620-91

Deusto Journal of European Studies is a university journal focused in the study of the European Union from an interdisciplinary perspective. It mainly seeks to disseminate knowledge about the different aspects (historical, political, legal, economic, social, cultural issues, etc.) of the European construction process, as well as to encourage reflection and critical assessment of the main factors that determine its evolution and transformation.

Deusto Journal of European Studies is very grateful to Diputación Foral de Bizkaia (regional government of Biscay) for its sponsorship and financial support which has made possible the edition of this issue.

Deusto Journal of European Studies is indexed in ESCI (since 2019) and SCOPUS (since 2017). It is also included in LATINDEX Catalogue, as well as in ISOC and EBSCO.

Editorial Team

Editor-in-Chief

Beatriz Pérez de las Heras, University of Deusto, Spain

Deputy Editor-in-Chief

M.ª Luz Suárez Castiñeira, University of Deusto, Spain

Editorial Board

Francisco Aldecoa Luzárraga, Complutense University of Madrid, Spain

Alberto Alemanno, HEC Paris, France

Cristina Arenas Alegría, University of Deusto, Spain

Steffen Bay Rasmussen, University of Deusto, Spain

Javier Bilbao Ubillos, University of the Basque Country, Spain

Karolina Boronska-Hryniewiecka, Wrocław University, Poland

Marta Casado Abarquero, University of Deusto, Spain

David Fernández Rojo, University of Deusto, Spain

Pablo Antonio Fernández Sánchez, University of Seville, Spain

Igor Filibi López, University of the Basque Country, Spain

Peter Gjortler, Riga University, Latvia

Inmaculada Herbosa Martínez, University of Deusto, Spain

Javier Larena Beldarrain, University of Deusto, Spain

Ainhoa Lasa López, University of Alicante, Spain

Enrique Linde Paniagua, National Distance Education University (UNED), Spain

Nerea Magallón Elosegui, University of Deusto, Spain

José Martín y Pérez de Nanclares, University of Salamanca, Spain

Oana Petrescu, Ministry of Justice, Romania

Francesco Ricci, LUM University Jean Monnet of Casamassima, Italy

Mariola Urrea Corres, University of La Rioja (UR), Spain

Advisory Board

Joana Abrisketa Uriarte, University of Deusto, Spain

Ander Audikana Arriola, University of Deusto, Spain

Cristina Churrua Muguruza, University of Deusto, Spain

Juan Luis Crucelegui, UNCTAD, Switzerland

Augustin Fuerea, Nicolae Titulescu University of Bucharest, Romania

Beatriz Iñárritu Ibarreche, University of Deusto, Spain

Nicolás Mariscal Berástegui, University of Deusto, Spain

María Nagore Casas, University of Deusto, Spain

José Palacio González, Court of Justice of the European Union (CJEU), Luxembourg

Joaquín Roy, University of Miami, United States

Technical Secretary

Noemí Angulo Garzaro

Contact:

Email: estudios.europeos@deusto.es

Access and Copyright

Print version: Print copies of any issue of the Journal are sold on demand.

Digital version (online): Unrestricted access to the digital content of any Issue of this Journal is free upon its publication. The content can freely be downloaded, copied and distributed only for non-commercial purposes. More details are available at <http://ced.revistas.deusto.es>

ISSN (Print) 1130-8354

ISSN (Online) 2445-3587

URL <http://ced.revistas.deusto.es>

Printed in Spain

Legal deposit: BI-620-91

Revista Cuadernos Europeos de Deusto

Normas de publicación

Contenido. La revista *Cuadernos Europeos de Deusto* publica, con carácter semestral (octubre y abril), estudios jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos sobre el proceso de integración europea.

Envío de originales. Los originales han de ser inéditos y escritos en castellano. También podrán admitirse originales en alguna de las lenguas oficiales de la Unión Europea, así como en Euskera, en Microsoft Word o formato compatible. Se enviarán en soporte electrónico al Instituto de Estudios Europeos a la dirección: estudios.europeos@deusto.es

Formato

—En la primera página se incluirá el título del artículo, en castellano y en inglés, nombre del autor, filiación académica, dirección de correo electrónico.

—La segunda página recogerá un sumario, un resumen en castellano y un *abstract* en inglés, de 200 palabras máximo cada uno, 3-5 palabras clave en castellano y en inglés.

—Extensión máxima: 25 páginas, tamaño Dina 4.

—Párrafos: interlineado 1,15, justificado y primera línea sangrada con tabulador.

—Tipo y tamaño letra: *Times New Roman* 12.

—Notas a pie de página: *Times New Roman* 10.

—Título del artículo: *Times New Roman* 14, mayúscula y negrita.

- Ejemplo: **LA ENERGÍA ELÉCTRICA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE**

—Primer rango de apartado: *Times New Roman* 12, minúscula y negrita.

- Ejemplo: **La política energética en la UE**

—Segundo rango de apartado: *Times New Roman* 12, minúscula y cursiva.

- Ejemplo: *La posición de la UE en las negociaciones internacionales*

—Sumario:

- Ejemplo: **Sumario:** I. Introducción.—II. Marco jurídico-institucional de la política ambiental UE. 1. Marco Institucional. 2. Marco Jurídico—III. El papel de la UE en las negociaciones internacionales del régimen sobre cambio climático. 1. La posición de la UE en las negociaciones internacionales. 2. La política de la CE para combatir el cambio climático. 2.1. Antes de la reforma de Maastricht. 2.2 Después de la reforma de Maastricht—IV. Conclusiones.

—Párrafos: interlineado sencillo, justificado y primera línea sangrada en un tabulador.

- Ejemplo:

Sin embargo, este artículo hace comprender la ZEE no sólo la columna de agua suprayacente sino el lecho y el subsuelo de la marino, coincidiendo, en parte, con la plataforma continental, como luego veremos.

¿Estarían entre estas actividades económicas el almacenamiento de dióxido de carbono? En principio no parece que haya nada que lo impida...

Manual de estilo Chicago-Deusto

Para la incorporación de citas y referencias bibliográficas, los autores seguirán el sistema denominado «notas y bibliografía» del Manual de estilo Chicago-Deusto, <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>

La versión en inglés del Manual está disponible en http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

Notas y bibliografía: ejemplos

—Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada.

—En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

1. Libro

Un autor

—Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.

—Duch, *Mito...*, 15.

—Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.

—Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

Dos autores

—Orfelio G. León e Ignacio Montero, *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación* (Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993).

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993.

Tres autores

—Julio Borrego Nieto, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos, *El subjuntivo...*

Borrego Nieto, Julio, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.

Cuatro o más autores

En la nota se cita solo el nombre del primer autor, seguido de *et al.* Sin embargo, en la entrada de la bibliografía se citan todos los autores.

—Natalia Ojeda *et al.*, *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

—Ojeda *et al.*, *La predicción...*

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

—Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

—Andrés-Suárez, *Antología del microrrelato...*

Andrés-Suárez, Irene, ed. *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo*. Madrid: Cátedra, 2012.

Editor, traductor o compilador además de autor

—Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

18 Fernández Ramírez, *La enseñanza...*, 33

Fernández Ramírez, Salvador. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros, 1985.

Capítulo u otra parte de un libro

—Josefina Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», en *La ciudad del futuro*, ed. por Antonio Bonet Correa (Madrid: Instituto de España, 2009), 177-217.

19 Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», 180.

Gómez Mendoza, Josefina. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España, 2009.

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

—James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

—Rieger, introducción, XXXIII.

Rieger, James. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado.

En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

—Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

—Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

Libro consultado en línea

- Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrezordonez>.
- Philip B. Kurland y Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.
- Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.
- Kurland y Lerner, *Founder's Constitution*, cap. 10, doc. 19.

Gutiérrez Ordóñez, Salvador. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

2. Artículo de revista

2.1. Artículo en una revista impresa

Para la nota a pie de página o final de capítulo, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la bibliografía, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

- María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.
- Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», 115.

Hernández Guerrero, María José. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1 (2011): 101-118.

2.2. Artículo en una revista en línea

- Ángeles Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española», *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 470, doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.
- Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional», 475.

Feliu Albadalejo, Ángeles. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...») en lugar de en una nota y, normalmente, se omiten en la bibliografía. Los siguientes ejemplos muestran una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo:

- Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote», *New York Times*, 27 de febrero de 2010, acceso el 28 de febrero de 2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.
- Stolberg y Pear, «Wary Centrists...».

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero de 2010. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

4. Reseña del libro

- David Kamp, «Deconstructing Dinner», reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan, *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review, <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.
- Kamp, «Deconstructing Dinner».

Kamp, David. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

5. Tesis o tesina

- Francisco José Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro» (tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2010), 145, <http://hdl.handle.net/10201/17600>.
- Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo», 130-132.

Hernández Rubio, Francisco José. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2010. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

- Silvia Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo» (conferencia, Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012).
- Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción».

Rodríguez Vázquez, Silvia. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012.

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en el texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...») o en una nota. Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir una fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

—«McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts», McDonald's Corporation, acceso el 19 de julio de 2008, <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

McDonald's Corporation. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio de 2008. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») en lugar de en una nota y, generalmente, se omiten en la bibliografía. No es necesario añadir *seud.* después del nombre aparentemente ficticio.

—José Luis Ramírez, 17 de marzo de 2012 (21:28), comentario a Alberto Bustos, «Hacer los deberes», *Blog de Lengua española*, 13 de marzo de 2012, <http://blog.lengua-e.com/2012/hacerlos-deberes/#comments>.

Blog de Lengua española. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») o se dan en nota; raramente se incluyen en la bibliografía:

—Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

—Mike Milanovic (director ejecutivo de Cambridge ESOL), en conversación con el autor, septiembre de 2011.

En lo que se refiere a las entrevistas, sea cual sea su forma, la cita normalmente comienza por el nombre de la persona entrevistada. El entrevistador, en caso de mencionarse, figura en segundo lugar:

—Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

—Spock, entrevista.

10. Obra registrada en bases de datos

Para los documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de la base de datos y, entre paréntesis, el número de identificación proporcionado o recomendado por la base de datos:

Choi, Mihwa. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago, 2008. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

En los documentos legales y públicos, las menciones a la documentación se hacen generalmente en el cuerpo del texto. En otras materias, especialmente académicas, que usan como fuente documental textos legales y públicos, se mencionan tanto en el cuerpo del texto como en nota.

—Asunto C-38/14, Mr. Jones versus Secretariat of State, Judgment of the Court of 23 June 2015, ECLI:EU:C:2015:222.

Norma jurídica

- Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (BOJA núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).
- Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (BOE núm. 213 de 5 de septiembre de 2007).
- Reglamento (UE) n.º 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores (DOUE L 241 de 27 de mayo de 2011).

Proceso de evaluación y publicación. Los trabajos dirigidos a las secciones de Estudios y Otros estudios se someterán a la previa evaluación por un miembro del Consejo de Redacción y por un experto independiente a la revista. Aparte de las cuestiones formales de presentación, se valorarán la coherencia de los trabajos con el enfoque de la revista, su carácter innovador, el rigor de análisis y metodológico y su aportación al conocimiento del proceso de construcción europea. El proceso de evaluación será absolutamente anónimo. La decisión sobre la publicación o no de los originales, así como su publicación con previas modificaciones será comunicada en un plazo no superior a 3 meses desde el momento en que se acepta su entrega.

Derechos de autor

El autor cede a la Universidad de Deusto los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción del trabajo que somete a publicación en *Cuadernos Europeos de Deusto* (CED) en cualquier tipo de soporte, incluida la cesión para su inclusión en las bases de datos en las que esta revista está indexada y en el repositorio institucional de la Universidad de Deusto.

El acceso al contenido digital de cualquier número de *Cuadernos Europeos de Deusto* es gratuito, en régimen de *open access*. Los trabajos podrán leerse, descargarse, copiar y difundir, sin fines comerciales y según lo previsto por la ley inmediatamente después de la publicación de cada número.

Asimismo, los trabajos editados en *Cuadernos Europeos de Deusto* pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en CED, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

Aviso legal

Es responsabilidad exclusiva de los autores el contenido de sus respectivos trabajos publicados en esta Revista. Los autores asumen la responsabilidad de obtener todos los permisos necesarios para la reproducción en sus manuscritos de cualquier texto, material o ilustración, proveniente de otro autor, institución o publicación. Las consecuencias que puedan derivarse de denuncias por publicación de artículos plagiados serán responsabilidad exclusiva de los autores.

Más información: <http://ced.revistas.deusto.es>

Cuadernos Europeos de Deusto

No. 61/2019

DOI: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019>

Estudios sobre Derecho Privado Europeo:
un paso adelante hacia su unificación

*Studies on European Private Law:
A Step Forward Towards its Unification*

Sumario / Contents

Presentación / Introduction

Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ 19

Estudios

Paloma DE BARRÓN ARNICHES, La pérdida de privacidad en la
contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de
datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales) 29

Francesco RICCI, Las nuevas fronteras entre documentos escritos
y documentos meramente representativos en la era de la docu-
mentación informática 67

Donato Maria MATERA, Prácticas comerciales desleales, acciones
individuales y armonización plena 101

Abel B. VEIGA COPO, La prescripción extintiva en un contexto de
reformas. Vigencias y desfases 129

Otros Estudios

Enric R. BARTLETT CASTELLÁ, La inaplicación de la cláusula arbitral del Tratado sobre la Carta de la Energía a las inversiones intra-europeas: una pirueta jurídica de la Comisión en su comunicación sobre protección de la inversión intra-UE de 19 de julio de 2018 169

Jurisprudencia

David ORDÓÑEZ SOLÍS, Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 197

Crónica

Beatriz IÑARRITU, Actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea (junio 2019) 233

Presentación

Introduction

Presentación

Contribución al proceso de unificación del Derecho privado

Inmaculada Herbosa Martínez

Profesora Titular Derecho civil. Universidad de Deusto
inmaculada.herbosa@deusto.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019pp19-22>

Resumen: Este monográfico incluye varios trabajos relacionados con cuestiones de Derecho privado y que se abordan, fundamentalmente, desde la perspectiva del Derecho europeo aunque también del Derecho comparado. Las materias tratadas son diversas y, aparentemente, sin conexión entre sí, pues algunas abordan cuestiones surgidas de la nueva realidad social en la que vivimos, relacionadas con la sociedad de la información y las prácticas comerciales abusivas; y otras versan sobre institutos tradicionales del Derecho civil, como la prescripción, que es sometida a revisión. Todas ellas, sin embargo, tienen un rasgo común, que es el interés dogmático y práctico de las materias tratadas, y su contribución a la unificación, entendida en sentido amplio, del Derecho privado europeo.

Palabras clave: Europeización del Derecho privado, unificación del Derecho privado, contratación electrónica, protección de datos, documento digital, prácticas comerciales abusivas, prescripción extintiva.

En el momento presente es incuestionable la penetración del llamado Derecho europeo —e internacional— en los ordenamientos internos de los países que integran la Unión Europea. La labor del jurista no es ya advertir de su influencia en dichos ordenamientos, que es obvia, sino estudiar los nuevos retos que plantea esta disciplina. Cuando se habla de Derecho privado europeo nos referimos, lógicamente, a los instrumentos vinculantes y textos académicos a través de los que se pretende la deseable armonización en el ámbito de la Unión Europea, entre los que se encuentran iniciativas tan meritorias como los Principios de Derecho europeo o el Borrador del Marco Común de Referencia, calificada por algunos autores, sin incurrir en exageración, como la obra más colosal llevada a cabo después del Digesto.

Además, a esta europeización e internacionalización contribuye la labor desarrollada por los académicos para abordar y resolver problemas, por así decir, universales, utilizando la ciencia del Derecho comparado según fue entendida por SALEILLES, distinta de la mera comparación de diferentes

regulaciones. Este enfoque supone remontarse al fundamento de cada institución, comprender los rasgos propios de los distintos ordenamientos privados nacionales y abstraer las notas comunes que conforman el sustrato común que subyace a los ordenamientos europeos (al menos el de aquellos tenidos en cuenta en el proceso de abstracción anteriormente mencionado). Ciertamente, este «Derecho» no constituye propiamente un Derecho privado común, ya que no dimana de una institución europea ni ha sido compilado ni sistematizado por académicos, pero permite dar soluciones nuevas a viejos problemas sobre la base de principios generales comunes que subyacen a una concreta regulación, que contribuyen de otra forma a la unificación del Derecho privado.

Este monográfico incluye trabajos sobre diferentes materias de Derecho privado, que responden en su mayor parte al primero de estos enfoques. Pero todos ellos prestan atención al proceso de unificación de esta disciplina a nivel europeo en el sentido amplio arriba explicado.

Dentro de un primer bloque se aborda un tema fundamental en la sociedad actual (la llamada sociedad de la información), que es el relativo a «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica». Como es sabido, en el ámbito de la Unión Europea se han adoptado varios instrumentos que se ocupan, por separado, de la protección de datos, la contratación electrónica y del suministro de contenidos o servicios digitales (entre ellas, la Directiva 2019/770/UE relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales). Sin embargo, ninguno de estos instrumentos trata del problema concreto que se aborda en el mencionado trabajo, que es analizar la interacción mutua de estas normas, y sus posibles carencias, cuando los datos personales se ponen en circulación con ocasión de la contratación de un bien o un servicio en el mercado digital. Datos, sobre los que el consumidor tiene escaso control una vez que los ha suministrado, y que, a su vez, son de gran interés para el empresario en cuanto son susceptibles de diversas formas de tratamiento (elaboración de perfiles, estudios de comportamiento o reventa de datos a terceros). En este contexto se analizan las medidas de control que tiene el usuario sobre los permisos concedidos para el tratamiento de sus datos al proveedor de bienes y servicios; en particular, en el contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de información personal, comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE anteriormente citada.

También en el ámbito del entorno digital, un segundo trabajo trata del concepto de «documento escrito» en el Derecho privado europeo actual, y con ocasión de ello, el concepto de documento electrónico en relación con el concepto más amplio de documento informático sobre la base de lo establecido en el Reglamento 910/2014, de 23 de julio. Tomando como base una distinción típica de la legislación italiana entre escritos y reproduc-

ciones mecánicas, se concluye que en el Derecho privado europeo debe entenderse superada cualquier definición de «escrito» como mera representación o reproducción de palabras en forma visible, por cuanto dicha expresión comprende cualquier comunicación que implique la memorización de su propio contenido. A favor de esta argumentación se utiliza la definición amplia establecida por los Principios Unidroit, comprensiva de cualquier representación de hechos almacenados en medios duraderos a través de grabaciones reproducibles por medios mecánicos, siempre que se utilicen como un medio declarativo de voluntad.

Un tercer trabajo, que versa sobre la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales o abusivas, se ocupa de los remedios o acciones individuales de las que disponen los consumidores que, como consecuencia de una práctica abusiva, han suscrito contratos no queridos o queridos sólo en parte. Teniendo en cuenta que la regulación de estas medidas se ha dejado enteramente a los Estados miembros, se producen grandes divergencias entre los mismos: mientras algunos han previsto soluciones *ad hoc*, muy diferentes entre sí, en otros se aplican, con algunos matices, los remedios generales del Derecho de contratos. En el trabajo se cuestiona si, pese a ello, la aplicación de otras Directivas europeas (Directivas 93/13/CE; 1999/44/CE y 2011/83/UE) dictadas en el ámbito del Derecho de consumo, que interfieren con la disciplina de prácticas abusivas, permiten alcanzar, para los supuestos comprendidos en sus respectivos ámbitos de aplicación, remedios individuales y efectivos armonizados para los consumidores a nivel comunitario. Y, en su caso, si podría utilizarse el principio de buena fe para fundar en él dichos remedios.

Con el segundo enfoque al que nos referíamos más arriba, se incluye un cuarto trabajo que trata sobre la prescripción extintiva o liberatoria. Dicho trabajo constituye una profunda reflexión sobre este tradicional instituto, que no sólo goza del «embrujo» que le atribuye el autor, sino que, además, es inherente a cualquier ordenamiento jurídico. Es inimaginable que cualquier reclamación o ejercicio de acciones no esté sometido a un límite temporal, aunque no por ello sea una figura sencilla, ni en su configuración dogmática ni a la hora de establecer diferencias con la caducidad. Además de una visión general del instituto, el trabajo trata de averiguar la *ratio* a la que obedece la fijación de unos u otros plazos de duración y, con carácter previo, a qué responde la opción del legislador de haber optado por diferentes plazos para el ejercicio de acciones, en lugar de plazos únicos. Este análisis se realiza tomando como base textos europeos y otros de ámbito más amplio como los Principios Unidroit, así como la regulación del instituto en diferentes países de la Unión Europea, de los que se extraen principios y rasgos comunes para una reconstrucción dogmática de esta figura.

Sobre la autora

Inmaculada Herbosa Martínez es Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad de Deusto, entre ellas Derecho contractual europeo. Imparte docencia en diferentes asignaturas en Derecho patrimonial privado. Profesora visitante en Boston College, Georgetown, Real Colegio de la Complutense en Harvard, y London School of Economics, entre otras universidades extranjeras. Ha sido vicedecana de Ordenación Académica y de Investigación y Postgrados. Con dos sexenios reconocidos de investigación ha formado parte de diferentes equipos de la Universidad de Deusto. En el momento presente es miembro del equipo «Integración europea y Derecho patrimonial en un contexto global». Es autora única de cuatro monografías, numerosas publicaciones en obras colectivas y artículos en revistas especializadas, así como investigadora principal de varios proyectos de investigación.

Introduction

Contribution to the Process of Unification of European Private Law

Inmaculada Herbosa Martínez

Profesora Titular Derecho civil. Universidad de Deusto
inmaculada.herbosa@deusto.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019pp23-26>

Abstract: This monographic issue includes several papers related to some questions of Private Law, which are addressed, mainly, from the perspective of European Law but also of Comparative Law. The subjects are diverse and, apparently, without connection, since some address issues related to the new social reality in which we live, related to the information society and unfair business practices; and others deal with traditional institutions of Civil Law, such as prescription, which is subject to review. All of them, however, have a common feature, which is the dogmatic and practical interest of the matters dealt with, and their contribution to the unification, understood in a broad sense, of European Private Law.

Keywords: Europeanization of Private Law, unification of Private Law, electronic commerce, data protection, digital document, unfair commercial practices, extinctive prescription.

Nowadays, the penetration of the so-called European and International Law into the internal systems of Member States is beyond doubt. The task of academics is no longer to give notice of it, as is obvious, but to study the new challenges posed by this discipline. When we speak of European Private Law we refer, logically, to the binding instruments and academic texts through which the desirable harmonization in the field of the European Union is sought. Among these are initiatives as meritorious as the Principles of European Law or the Draft Common Frame of Reference, qualified by some authors, without incurring exaggeration, as the most colossal work carried out after the Digest.

In addition, the contribution of academics to all this process of Europeanization and internationalization is worth mentioning. Indeed, they address and solve problems, which can be described as universal, using the science of Comparative Law as understood by SALEILLES, different from the comparative method. This approach implies going back to the foundation of each institution, understanding the features of Private Law of

the states and, through a process of abstraction, establishing the common features that underlie European laws (at least that of those taken into account in the aforementioned abstraction process).

Certainly, this “Law” does not properly constitute a common Private Law, since it does not come from a European institution nor has it been compiled nor systematized by academics. But it allows to give new solutions to old problems on the basis of common general principles that underlie a concrete regulation, which contribute, by other means, to the unification of Private Law.

This volume contains works on different matters of Private Law, which respond for the most part, to the first of these approaches. However, all of them pay attention to the process of unification of Private Law at a European level in the aforementioned broad sense.

Within a first block, a fundamental issue in today’s society (the so-called information society) is addressed, which is the one related to “The loss of privacy in electronic contracting”. As is known, in the field of the European Union, several instruments have been adopted that deal, separately, with data protection, electronic contracting and the supply of digital contents or services (among them, Directive 2019/770 relative to certain aspects of contracts for the supply of digital content and services). However, none of these instruments deal with the specific problem addressed in the aforementioned work, i.e. the analysis of the mutual interaction of these instruments, and their possible shortcomings, when personal data is put into circulation in the process of contracting goods or services in the digital market. Once provided, the consumer has little control over his data which, in turn, becomes of great value to the trader since this personal information is susceptible to various forms of treatment (profiling, behavior studies or resale of data to third parties). In this context, the user’s contractual control measures on the permissions granted to the trader for the data treatment are analyzed; in particular, in the contract for the supply of digital content in exchange for personal information, which falls within the scope of application of the aforementioned Directive 2019/770.

Also in the field of digital environment, a second work deals with the concept of “written document” in European Private Law, and as a consequence, the concept of electronic document in relation to the broader concept of digital document on the basis of the provisions of Regulation 910/2014, of July 23. Taking as a basis a typical distinction of the Italian Law between written documents and mechanical reproductions, it is concluded that in European Private Law any definition of “written document” must be understood as mere representation or reproduction of words in visible form, since expression includes any communication that involves the memorization of its own content. In favor of this argument

the broad definition established by the Unidroit Principles is used, comprehensive of any representation of facts stored in durable media through reproducible recordings by mechanical means, provided that they are used as a declaratory means of will.

A third work, related to the Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, deals with the remedies or individual actions available to consumers who, as a consequence of an unfair practice, have signed unwanted contracts or wanted only in part. Bearing in mind that the regulation of these measures has been entirely left to the Member States, there are major divergences between them: while some have foreseen *ad hoc* solutions, very different from each other, others apply, with some nuances, general remedies of Law of Contracts. This paper questions whether, despite this, the application of other Directives (93/13/CE, 1999/44/EC 2011/83/EU) adopted in the field of consumer protection, which interact with the discipline of unfair practices, allow to apply harmonized and effective protection measures within the European Union. And, in any case, if the principle of good faith could be used to achieve this result.

From the second approach to which we have referred above, a fourth work deals with the extinctive or liberatory prescription. This work involves a deep reflection on the prescription, which not only enjoys the “spell” attributed by the author, but is also inherent in any legal system since it is unimaginable that any claim is not subject to a time limit. Nevertheless, it is not an easy institution either in its dogmatic configuration or in establishing differences with the caducity. In addition to a general overview of this civil institution, the work tries to find out the *ratio* to which a concrete term of duration responds and, previously, how the legislator’s option of having set different terms of duration instead of a single term can be explained. This analysis is based on European texts and others of broader scope, such as the Unidroit Principles, as well as the regulation of this institution in different countries of the European Union, from which common principles and features are extracted for a dogmatic reconstruction of this figure.

About the author

Inmaculada Herbosa Martínez is Professor of Civil Law at the University of Deusto. He teaches in different subjects in Private Law, among them European Contract Law. Visiting professor at Boston College, Georgetown, Royal College of Complutense at Harvard, and London School of Economics, among other foreign universities. She has been

Associate Dean for academic affairs, postgraduate studies and research at the Faculty of Law at the University of Deusto. With research merits recognized by the National Commission on this matter has been part of different research teams of the University of Deusto. Currently she is a member of the team «European Integration and Patrimonial Law in a global context». She is the author of four monographs, numerous publications in collective works and articles in specialized journals, as well as the main researcher of several projects.

Estudios

La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)¹

*Digital Contracts and the Loss of Privacy
(Between the Data Protection Regulation and the New Directive
or the Supply of Digital Contents)*

Paloma de Barrón Arniches
Universidad de Lleida
pbarron@dpriv.udl.cat

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019pp29-65>

Recibido el 23 de mayo de 2019
Aceptado el 17 de junio de 2019.

Sumario: I. Introducción.—II. Los datos y su rol dentro de la economía digital.—III. La protección jurídica de los datos personales. 1. Ejes de la normativa europea y española de protección de datos. 2. La tipología de los datos personales y los diferentes niveles de protección. 2.1. Datos no sensibles y categorías especiales de datos. 2.2. Los datos como contraprestación de determinados servicios digitales.—IV. La interacción (o la falta de ella) entre la normativa contractual y la de protección de datos. 1. Los principios que informan la contratación electrónica. La noción de desequilibrio contractual. 2. El consentimiento del usuario para la cesión y posterior tratamiento de sus datos personales. 2.1. El consentimiento debe ser informado: deberes de información precontractual del empresario. 2.2. El consentimiento se puede revocar: el control del usuario sobre los permisos concedidos para el tratamiento de su privacidad.—V. Reflexiones finales

Resumen: Los datos personales de los usuarios se ponen en circulación con ocasión de la contratación de un bien o un servicio en el mercado digital. El objetivo de estas páginas es analizar esta situación fáctica desde la perspectiva del

¹ Trabajo realizado dentro de las actividades de investigación del grupo de investigación consolidado 2017SGR997, reconocido por la Generalitat de Catalunya, y como investigador de los siguientes proyectos: INVID INVID – In Video Veritas, Verification of Social Media Video Content for the News Industry n. 687786, financiado por la Unión Europea; y el proyecto «Retos jurídicos del mercado único digital (MUD): una aproximación desde el análisis económico del Derecho», n.º R/N:L108E3, financiado por la Universidad de Lleida. Quiero agradecer la ayuda inestimable de la becaria de investigación del Departamento de Derecho civil, Dña. Alba Valderrey Fernández.

derecho de contratos, que debe interactuar con el Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril, de protección de datos. Se dibujan los trazos esenciales del contrato de adhesión para la cesión de datos personales, que los usuarios formalizan en el contexto de la contratación electrónica en el ámbito privado. Se constata que el usuario es la parte débil en el contrato, y que el consentimiento para la cesión de los propios datos no siempre es informado ni libre. Se formulan algunas propuestas para mejorar la posición de la persona física, titular de su información personal.

Palabras clave: Protección de datos, consentimiento del usuario, información precontractual, comercio electrónico.

***Abstract:** Users' personal data circulate in the digital market. The purpose of this paper is to analyze this real situation from the perspective of contract law and Regulation (EU) 2016/679 on data protection. The contract of adhesion for the transfer of personal data is formalized in the context of the digital market, and users are the weaker party in the contract, and their consent to the data treatment is not always informed and free. I propose some solutions to improve the position of the personal data owner.*

***Keywords:** Data protection, user consent, pre-contractual information, digital market.*

I. Introducción

El presente estudio se interesa por la suerte que corren los datos personales de las personas físicas en el devenir del comercio electrónico, especialmente cuando tiene lugar entre empresarios y consumidores (*Business to consumer B2C*). Los datos personales de los usuarios se ponen en circulación con ocasión de la contratación de un bien o un servicio en el mercado digital. Estos datos quedan en poder del empresario, que los analiza y reutiliza para otros fines, básicamente publicidad, que redundará en su mejor posicionamiento en el mercado mediante la obtención de nuevos contratos de compraventa o de prestación de servicios. A través de los datos personales recabados, el empresario —y las empresas terceras con las que está conectado—, conocen al usuario, su perfil como cliente, sus gustos y preferencias y, además, pueden contactar de nuevo con él en cualquier momento.

El objetivo de estas páginas es analizar esta situación fáctica desde la perspectiva del derecho de contratos, porque está claro que la recientemente promulgada normativa sobre protección de datos ha de ser la protagonista²,

² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos

pero ¿cómo interactúa con el derecho contractual cuando el trasvase de datos personales se produce con ocasión de un negocio jurídico formalizado digitalmente? ¿Se están produciendo vulneraciones de los derechos de los titulares de los datos? ¿Tiene la persona física la condición de contratante débil con respecto al empresario que recaba la información personal? No tendría por qué ser así, si la cesión de los datos se realiza con pleno conocimiento y consentimiento. El derecho de contratos no debería preocuparse por la justicia sustantiva, y sí solo por garantizar que el contrato sea el resultado de un proceso libre e informado³. No obstante, los modernos planteamientos del derecho contractual van más allá y se preguntan sobre este consentimiento, y sobre la justicia del intercambio que se produce en el comercio digital. Hasta qué punto los contratantes titulares de una información personal son realmente conscientes de los derechos o facultades que emanan de esa titularidad⁴.

Al respecto, es relevante el valor económico que para el empresario digital representan los datos personales de sus clientes. Cabe preguntarse por

personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). En adelante RGPD. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32016R0679>

En cuanto a la normativa nacional, el pasado 7 de diciembre de 2018 entró en vigor la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en adelante LOPD, que deroga la anterior LOPD 15/1999, y se adapta al nuevo Reglamento europeo que entró en vigor en mayo de 2018. Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 6.12.2018., n.º 294. También queda derogado el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, que se promulgó mientras se tramitaba la LOPD para regular «de urgencia» cuestiones relacionadas con las autoridades de control y la aplicación del procedimiento sancionador previsto en el Reglamento europeo.

³ Ésta es en esencia la teoría liberal del contrato que, como afirma Gomez Calle, se sustenta en ocasiones en las teorías económicas del contrato. Esther Gómez Calle, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, (Cizur Menor, Civitas, 2018), 22.

⁴ ¿Existe un derecho de propiedad sobre los datos personales? ¿es posible convertir los datos personales en objeto de transacción entre las partes, a pesar de su consideración general como derechos de la personalidad? ¿podríamos entender, desde una perspectiva del análisis económico del Derecho contractual, que nos encontramos ante un activo inmaterial susceptible de ser valorado económicamente en el contexto de las prestaciones de las partes de un negocio jurídico privado formalizado por vía electrónica? Estas y otras preguntas son las que se nos plantean con respecto a la noción «titularidad sobre los propios datos personales». Algunos autores ya han empezado a recorrer esta senda: Francisco Javier Puyol Montero, *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2015), 341 y ss.; Luz Martínez Velencoso y Marina Sancho López, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1 (2018) 6, Ilaria Amelia Caggiano, «A quest for efficacy in data protection: a legal and behavioural analysis», working paper 10/2017, Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo, consultable en http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/113463/1/WP_2017_10.pdf, Última consulta, 4.4.19.

la onerosidad de las transacciones en las que el proveedor no recibe dinero sino solo datos personales, caso que se repite con cierta frecuencia cuando lo que es objeto de transacción es un contenido digital⁵. En estas relaciones jurídicas sin contraprestación dineraria, ¿qué estándares de obligaciones para el proveedor, se pueden aplicar? ¿qué remedios jurídicos tiene el consumidor cuando el proveedor incumple sus obligaciones? Y, en general, en todas las transacciones electrónicas ya se produzca el pago de un precio en dinero o no, ¿qué pasa con los datos personales de los usuarios una vez concluido el negocio jurídico? (por ejemplo, en un contrato de compraventa porque este se consume con la entrega del producto, o en un contrato de suministro de contenidos digitales, porque el consumidor puede decidir poner fin al contrato en cualquier momento). No debe olvidarse que el respeto y la protección de la privacidad de los usuarios también constituye una condición para el desarrollo de los mercados digitales e, incluso, un motor de innovación, ya que los bienes y servicios de la economía de datos solo serán aceptados por los consumidores si se respeta esta preocupación por su privacidad y confidencialidad⁶.

En definitiva, cabe preguntarse si en el ámbito del comercio electrónico no se está produciendo un cierto e importante desequilibrio entre los contratantes, incluso hasta alcanzar situaciones de clara arbitrariedad. En efecto, en la relación contractual electrónica el usuario persona física que pierde su privacidad se encuentra en una posición de debilidad que es aprovechada conscientemente por el empresario que recaba y trata los datos de sus clientes, exclusivamente en su propio beneficio. Como ha señalado algún autor, el Derecho contractual debe adaptarse al mundo digital, manteniendo la continuidad de los conceptos clave, —como lo es el equilibrio entre las prestaciones y la protección a la parte más débil en el contrato—, y combinándolos con los enfoques innovadores respecto a las nuevas tecnologías y prácticas empresariales⁷, esto es, en definitiva, am-

⁵ Véase la DIRECTIVA (UE) 2019/770 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 22 de mayo de 2019 (L136/1), esto es, un día antes de la entrega de este trabajo a la revista. Advierte el autor que el trabajo de investigación se ha realizado, por tanto, sobre la base de la Propuesta de Directiva, que se presentó el 9.12.2015, cuyo contenido, en gran medida, se ha visto confirmado en el vigente texto legal europeo.

⁶ Josef Drexler. «Data Access and Control in the Era of Connected Devices. Study on Behalf of the European Consumer Organisation BEUC», consultable en https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-121_data_access_and_control_in_the_area_of_connected_devices.pdf. Última consulta, 4.4.19.

⁷ Reiner Schulze. «Contratar en la era digital», working paper 8/2018, Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo, 11, consultable en <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/124048> Última consulta, 4.4.19. Insiste este autor en señalar: «El contrato

pliando el ámbito de aplicación de estos principios básicos del Derecho de contratos.

II. Los datos y su rol dentro de la economía digital

La información relativa a los usuarios de internet, las personas físicas, constituye un activo intangible que tiene un reflejo contable en la empresa en tanto que generará beneficios económicos futuros, controlados por la entidad⁸. De hecho, la pregunta sobre el valor económico de la información parte de la constatación de todo lo que el empresario puede realizar a partir de los datos de sus clientes. Gracias a la visualización de información personal se pueden descifrar datos complejos y explorar visualmente información relevante de las personas de forma inteligente, rápida y sencilla. Así, una empresa mediana de servicios puede descubrir nuevas formas de satisfacer a los clientes, un organismo gubernamental puede predecir dónde resultan más necesarios sus recursos: organizaciones de todos los tipos y tamaños emplean la visualización de datos para mejorar las relaciones con los clientes, combatir el fraude y mucho más: todos toman mejores decisiones gracias al fácil acceso a una analítica potente e interactiva, el llamado Big Data⁹. En concreto, los proveedores digitales mejoran su posicionamiento de mercado, actualizan su oferta conforme a las nuevas necesidades y tendencias del mercado, identifican nuevos nichos de negocio que les permiten diversificarse y crecer. La información personal se ha convertido en un factor de competencia para las empresas, descrito como una «materia prima para los modelos de negocios digitales». Se utiliza para determinar tendencias y comportamientos estacionales, simular escenarios económicos, segmentar clientes, prevenir sus de-

es el instrumento jurídico más importante para una economía de mercado. Sin Derecho contractual, una economía de mercado no puede funcionar. Por lo tanto, la pregunta central para todos nuestros países es cómo adaptar el Derecho de la contratación al mundo digital» (5).

⁸ «(...) se debe impulsar una mayor promoción del tratamiento contable de los activos intangibles, la protección de los registros de propiedad intelectual, y el apego a las normas de información financiera, como parte de un marco legal que le asigna un mayor valor monetario a los activos intangibles» (200), «Estudio sobre el valor económico de los datos personales», entregable final elaborado por la organización CLUSTERTIC, de la Universidad de Colima, México, consultable en http://clustertic.org/wp-content/uploads/2016/06/valor_eco_Datospersonales_FINAL.pdf. Última consulta, 4.4.19.

⁹ Se define el Big Data como el almacenamiento, tratamiento y transferencia de datos a gran escala a través de las tecnologías de internet. Luz Martínez y Marina Sancho, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital» *op.cit.*, (14).

cisiones¹⁰. A partir de esta información, las empresas pueden mejorar los propios productos y la publicidad. El resultado es un evidente aumento de los beneficios empresariales.

Estamos hablando, en efecto, de un gran volumen de datos, no solo de los datos de un individuo sino de los de millones de ellos. Esto es lo que está haciendo ricos a los proveedores digitales, sin embargo ¿Quién regula la obtención y utilización de esos grupos de datos, de esos perfiles automatizados? Si se analiza el Reglamento Europeo de Protección de datos se puede constatar que esta normativa de Derecho público, si bien regula la recopilación y el procesamiento de los datos personales de cada individuo, no proporciona mecanismos eficaces para controlar el uso que de las tecnologías de elaboración de perfiles llevan a cabo las empresas. Hay pocos instrumentos en manos de los ciudadanos para conocer y decidir sobre la forma en que se utilizan sus datos, una vez cedidos al proveedor. Las decisiones basadas en tratamientos automatizados de datos se recogen en el Reglamento, pero con una definición amplia y, únicamente, en línea de principios¹¹. Lo mismo ocurre en la reciente norma española¹². Además, el consumidor difícilmente dispondrá de los conocimientos y de los medios técnicos para poder realizar, de facto, ningún control sobre los datos que transfiere, su utilización posterior y su posible transmisión a terceros. Tampoco es factible que las autoridades de control puedan realizarlo respecto de todos los proveedores digitales que operan en el mercado, ni tan siquiera en el europeo. Aún más, el problema más grave es la propia tecnología, puesto que hoy día difícilmente puede hacerse desaparecer completamente la información personal que se sube a internet¹³.

¹⁰ Así lo explica Ilaria Amelia Caggiano: «*Value extraction in big data takes place through analytical methods of data mining (algorithms). Analytics are data tracking tools: software that lets you find correlation between data, analyse historical series, determine trends and seasonal behaviours, simulate economic scenarios, segment customers, and conduct data and text mining activities to better understand a wide range of phenomena Of business. These are tools that enable private and public decision-makers to make better decisions. Providing budget indicators based on historical series, understanding customers and employees' behavior in advance, assessing the degree of risk of funding, are some practical examples of analytics use*»; «A quest for efficacy in data protection...», *op. cit.* (4); véase también Susana Navas Navarro, «El almacenamiento de los datos: del cloud computing al AND sintético» en *Mercado digital. Principios y reglas jurídicas*, ed. por *idem*, (Valencia, Tiranch lo Blanch, 2016), 63-90.

¹¹ En efecto, el Cdo. N.º 72 del Reglamento señala que «*La elaboración de perfiles está sujeta a las normas del presente Reglamento que rigen el tratamiento de datos personales, como los fundamentos jurídicos del tratamiento o los principios de la protección de datos. El Comité Europeo de Protección de Datos establecido por el presente Reglamento (en lo sucesivo, el «Comité») debe tener la posibilidad de formular orientaciones en este contexto*». En el siguiente apartado trataré más en detalle esta cuestión.

¹² Arts. 18, 28 y 34 LOPD.

¹³ Afirma Marina Sancho: «*A pesar de que el nuevo Reglamento Europeo comprende novedades interesantes y goza de buenas intenciones, lo cierto es que la tecnología en sí*

Así las cosas, las empresas publican políticas de privacidad, pero el cumplimiento de estas políticas casi nunca se prueba. En caso de violaciones de derechos de los ciudadanos, que se manifiestan a través de reclamaciones individuales, la autoridad de protección de datos solo puede intervenir y tomar medidas para resolver esas situaciones individuales, no el conjunto del *modus operandi* de las empresas digitales, las cuales, para empezar, ni siquiera reconocen o contabilizan en su haber estos activos inmateriales consistentes en los bancos de datos que constantemente les proporcionan sus propios clientes. Protegidas por la desregulación y el desconocimiento que rodea a las nuevas tecnologías de tratamiento de la información, las empresas prefieren no evaluar el impacto económico que para ellas se deriva de esta cesión gratuita de datos que reciben de una forma continuada en el desarrollo de su negocio.

Ahora bien, es necesario matizar que los datos personales no generan valor y riqueza meramente por su transformación en información; sino que su valor se genera por su participación en un proceso de creación o transformación de productos y servicios¹⁴. Por tanto, desde una perspectiva económica será un dato relevante la capacidad de los proveedores de internet, de cada empresario de la economía digital, de asumir estos procesos de transformación de los datos de sus usuarios en nuevo conocimiento. A nivel internacional no se cuenta con un modelo reconocido para estimar el valor monetario de los datos personales, ni con una medición del impacto del valor de los datos en las empresas en los diversos sectores de actividad económica y, en último término, en el producto interior bruto de cada Estado. Sin embargo, los economistas trabajan en esta materia, tratando de obtener si quiera sea de manera indiciaria, algunas conclusiones¹⁵.

misma constituye una limitación para el cumplimiento total de los derechos que allí se comprenden pues, por ejemplo, hasta la fecha no hay manera posible desde un punto de vista técnico de borrar por completo y para siempre la información subida a Internet.» («El nuevo concepto de onerosidad... *op. cit.*, p. 17). Véase también Susana Navas Navarro, «Cookies y tecnología análoga: publicidad comportamental online y protección de datos de carácter personal» en *Mercado digital op. cit.*, 357-380.

¹⁴ Es lo que se denomina economía basada en el conocimiento: formas, métodos, herramientas o medios de producción para abordar y resolver problemas, producir un mayor conocimiento y así, diseñar productos y servicios mejores. «Estudio sobre el valor económico de los datos personales», *op. cit.*, 119 y ss.

¹⁵ Pueden consultarse, entre otros los siguientes análisis económicos sobre esta materia: «Unleashing the value of consumer data», 2013, consultable en https://www.bcgperspectives.com/content/articles/digital_economy_consumer_insight_unleashing_value_of_consumer_data/; «Rethinking personal data: A New Lens for Strengthening Trust» consultable en <https://www.sbs.ox.ac.uk/cybersecurity-capacity/content/wef-rethinking-personal-data-new-lens-strengthening-trust>; «Data Brokers. A call for transparency and Accountability», Federal Trade Commission, 2014. Consultable en <https://www.stopdatamining.me/data-brokers-transparency-accountability-ftc-report-2014/> Última consulta, 4.4.19.

Puede destacarse, por ejemplo, un estudio realizado a partir de una muestra obtenida mediante encuestas a un amplio espectro de personas físicas y a un amplio espectro de empresas. El objetivo era determinar el valor económico que para las personas tiene su privacidad, y el valor económico que los empresarios atribuyen a la información recibida de sus clientes. Respecto a las personas físicas, una interesante conclusión obtenida por estos estudios es que siempre es más alta la cantidad que los ciudadanos estarían dispuestos a recibir por la venta de sus datos personales que la que estarían dispuestos a pagar por su protección¹⁶. En segundo lugar, se confirma que los individuos participantes con nivel educativo universitario o posgrado son los que muestran un mayor valor monetario en el promedio de sus registros, seguido de los participantes con carreras técnicas y, finalmente, los participantes con niveles educativos inferiores. Esto puede llevarnos a inferir que conforme sea más elevado el nivel educativo, mayor será el valor que el individuo asignará a sus datos personales, es decir, a su privacidad¹⁷. Por otro lado, los datos personales considerados no sensibles son lo que muestran una mayor aportación al valor monetario total de la información privada de los individuos. Específicamente los datos de identificación y contacto, y los datos financieros y patrimoniales, son los más valiosos desde la perspectiva de los individuos participantes¹⁸. Por referencia a las entrevistas realizadas a empresas, concluye el estudio analizado que los datos de identificación y contacto son de los más importantes para las empresas encuestadas (especialmente el dato del correo electrónico, el teléfono particular y el nombre, por ese orden)¹⁹. Por tamaño de empresa, se puede observar que las empresas medianas y grandes son las que otorgan un mayor valor monetario, en promedio, tanto al registro de datos como al valor de cada dato individual, seguido de las pequeñas, y finalmente las microempresas²⁰.

¹⁶ «Estudio sobre el valor económico de los datos personales» *op. cit.*, 146. Por otra parte, en la página web <http://www.totallymoney.com/personal-data/> mediante la realización de un test, se puede comprobar la diferencia entre el valor que cada uno le otorgamos a nuestra información personal más básica y el valor real por el que una empresa anunciadora pagaría por ella. Última consulta, 4.4.19.

¹⁷ «Estudio sobre... *op. cit.*, 150.

¹⁸ «Estudio sobre... *op. cit.*, 135 y 140.

¹⁹ «Estudio sobre... *op. cit.*, 164.

²⁰ Ello resulta coherente con la mayor capacidad de las empresas grandes de aplicar una economía basada en el conocimiento de esta información personal: «*Con relación a las razones financieras obtenidas, se obtuvo que en promedio los gastos de operación de las empresas participantes representan el 38.36% de sus ventas brutas del último ejercicio fiscal, y los costos asociados al tratamiento de datos personales representan el 13.1% de los gastos de operación de las empresas (Tabla 1.53). En este sentido, los costos asociados al tratamiento de datos personales representan el 6.2% de los gastos de operación de las*

En conclusión, se puede afirmar que en la actualidad existe un modelo de negocio basado en la utilización y explotación de la información personal de las personas físicas, el Big Data genera negocio, es un mercado que funciona y cuyos ingresos son cada día mayores, en proporción inversa a lo que ocurre con la privacidad y la seguridad jurídica de los individuos en la red, que día a día disminuye. Estos usuarios ceden, se supone voluntariamente, sus datos personales, pero, paradójicamente, no se ven repercutidos económicamente, en absoluto. Es necesario sopesar qué papel juega en todo esto el Derecho²¹, qué mensajes lanza al mercado la actual legislación relativa a la privacidad y también, por qué no, el moderno Derecho de contratos, todo ello a los efectos de mejorar, si es posible, la posición de los consumidores con respecto a las empresas que comercializan con su información personal.

III. La protección jurídica de los datos personales

1. Ejes de la normativa europea y española de protección de datos

El fundamento de la protección que el derecho otorga a los datos personales es el concepto de intimidad y de privacidad²². En España encuentra su origen y fundamento en la dicción del artículo 18 de la Constitución Española (en adelante CE), que en su apartado 4 concreta que «*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad perso-*

empresas, y las ventas brutas asociadas al uso de datos personales representan el 22.6% de las ventas de las empresas participantes» («Estudio sobre... op. cit., 176).

²¹ «*Las normas jurídicas constituyen incentivos o desincentivos a los efectos de que sus destinatarios realicen o dejen de realizar tales actividades. La gente, en términos agregados, reacciona de manera distinta según sea el contenido y la naturaleza de las normas (leyes, reglamentos, doctrinas jurisprudenciales, etc.) que regulan su comportamiento*» Gabriel Domenech Pascual, «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *Revista de administración pública*, (2014), 195, 102.

²² La definición de la Real Academia Española de la lengua, del término privacidad es la siguiente: «*Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión*». Lo cierto es que este término solía emplearse más en la tradición jurídica del *common law* que en la nuestra, si bien su generalización es una buena noticia para las personas físicas, por cuanto resalta la idea de que, si bien los datos personales no forman parte de nuestra intimidad, sí que afectan a nuestra esfera privada y deben ser objeto de protección jurídica. Entre la doctrina puede consultarse, Lucia Ruggeri, «La tutela de los datos personales en los contratos de la sociedad de información» en *Contratación electrónica y protección de los consumidores. Una visión panorámica* ed. por Leonardo B. Pérez Gallardo, (Zaragoza, Reus, 2017), 17-49; Concepción Conde Ortíz, *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, (Madrid, Dykinson, 2005), especialmente páginas 23-26; Alberto de Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, (Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2017).

nal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». A partir de ahí, su configuración como derecho independiente respecto del derecho a la intimidad ha sido obra del Tribunal Constitucional, que lo ha ido desligando de la protección de la Ley Orgánica 1/1982 para encontrar su ámbito específico de protección²³. Es relevante, en primer lugar la Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993²⁴, en la que se define por primera vez el llamado «derecho a la libertad informática», y también la Sentencia 292/2000²⁵, en la que se remarca su existencia independiente respecto del derecho a la intimidad, definiendo el derecho a la protección de datos como la potestad de control del individuo sobre sus datos personales²⁶.

En cuanto a la legislación ordinaria, y tras el periodo de transición que se ha vivido en nuestro país hasta el pasado 6 de diciembre de 2018, disponemos de la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que supone la adaptación de la norma española al ahora ya vigente Reglamento europeo General de Protección de datos. El artículo 1.a) de esta Ley expresamente establece que: «*El derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta ley orgánica*». Así pues, la protección a las personas físicas en materia de datos personales se va a garantizar en España por la doble aplicación tanto del derecho interno como del Reglamento europeo, de aplicación directa en todos los Estados de la Unión.

Se pueden identificar y poner en relación con la práctica negocial *on line* de los consumidores, los siguientes principios rectores de la protección de datos presentes en el Reglamento europeo²⁷ y en la LOPD, principios que, a su vez, se traducen en diversas obligaciones para los responsables del tratamiento de los datos:

1. Principio de lealtad y transparencia en el tratamiento de los datos de las personas físicas: art. 5.1.a) RGPD. Estos dos principios están muy inter-

²³ LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen [BOE núm. 115, de 14/05/1982].

²⁴ STC 254/1993 de 20 julio, RTC\1993\254.

²⁵ STC 292/2000 de 30 noviembre, RTC\2000\292.

²⁶ STC 292/2000, FJ 6: «*Derecho fundamental a la protección de datos: el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer los derechos fundamentales enumerados en el art. 18.1 CE (...) persigue garantizar un poder de control sobre sus datos personales y sobre su uso y destino con propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo*».

²⁷ Lukas Feiler, Nikolaus Forgó, Michaela Weigl, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, (Surrey, German Law Publishers, 2018).

conectados entre sí, y conducen directamente a las obligaciones de información sobre el destino y la utilización que piensa darse a los datos personales recabados en el momento de la celebración de un negocio jurídico. La transparencia del proveedor de internet, de la empresa con respecto al consumidor que solicita el bien o servicio, constituye el presupuesto para el ejercicio por parte de éste, de todos sus derechos²⁸; es el sistema de doble capa de protección de datos. Se debe poner a disposición del usuario información básica sobre cómo se van a tratar sus datos personales con ocasión de cada uno de los formularios en los que el usuario tenga que facilitar sus datos personales. Esta primera capa debe enlazar con la información completa sobre la política de privacidad de la empresa, o segunda capa de la protección de datos.

2. Principio de exactitud y minimización de datos: artículo 5.1.c) y d) RGPD. Los datos serán exactos y, si fuere necesario, actualizados. Si no fuera así, deberá procederse a su rectificación o eliminación. Junto a ello, la minimización significa que únicamente deben requerirse y obtenerse los datos de la persona física que resulten necesarios en cada caso²⁹. Los datos personales tienen que ser los adecuados y pertinentes en relación con las finalidades para las cuales son recabados. Hay que considerar que puede precisarse diferente información personal en los negocios jurídicos concertados por vía electrónica, por ejemplo, la compraventa de bienes corporales no exige más datos que los meramente identificativos y los necesarios para el pago del precio, mientras que el suministro de contenidos digitales puede implicar la necesidad de recabar más datos para hacer posible el ejercicio continuado de los servicios postventa, o el mantenimiento de la situación de conformidad de los contenidos digitales durante todo el tiempo que se prolongue el suministro (por ejemplo, la localización geográfica del consumidor cuando este dato sea necesario para saber si una aplicación móvil podrá funcionar correctamente, o para poder proporcionar las actualizaciones o reparar el software, si fuera necesario). El principio de minimización de los datos también entra en relación con el de conservación de los mismos, de modo que el Reglamento limita el plazo de conservación de la información en poder del proveedor o empresario, y le obliga a informar al titular de los datos sobre esta cuestión. Si no es posible fijar un plazo, sí deberá al menos establecer los criterios que permitan determinar el plazo de conservación³⁰.

²⁸ Arts. 12-15 RGPD, en concordancia con lo dispuesto en el art. 11 LOPD. Debe concederse que la norma es cuidadosa y exhaustiva a la hora de determinar los aspectos sobre los que recae el deber de información del responsable del tratamiento.

²⁹ Aunque referida a la normativa española anterior (Ley 15/1999) véase Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho privado de internet*, (Cizur Menor, Civitas, 2015) 315 y ss.

³⁰ Art. 5.1. e), en concordancia con el 13.2.a) y art. 14.2.a) RGPD.

3. Deber de integridad y confidencialidad con respecto a los datos recabados: art. 5.1 f) RGPD. Afecta a responsables y encargados del tratamiento de datos, así como a todas las personas que intervengan en cualquier fase de éste. Configura una obligación general que resulta complementaria de los deberes de secreto profesional que afectan a los empresarios o prestadores de servicios, en función del ámbito de su actividad profesional. La confidencialidad que afecta a los datos recabados también implica la adopción de medidas técnicas y de organización que permitan asegurar la conservación y la no transmisión de estos datos a terceros sin permiso de su titular: la responsabilidad de quien los recaba alcanza la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental.

4. Responsabilidad proactiva del encargado o responsable del tratamiento de datos con respecto al cumplimiento de sus obligaciones como tal. Expresada en el apartado segundo del art. 5 RGPD, constituye el colofón de este elenco de protecciones al ciudadano, titular de su propia privacidad. El encargado y el responsable deben estar en todo momento preparados para cumplir sus obligaciones y para poder probar dicho cumplimiento. En términos procesales significa que recae sobre estos dos sujetos la carga de la prueba de haber adoptado todas las medidas necesarias para que los principios anteriormente expuestos sean una realidad. Se trata, en definitiva, de rendir cuentas sobre cómo se efectúa el tratamiento³¹ poder probar que se ha adoptado una política de protección de datos (que se registran las operaciones de tratamiento, se establecen y siguen ciertos códigos de conducta, se adoptan medidas de seguridad revisables de forma periódica etc.). Así mismo, dentro de esta responsabilidad proactiva se incluye el deber de notificar las violaciones de la seguridad de la información que, en el ejercicio de las propias funciones, puedan detectarse.

Qué duda cabe que este ejercicio de la responsabilidad proactiva en la protección de los datos por parte del empresario o el proveedor de servicios *on line* coloca en una posición segura al consumidor. Sin embargo, la realidad es otra por varios motivos: primero, porque no toda la normativa de protección de datos es tan exigente como podría desprenderse de la lectura de lo expuesto hasta aquí. Por ejemplo, es mucho más dudosa la regulación relativa a la elaboración de perfiles con fines comerciales, y también resultan ambiguos los criterios que identifican en determinados casos, la licitud del tratamiento de datos personales. En segundo lugar, no está tan clara la manera en que el consumidor puede verificar este comportamiento proac-

³¹ Para lo cual el responsable puede dotarse de las herramientas que están previstas en el capítulo IV del RGPD, véase art.25 y concordantes.

tivo del empresario, ni tampoco la eficiencia de las fórmulas previstas para restablecer sus derechos cuando estos resulten vulnerados³².

Respecto a la regulación sobre elaboración de perfiles, el art. 4., apartado 4) incluye en este concepto «*toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física*». Este amplio y efectivo seguimiento y control de los comportamientos *on line* de los usuarios resulta, así, admitido por el legislador europeo bajo el paraguas de una previa información al interesado a que hacen referencia los arts. 13 y 15 RGPD. Sin embargo, no es muy defendible entender que este seguimiento exhaustivo de comportamientos y preferencias encaje realmente con el criterio de minimización de la información personal que se puede recabar. El empresario realmente no *necesita* esta información para desarrollar su negocio, lo que ocurre es que la tecnología le permite acceder a ella y accede, porque su análisis le produce beneficios económicos relevantes³³.

³² Stéphanie Van Gulijk *et al.*, «Ensuring Data Protection by Private Law Contract Monitoring: A Legal and Value-Based Approach», *European Review of Private Law* 5 (2018), 635-660. Insisten estos autores en que la normativa legal de protección de datos, basada en el derecho público no es eficiente para proteger al titular de los datos. La legislación pública europea está dotada de pocos instrumentos para mejorar el control por parte de los ciudadanos sobre la forma en que se utilizan sus datos.

³³ La monitorización de las conductas en internet se realiza a través de las cookies y otras tecnologías de recogida automática de datos. Veamos un ejemplo: los datos que recoge automáticamente un proveedor de contenidos digitales, sin que el usuario realice más comportamiento activo que el consistente en clicar en ACEPTO (la política de cookies de esta página web), dado que en la página no se muestra la opción contraria (RECHAZO la política de cookies de esta página web) sino que, si el usuario no quiere aceptar debe clicar en MAS INFORMACIÓN, y navegar por un sinnfín de informaciones y normas de funcionamiento de la página, de las que tendrá que extraer la información sobre cómo impedir que su navegación implique el consentimiento tácito al proveedor para que utilice cookies. Y así, la web de una empresa americana que se declara sujeta a las reglas del Escudo de Privacidad, expone que recopila automáticamente la siguiente información del usuario: *Dirección IP; Identificadores del móvil o de otros sistemas o dispositivos; Información relativa al navegador, como tipo de navegador o idioma preferido; Páginas de referencia y de salida, además de las páginas de aterrizaje y las páginas visualizadas; Tipo de plataforma; Información sobre sus dispositivos, hardware y software, como por ejemplo la configuración y los componentes de su sistema, los programas y actualizaciones de EA que haya instalado o utilizado y la presencia de los complementos necesarios; Información sobre los productos de EA que utiliza y el uso que hace de los mismos; Información sobre eventos de los dispositivos, como por ejemplo informes de fallos, URL solicitadas y remitidas e información sobre la actividad del sistema...*»

Ante esta situación, las opciones para el ciudadano son dos, o bien consentirlo sin pararse en exceso a sopesar el valor de su privacidad ni los perjuicios de perderla, o bien oponerse a este tratamiento de la información que él mismo ha proporcionado, mediante el ejercicio del derecho de oposición que prevé el art. 21 RGPD, al que expresamente se remite el vigente art. 18 LOPD. El art. 21 RGPD, en su apartado 3 ordena que el responsable del tratamiento deje de tratar esos datos personales del usuario para fines de *mercadotecnia*, o marketing, pero, ¿cómo puede controlarse que, en efecto, lo haga?, y aunque quisiera hacerlo, ¿puede el responsable, tecnológicamente hablando, hacer desaparecer de internet los datos personales ya recabados al usuario?³⁴.

En segundo lugar, está la cuestión de la licitud o los intereses legítimos que justifican el tratamiento de datos personales. El principio de licitud del tratamiento se enuncia en el art. 5.1. b) RGDP, y se desarrolla en el art. 6, por su importancia para legitimar todas las actuaciones del responsable del tratamiento. Antes, en el Cdo. 47, el Reglamento específica que el tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo, y lo hace después de una larga disquisición, que podría calificarse de vaga y algo teórica, sobre la contraposición entre estos denominados intereses legítimos y los intereses o los derechos y libertades de los ciudadanos³⁵. A partir de aquí, cabe concluir que el consentimiento del interesado deja de ser el

³⁴ Véase nota 13.

³⁵ Cd. 47: «El interés legítimo de un responsable del tratamiento, incluso el de un responsable al que se puedan comunicar datos personales, o de un tercero, puede constituir una base jurídica para el tratamiento, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable. Tal interés legítimo podría darse, por ejemplo, cuando existe una relación pertinente y apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones en las que el interesado es cliente o está al servicio del responsable. En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación meticulosa, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin. En particular, los intereses y los derechos fundamentales del interesado podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior. Dado que corresponde al legislador establecer por ley la base jurídica para el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades públicas, esta base jurídica no debe aplicarse al tratamiento efectuado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones. El tratamiento de datos de carácter personal estrictamente necesario para la prevención del fraude constituye también un interés legítimo del responsable del tratamiento de que se trate. El tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo».

único requisito clave y que, incluso en ciertos casos, podría considerarse prescindible³⁶.

Por último, debe considerarse que la mayoría de empresas proveedoras de bienes y servicios *on line* son americanas, el intercambio de datos entre los EE.UU y la UE es el más elevado que existe a nivel mundial, y es de sobra conocido que la protección a la privacidad es escasa en la legislación de los EE.UU. Ahora bien, respecto a los datos transferidos para fines comerciales está vigente en la actualidad el llamado Escudo de la privacidad UE - EE.UU, que fija normas para los flujos de datos transferidos entre empresas de ambos continentes con fines puramente comerciales³⁷. Por su parte, el vigente RGPD se refiere expresamente a su aplicación a los proveedores de servicios de la sociedad de la información que no tienen sede en la UE, pero que manejan datos de ciudadanos europeos, en concreto estableciendo la obligación del proveedor de nombrar un representante que tenga sede en el territorio en la Unión³⁸. Sin embargo, la tendencia de sobra conocida de las empresas americanas es la de extender su modelo de negocio a todo el mundo tratando de prestar sus servicios en los mismos términos a escala global. Esa opción, en la medida en que los términos contrac-

³⁶ Art. 6.1.f) RGPD.

³⁷ C (2016) 4176 final, «Commission Implementing Decision of 12.7.2016, pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield». Consultable en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016D1250&from=EN> Última consulta, 5.4.19.

³⁸ Art. 3.2 y art. 27 RGPD. También es significativa, a los efectos de poder entender la voluntad claramente protectora de la Unión Europea respecto a la privacidad de sus ciudadanos, la Sentencia del Tribunal de Justicia: asunto C-362/14, Schrems y Data Protection Commissioner versus Digital Rights Ireland Ltd., Sentencia de 6 de octubre de 2015 El Tribunal se pronunció con respecto a la posibilidad de un Estado miembro de decidir si es ajustada a Derecho la transferencia de determinados datos personales desde dicho Estado a un país tercero, en función del nivel de protección de la privacidad que se de en ese país tercero, todo ello a la luz de la entonces vigente Directiva 95/46, con cita de alguno de sus Considerandos principales: «Cdo. 56 [...] los flujos transfronterizos de datos personales son necesarios para [el] desarrollo del comercio internacional; [...] la protección de las personas garantizada en la Comunidad por la presente Directiva no se opone a la transferencia de datos personales a terceros países que garanticen un nivel de protección adecuado; [...] el carácter adecuado del nivel de protección ofrecido por un país tercero debe apreciarse teniendo en cuenta todas las circunstancias relacionadas con la transferencia o la categoría de transferencias. Cd. 57: [...] por otra parte, [...] cuando un país tercero no ofrezca un nivel de protección adecuado debe prohibirse la transferencia al mismo de datos personales» El país tercero en este caso, obviamente, era EEUU. Puede consultarse esta resolución en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=8B3C6F365A493BCD920BE7DD21B2AB86?text=&docid=169195&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2990> Última consulta, 5.4.19.

tales puedan no estar adaptados al nivel de protección que deriva de la legislación europea plantea obvios riesgos legales o, dicho de otra manera, reclama una eficaz tutela de los derechos de los usuarios conforme a los estándares de la UE³⁹.

2. La tipología de los datos personales y los diferentes niveles de protección

2.1. Datos no sensibles y categorías especiales de datos

Los principios básicos de protección a la privacidad de las personas se aplican, como es bien conocido, en diferente medida en función de la tipología de los datos personales que son objeto de tratamiento. Así pues, y con respecto a la contratación electrónica con consumidores, cabe considerar en primer lugar cuál es la información personal, qué tipología de datos personales requiere el proveedor digital de bienes y servicios y, por tanto, qué está autorizado a recabar de la persona física que desea contratar. El acercamiento a esta materia permite determinar con más precisión el nivel de protección que la norma ofrece a los consumidores (los interesados, según los denomina el RGPD).

El concepto de datos de carácter personal, se encuentra definido en el art. 4.1 RGPD como «*toda información sobre una persona física identificada o identificable*». Resulta indiscutible que sin datos del cliente no hay contrato electrónico, ni de compraventa ni de servicios, ni ningún otro. Los datos necesarios para el comercio electrónico son los que los analistas identifican (por el valor que los propios usuarios les atribuyen), como datos no sensibles⁴⁰. Pero lo cierto es que los objetivos de negocio de las

³⁹ Así, señala Pedro de Miguel: «*la aplicación a este tipo de situaciones del artículo 6 RRI será determinante para apreciar que, la previsión en las condiciones generales de que la ley aplicable es la del Estado de California no puede acarrear que el consumidor se vea privado de la protección que le proporcionan las normas imperativas de la legislación española, como es el caso de las contenidas en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (de conformidad también con lo previsto en el art. 67 TRLGDCU). Entre esas normas imperativas se encuentran las relativas a las condiciones generales y cláusulas abusivas, un ámbito sustancialmente armonizado en el marco europeo desde la adopción de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*». Blog de Pedro de Miguel Asensio, entrada de 24.5.2012, consultable en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2012/05/facebook-y-proteccion-de-los.html>.

⁴⁰ Véase el trabajo de campo que se realiza en «*Estudio sobre el valor económico de los datos personales*», *op. cit.*, 135-137: *Los datos no sensibles se dividen en seis (6)*

empresas que trabajan en el sector privado *on line*, van mucho más allá de la mera venta de sus productos, lo que buscan es elaborar, mientras realizan sus transacciones electrónicas, verdaderos estudios de mercado. Para ello, manejan dos tipos de información sobre sus clientes, la primera que podría considerarse información real derivada de los datos concretos proporcionados por estos (nombre, lugar de residencia, profesión, estado civil, teléfono de contacto, correo electrónico), y la segunda información obtenida a través de otros parámetros como son las pautas de comportamiento, preferencias culturales o patrones de consumo. Ambos tipos de información quedan almacenados en enormes bases de datos, y unos y otros permiten identificar o reconstruir la identidad de cada usuario atribuyéndole una información sobre su religión, ideología, clase social, salud, que puede o no ser cierta —cuestión extremadamente relevante—, por cuanto no proviene de datos objetivos cedidos al proveedor, sino que se obtiene mediante la triangulación y organización de la información real obtenida de cada individuo.

Por tanto, a través de los tratamientos automatizados y la elaboración de perfiles y partiendo de datos no sensibles proporcionados por los usuarios, las empresas digitales de una cierta magnitud son capaces de llegar —siquiera sea de forma presunta— a los datos que son considerados por los propios ciudadanos y también por el legislador, como datos de categoría especial⁴¹, o datos sensibles (origen étnico o racial, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual etc.). Es ahí donde las personas físicas han perdido la batalla, primero porque al permitir la creación de perfiles automatizados autorizan la pérdida total y absoluta de su privacidad sin apenas ser conscientes de estar haciéndolo; y segundo porque la tecnología los «encasilla» en modelos estándar de personas de un estrato socioeconómico determinado, un grupo que responde a los mismo patrones predeterminados de comportamiento, patrones que sirven de guía al mercado y, al mismo tiempo, permiten que se impulse a la ciudadanía hacia unos hábitos de consumo cada vez más estandarizados.

subgrupos o familias de datos: 1) Identificación y Contacto, 2) Laborales, 3) Académicos, 4) Entretenimiento, 5) Migratorios, y 6) Financieros y Patrimoniales (...). En los datos de identificación y contacto se obtuvo un promedio de 7.8, donde la firma electrónica es el dato calificado más valioso con 9.2 (en una escala de 0 – 10), seguido de la firma autógrafa (9.1) y los datos de domicilio (9.1), situándose muy por encima del promedio (Gráfica 1.38). Les siguen en importancia los números telefónicos, tanto el teléfono particular como el número del teléfono móvil de los individuos participantes. Los datos de identificación más comunes como edad, nacionalidad y estado civil son los considerados de menos importancia (..) entre los Datos No Sensibles, los datos financieros o patrimoniales son los que significaron una mayor importancia para los individuos participantes con una calificación promedio de 8.7».

⁴¹ Art. 9 RGPD.

2.2. Los datos como contraprestación de determinados servicios digitales

En este contexto, conviene recordar la recientísima normativa europea sobre contratos de suministro de contenidos digitales, en la que expresamente se contemplan los datos personales como la contraprestación que ha de pagar el usuario para recibir determinados servicios digitales⁴². Si el proveedor de servicios va a tratar los datos del usuario —por ejemplo, con fines de marketing—, entonces la revelación de información personal por parte de éste se considera contraprestación y el negocio jurídico cae dentro de la órbita de aplicación de la Directiva, cuya finalidad es garantizar los derechos de los consumidores, especialmente su derecho a la conformidad de los contenidos digitales adquiridos⁴³. Este planteamiento supone un importante avance, puesto que convierte el traspase de datos personales en una parte del contrato y, por tanto, sujeto a las normas del derecho contractual, no solo a la normativa general de protección de datos.

Así pues, el negocio jurídico aborda, como una única propuesta contractual a la que se adhiere el usuario, la prestación de un servicio digital a cambio de la cesión de datos personales. La contraprestación del usuario consiste precisamente en el permiso para la utilización de tecnologías de creación de perfiles automatizados, porque además de los datos de identificación se le requiere también el permiso para esta finalidad, bajo la advertencia de que, en caso de no concederse tal autorización, el proveedor no podrá prestar el servicio⁴⁴. Además, esta situación se produce también

⁴² Art. 3.1 Directiva 2019/770 : «*La presente Directiva también se aplicará cuando el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin.*»

⁴³ Sergio Cámara Lapuente, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3 (2016), (<http://www.indret.com/pdf/1242.pdf>).

⁴⁴ El ejemplo paradigmático es Google, empresa norteamericana de servicios digitales por internet, que se declara sujeta a las reglas del Escudo de Privacidad. El texto literal sobre privacidad reza así: «*Utilizamos cookies propias y de terceros para mejorar la experiencia de navegación, y ofrecer contenidos y publicidad de interés. Al continuar con la navegación entendemos que se acepta nuestra Política de cookies*». Por tanto, el hecho de seguir navegando se convierte en un consentimiento tácito para la monitorización de sus búsquedas y actividades en internet, luego esa es la manera que tiene el usuario de pagar la contraprestación por el servicio, porque si después desea cambiar la configuración del navegador y desactivar las cookies, automáticamente se desactivan algunos servicios «gratuitos», tales como el traductor automático o el correo Gmail.

cuando el consumidor paga un precio por el servicio digital, en ambos casos se ve «forzado» a autorizar la monitorización, luego en este segundo supuesto, el usuario paga una doble contraprestación: dinero y pérdida de privacidad⁴⁵.

Si esta es la situación, si los datos son la contraprestación o parte de la contraprestación, cabe preguntarse si es suficiente la ganancia que el consumidor recibe con el suministro del contenido digital. Se trata de un contrato, obviamente no gratuito, sino sinalagmático y, por ello, debe valorarse la justicia del intercambio que se realiza entre las partes, el equilibrio que el Derecho contractual debe asegurar en los negocios jurídicos privados. También cabe preguntarse cuáles son los mecanismos que protegen al ciudadano ante una eventual utilización indebida de su información personal. La Directiva de contenidos digitales recoge las acciones que le asisten ante la falta de conformidad del bien o servicio digital adquirido, pero no protege otros derechos del usuario como sería, por ejemplo, en caso de resolución contractual, el derecho a que el proveedor no vuelva a utilizar sus datos personales. Ello se debe a que, realmente, no se concibe la información personal como un verdadero activo económico en manos del consumidor, como un elemento de intercambio entre el cliente

⁴⁵ Como muestra un botón: un consumidor que desea renovar la licencia anual del antivirus que tiene instalado en su PC. Recibe un correo electrónico-recordatorio recibido de la empresa para anunciarle que su licencia anterior está a punto de caducar (esto es, la empresa que ya recabó el correo electrónico del consumidor en el momento de la contratación de la licencia por primera vez, lo utiliza ahora para asegurarse la fidelización del cliente, recordándole en el momento oportuno que se le caduca la licencia y reconduciéndole a la fácil tarea de volver a pagar sin mirar lo que ofrecen y cobran los competidores en el mercado por el mismo servicio digital). Hasta aquí, podemos considerar que la compra de la licencia de antivirus y la aportación del propio correo electrónico fue un acto voluntario del consumidor y que, por tanto, la empresa está en su derecho de manejar esta información en su propio beneficio. Ahora bien, cuando el consumidor pulsa la tecla RENOVAR en el propio correo electrónico, se le abre una pantalla con la siguiente leyenda: «*Acerca de las cookies en este sitio. Este sitio web utiliza cookies propias y de terceros para mejorar tu experiencia de usuario y obtener información estadística. Para poder seguir navegando pulsa en «Sí, estoy de acuerdo».* Podrás retirar este consentimiento en cualquier momento a través de las funciones de tu navegador. Ver nuestra política de cookies». Estas advertencias unidas a una sola opción (pulsar la tecla SÍ, ESTOY DE ACUERDO), es todo lo que se le ofrece al consumidor. De este modo, su única decisión es la de renovar o no renovar el antivirus, y si decide hacerlo deberá necesariamente permitir tácitamente ser monitorizado, porque para renovar el antivirus hay que seguir navegando por la web y ello hace que la tecnología cookies se active automáticamente. Seguir navegando y pagar el precio del antivirus con la tarjeta, porque no es un servicio digital gratuito ¿Este consentimiento se parece en algo al que otorgó cuando optó por esta empresa para contratar la licencia?

y la empresa digital⁴⁶ y, por esta causa, se entiende que solo la normativa de protección de datos es la competente para velar por este derecho de la personalidad que es la privacidad de los ciudadanos. Veamos por qué los mecanismos que prevé el RGPD no son suficientes ni eficaces a estos efectos.

En primer lugar, son ineficientes, como ya se ha mencionado más arriba, porque las reclamaciones que en su caso interponga cada ciudadano ante la autoridad de control sólo servirán para solucionar su caso personal, no para evitar con carácter general el desequilibrio entre las prestaciones que se produce en las relaciones contractuales en el mercado digital, ni para cambiar el *modus operandi* de las grandes empresas digitales. En concreto, respecto al ejercicio del derecho de oposición, ya me he referido también a la dificultad que la propia tecnología representa para controlar el cumplimiento de lo dispuesto taxativamente en el art. 21.3 RGPD: «*Cuando el interesado se oponga al tratamiento con fines de mercadotecnia directa, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines*»⁴⁷.

En cuanto a la reclamación que prevé el art. 82 RGPD, consiste en un régimen uniforme para toda Europa que reconoce a los titulares de datos personales una acción indemnizatoria contra los responsables y encargados del tratamiento, para resarcirse de daños y perjuicios sufridos a consecuencia de operaciones que estos lleven a cabo en infracción de lo previsto en

⁴⁶ Dice la Opinión 8/2016 del European Data Protection Supervisor, (7): «*En la UE, la información personal no puede concebirse como un mero activo económico: según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el tratamiento de datos personales requiere protección para garantizar el disfrute del derecho a la vida privada y a la libertad de una persona de expresión y asociación. Además, el artículo 8 de la Carta de la UE y el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) han consagrado específicamente el derecho a la protección de los datos personales. En consecuencia, el Reglamento general de protección de datos de 2016 contiene salvaguardas específicas que podrían ayudar a remediar los desequilibrios del mercado en el sector digital: las autoridades de protección de datos deben hacer cumplir la minimización de datos, que requiere que la información personal solo se procese donde sea adecuada, relevante y limitada a lo que es necesario en relación con los fines para los que se procesan, y el derecho de las personas a recibir información sobre la lógica involucrada en la toma de decisiones automatizada y la elaboración de perfiles*». Consultable en https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/our-work-by-type/opinions_en

⁴⁷ Al respecto, no obstante, hay que destacar el esfuerzo realizado por el legislador español para arbitrar mecanismos que hagan efectivo este mandato, y así el art. 15 de la Ley 3/2018 exige un comportamiento activo del responsable para impedir tratamientos futuros de los datos de quien ha ejercido el derecho de oposición. Por su parte, el art. 32 trata de concretar los sistemas para lograr el bloqueo de datos, si bien del redactado del artículo se desprende con claridad la dificultad técnica que encierran estos procesos, y la opción del legislador por dejar en manos de la Agencia Española de Protección de Datos y de las autoridades de control autonómicas, la decisión final de cómo proceder en cada caso.

el Reglamento u otras normas relacionadas. Es claro que esta acción indemnizatoria es más detallada y precisa, y mejora el sistema previsto en la Directiva 95/46/CE, sin embargo, hay varias cuestiones que aún suscitan dudas, tal y como ya ha manifestado la doctrina⁴⁸, y que no ha resuelto para España la Ley 3/2018. El primer problema, a mi juicio, es que el art. 82 RGPD circunscribe la reclamación de indemnización al ámbito extracontractual, en España podría concebirse como una concreción de la norma general del art. 1902 del Código Civil español, que proviene de la aplicación directa de un Reglamento europeo. De hecho, la nueva ley española de protección de datos no contiene una disposición análoga al antiguo art. 19 de la Ley 15/1999. Por tanto, puede ocurrir, —y así lo han venido entendiendo los tribunales españoles— que el afectado acuda a la acción prevista en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 para la compensación de daños por intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como a la general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CCE y, ahora, a la nueva acción establecida en el art. 82 RGPD. Pero ninguna de las tres constituye un remedio ante el incumplimiento contractual del responsable del tratamiento, cuando recibe la información personal del usuario a cambio del servicio digital contratado. En buena lógica, es necesario que el Derecho de contratos arbitre mecanismos de tutela en favor del contratante débil en el comercio electrónico, que no es otro que el ciudadano, el consumidor, de manera que pueda aplicar los pertinentes remedios de derecho contractual, también al aspecto de la privacidad. Los supuestos de antijuricidad del comportamiento (acción u omisión) contrario a las normas de protección de datos pueden ser muy diversos, la casuística es inmensa, pero está claro que muchos de ellos se producen en el contexto del contrato electrónico formalizado entre consumidores y prestadores de bienes o servicios. Por tanto, es necesario, en este ámbito como en tantos otros, delimitar hasta dónde llega la responsabilidad extracontractual y cuándo procede acudir a la responsabilidad contractual⁴⁹. Ello, sin olvidar los

⁴⁸ Antonio Rubí Puig, «Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», en *Revista de Derecho Civil* (2018), 53-87 (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>). Ya había expuesto con gran claridad las quiebras del sistema con respecto a la acción civil del art. 19 de la antigua LOPD, Manuel Zunón Villalobos, en «La garantía civil de la privacidad», (BIB 2012\3488), *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, (2013), 1-23.

⁴⁹ Al respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia: asunto 189/87, Athanasios Kalfelis versus Banco Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co., Banco Schröder, Münchmeyer, Hengst International SA y Ernst Markgraf, sentencia de 27 de septiembre 1988, párrafo 18 señalaba que la materia extracontractual, delictual o cuasidelictual, «comprende toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual». Por ello, si los datos personales son la contraprestación, obviamente constituyen materia contractual.

procedimientos administrativos ante la autoridad de control, que habitualmente vienen originados por los mismos comportamientos antijurídicos⁵⁰.

Por último, otra cuestión que está en el núcleo del desequilibrio entre las partes en la contratación electrónica, y ante la que se manifiesta la insuficiencia de la protección que ofrece la normativa sobre privacidad: la ausencia de una información clara e inteligible al interesado en el momento en que ha de decidir si entrega sus datos personales al empresario digital, y la articulación de sistemas engañosos de consentimiento tácito cuando lo hace. En efecto, la contratación electrónica se desarrolla a través de condiciones generales, de manera que la única opción de que dispone el interesado es la de adherirse al conjunto de cláusulas contractuales, o no hacerlo⁵¹. Me refiero una vez más a la autorización para el tratamiento de datos automatizado, y la creación de perfiles. Es cierto que el RGPD incluye la prohibición general de toda decisión basada únicamente en tratamientos de datos automatizados, pero también lo es que esta prohibición queda desactivada cuando es el propio interesado el que da su consentimiento⁵², por ello es de capital importancia que se trate de un consentimiento informado y libre. Además, el comercio electrónico se desarrolla en gran medida por empresas no europeas, algunas de ellas —aunque no todas— sujetas al Escudo de la privacidad, que no prevé la necesidad del consentimiento del interesado en estos supuestos, luego puede ocurrir que los ciudadanos que contraten con estas compañías, aunque sean europeos, no

⁵⁰ La doctrina se pregunta por los problemas de coordinación entre el ejercicio de la acción indemnizatoria del artículo 82 RGPD y el seguimiento de un procedimiento administrativo sancionador por infracción de la normativa sobre protección de datos; así como los de coordinación entre el artículo 82 RGPD y otras acciones privadas de compensación de daños y perjuicios. ¿Sería posible acumular en una misma demanda para su tramitación en un único y mismo proceso, la pretensión indemnizatoria y las pretensiones de acceso, rectificación o supresión del RGPD? Por economía procesal, por evitar al perjudicado la carga de tener que iniciar varios procedimientos etc. pues estas acciones no solo no son incompatibles entre sí, sino que están todas ellas al servicio de la tutela de un mismo derecho, y derivan de unos mismos hechos. Pero, con respecto al sistema anterior al nuevo Reglamento Europeo y la nueva Ley de protección de datos, la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional y del propio Tribunal Supremo ha rechazado, sin excepción, cualquier intento de acumulación de la acción civil indemnizatoria, véase, por ejemplo, STS 28.12.2004 (RJ 2004, 8494); Antonio. Rubí Puig, «Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 RGPD y otras acciones en derecho español», *Mimeo* (2018), 1-34.

⁵¹ Klaus Jochen Albiez Dohrmann, «Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control», *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed por Sixto Sánchez Lorenzo, (Cizur Menor, Civitas, 2013) 430-432.

⁵² Art. 22.2 c) RGPD. Véase también Cdos. n.º 30, 38, 58, 60, 63, 68 y 70, así como a la regulación contenida en los arts. 13, 15, 21 especialmente.

tengan garantía alguna ni opciones de impugnar el procesamiento de datos llevados a cabo sin intervención humana⁵³.

IV. La interacción (o la falta de ella) entre la normativa contractual y la de protección de datos

En este apartado me referiré al marco jurídico específico del comercio electrónico, para tratar de relacionarlo con lo expresado hasta aquí sobre la normativa de protección de datos. Ambas regulaciones confluyen y, por tanto, deberían interactuar para proteger al usuario persona física que interviene en la economía digital.

En el ámbito de la contratación electrónica nos encontramos tanto con los principios generales que afectan a las obligaciones y contratos, como con las normas específicas nacionales y supranacionales que afectan a los contratos electrónicos y, por supuesto, con toda la normativa especial aplicable en los casos en que uno de los contratantes tenga la condición de consumidor⁵⁴. Tratando de seguir el mismo esquema que en el apartado anterior, trataré primero de identificar los principios rectores del comercio

⁵³ Por eso, el Grupo de trabajo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de sus datos (denominado habitualmente GT29), creado por la Directiva 95/46/CE, así como el Supervisor Europeo de Protección de Datos recomendaron en su día añadir una cláusula específica para el tratamiento automatizado de datos, por ejemplo, requiriendo la intervención humana o bien información adicional si así lo pedía el ciudadano europeo cuyos datos eran tratados. Sin embargo, la versión final del acuerdo no incorpora estos cambios. Cfr. EDPS Opinión 1/2016, p. 14.

⁵⁴ La normativa básica sobre el comercio electrónico que afecta a nuestro país se concreta hoy día a través de las Directivas europeas (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, así como laya referenciada Directiva 2019/770 de suministro de contenidos digitales. En cuanto a las leyes españolas aplicables: la Ley 31/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la contratación, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, entre otros.

Es de destacar que la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario reforma el art. 5 de la Ley de condiciones generales que rezará del siguiente modo: «5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». También añade un párrafo al art. 83 de la LGDCU, en el mismo sentido: «las condicio-

electrónico, y seguidamente me detendré en el consentimiento informado del consumidor, para concluir apuntando alguna idea sobre los remedios ante el desequilibrio contractual.

1. *Los principios que informan la contratación electrónica.* *La noción de desequilibrio contractual*

El Parlamento europeo trabaja en estos momentos para sacar adelante la directiva sobre compraventa *on line* y *off line*, y ha promulgado ya la Directiva de suministro de contenidos digitales. Ello implicará una reforma de la Directiva europea de comercio electrónico, todo ello con la pretensión de dotar de mayor transparencia a las transacciones económicas desarrolladas en el contexto del comercio con consumidores, para que los usuarios tengan una mayor información, clara y comprensible, de quien es el responsable de la venta online en la que participan. Otro aspecto que afectará a la transparencia se regulará en relación a los servicios digitales gratuitos (aplicaciones gratuitas, redes sociales, etc.) puesto que el proveedor deberá poner a disposición de los usuarios una información previa a la contratación, así como ofrecerles de forma clara el derecho de desistimiento. Sin perjuicio de estas reformas, la regulación sobre comercio electrónico que data del año 2000, y todos sus desarrollos posteriores a nivel europeo y español, permiten extraer una serie de principios rectores de esta normativa contractual:

1. Principio de buena fe y de libertad contractual, como bases de todo el sistema. La regla de la buena fe procede de las codificaciones en materia civil y comercial, desde el siglo XIX y se extienden en el tiempo hasta nuestros días. En el ámbito del *soft law* europeo sobre derecho de contratos, los Principios Unidroit se refieren a la *good faith and fair dealing*, caracterizada como el buen comportamiento contractual. La lealtad contractual es objetiva, alude a la coherencia y al respeto del fin económico buscado. Finalmente, ha derivado en el moderno concepto de la razonabilidad. La necesidad de invocar un principio clásico como el de la buena fe nace del hecho de que el entorno en que se produce la contratación electrónica se presenta como desconocido, oscuro, menos fiable a priori que la contratación tradicional⁵⁵. Y se complementa con el también clásico

nes incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

⁵⁵ Deepak Sirdeshmukh, Jagdip Singh, Barry Sabol, «Consumer Trust, Value, and Loyalty in Relational Exchanges», *Journal of Marketing*, (2002) 66-1, 15-37. Consultable en <https://doi.org/10.1509/jmkg.66.1.15.18449>

principio de libertad contractual, que se aplica del mismo modo en la contratación electrónica y en la tradicional, y cuyos límites nunca vendrán impuestos por el uso de la tecnología, sino por el hecho de contratar con consumidores⁵⁶.

2. Principio de seguridad jurídica, especialmente en el proceso de formación de los contratos electrónicos. Esta seguridad jurídica se presupone cuando la contratación electrónica se desarrolla a través del intercambio electrónico de datos (EDI, en sus siglas en inglés), pues los operadores económicos tienen que concluir un acuerdo previo de intercambio electrónico de datos, que suele ajustarse al modelo elaborado por algún organismo internacional⁵⁷. En cambio, cuando la contratación electrónica se lleva a cabo a través de una red abierta como Internet la seguridad jurídica es mucho más dudosa. De ahí, la búsqueda de la seguridad jurídica a través de los textos internacionales de armonización⁵⁸.

3. Principio de equivalencia funcional, que implica que una transacción efectuada en papel y otra efectuada a través de medios electrónicos deban recibir el mismo tratamiento legal. El principio de equivalencia funcional no presupone la efectividad legal del medio electrónico empleado, ya que éste estará sujeto a los mismos requisitos de prueba que cualquier otro. Lo que implica es que el medio empleado para realizar la transacción es irrelevante⁵⁹. La equivalencia funcional se vincula directamente con el principio de neutralidad tecnológica de las normas, que impone al legislador la obligación de definir los objetivos a conseguir, sin imponer ni discriminar el

⁵⁶ Rodolfo Fernández, *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*, (Barcelona, Bosch, 2001).

⁵⁷ Como el Modelo Europeo de Acuerdo elaborado bajo los auspicios de la Comisión Europea, (véase DOCE 1994 C 338/100).

⁵⁸ Ya he mencionado los Principios Unidroit, PICC. También han procurado establecer unas pautas uniformes para la contratación en Europa los Principios de Derecho contractual europeo, PECL, el borrador académico del Marco Común de Referencia, DCFR, la Normativa Común de Compraventa europea, CESL, entre otros. Véase Jose Antonio Castillo Parrilla «El impulso normativo europeo en el marco de la estrategia para el mercado único digital de Europa y los principios de la contratación electrónica en España. Especial referencia al contrato para el suministro de contenidos digitales», *Contratación electrónica y protección de los consumidores op. cit.*, 116.

⁵⁹ Pero el alcance de este principio puede ser limitado, puesto que en algunas normas no se reconoce de manera incondicional, sino que se hace depender del acuerdo previo sobre el empleo de medios electrónicos. Rosa Julia Barceló, *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000), 169; Pilar Jiménez Blanco, «Contenido y condicionantes de las obligaciones contractuales» *Derecho Contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*, ed. por Sixto Sánchez Lorenzo, I, (Pamplona, Aranzadi, 2016), 881.

uso de cualquier tipo de tecnología para conseguirlos⁶⁰. De manera que deberá elaborar reglas neutrales, es decir, que no estén asociadas con un tipo determinado de tecnología⁶¹. Por último, el art. 80 de la nueva Ley 3/2018 de protección de datos española proclama el derecho a la neutralidad de Internet. Se reconoce a los usuarios un derecho cuyo contenido se concreta en la obligación de los proveedores de servicios de Internet de proporcionar «una oferta transparente de servicios sin discriminación por motivos técnicos o económicos».

A mi juicio, estos principios no se están respetando en la actualidad en el contexto del comercio electrónico con consumidores, y en lo que respecta al trasvase de información personal. En la actualidad es prácticamente imposible saber cuándo estamos siendo monitorizados y qué usos posteriores se le va a dar a nuestra información más personal. No puede negarse la situación de desequilibrio contractual del usuario titular de su propia privacidad.

En efecto, los contratos digitales son siempre de adhesión⁶², articulados mediante condiciones generales y, en concreto las cláusulas que se refieren a la materia de la privacidad son larguísimas y complejas condiciones generales que se presentan al usuario bajo la rúbrica «*políticas de privacidad*». Los términos sobre protección de datos aparecen ocultos en conjuntos complejos de cláusulas estándar. Los consumidores tienden a aceptar fácilmente estos contratos estándar, independientemente de si realmente entienden las consecuencias, o simplemente, porque no tienen otra alternativa real si quieren acceder a estos servicios digitales que se presentan como rápidos, cómodos e, incluso, en ocasiones, *gratuitos*⁶³. Así pues, el desequilibrio contractual se deriva de la ventaja injusta que favorece al proveedor digital frente a la debilidad del usuario. El proveedor es la parte fuerte en la relación contractual puesto que proporciona sus servicios por un precio

⁶⁰ Cristina Culell March, «El principio de neutralidad tecnológica y de servicios en la UE: la liberalización del espectro radioeléctrico» *IDP: revista de Internet, derecho y política*, 11 (2010) 3.

⁶¹ No obstante, también hay detractores de este principio los cuales entienden que, al no prever las normas ninguna tecnología ni exigir unos estándares para las firmas electrónicas, pueden resultar un tanto ambiguas. Véase Marina C. Silveira, «Repercusiones internacionales del comercio electrónico: el marco legal del comercio electrónico en América latina y la necesidad de armonizar la normativa aplicable», *Revista de Contratación electrónica*, 18, (2001), 6.

⁶² Sobre el contrato electrónico véase, Pedro Grimalt Servera, «La formación del contrato celebrado por medios electrónicos» en *Negociación y perfección de los contratos*, ed. por M.^a Angeles Parra Lucan, (Cizur Menor, Aranzadi, 2014), 355 y ss.

⁶³ Bart W. Schermer Bart Custers, Simone van der Hof, «The Crisis of Consent: how Stronger Legal Protection may Lead to Weaker Consent in Data Protection» 16. *Ethics and Information Technology* (2014) 171-182.

muy superior a su verdadero valor: la autorización para arrebatarse al usuario su privacidad —para sí y para terceros—, y realizar después un tratamiento automatizado de dicha información personal, que redunde exclusivamente en su propio beneficio.

En conclusión, no hay equivalencia funcional ni neutralidad de internet: basta constatar los avances logrados en defensa de los consumidores en el sector de la contratación bancaria, que sin embargo no se aprecian en el comercio electrónico con respecto a las cláusulas sobre privacidad de los usuarios. Los contratos bancarios también son de adhesión, se redactan en papel —la mayoría de las veces en documento público—, y hoy día ya no pueden contener cláusulas generales redactadas de forma no transparente, puesto que han sido expulsadas del contrato, calificadas como nulas de pleno derecho⁶⁴. Esto no ocurre en el comercio realizado por internet. Los intereses de marketing y de control del mercado de las grandes empresas digitales prevalecen sobre su obligación de transparencia cuando formalizan negocios jurídicos con consumidores.

2. *El consentimiento del usuario para la cesión y posterior tratamiento de sus datos personales*

El consentimiento del titular de los datos es uno de los pilares en el que se fundamenta la protección de datos. Según el RGPD, la cesión de los datos para su tratamiento siempre debe ser inequívocamente consentida sobre la base de un conocimiento cabal y previo a la cesión. También el consentimiento constituye la manifestación por excelencia de la libertad contractual. Sin consentimiento no puede haber contrato. Sin embargo, los mecanismos implementados en la economía digital para informar al consumidor y para recabar su consentimiento pueden constituir en ocasiones un límite en el ejercicio de su autonomía privada, por parte del consumidor. Es necesario evaluar, con respecto a la transmisión de la propia privacidad, los instrumentos de Derecho contractual tradicionalmente relacionados con situaciones exclusivamente patrimoniales. La presencia de un contrato bilateral de adhesión entre el proveedor electrónico y el consumidor hace necesaria una revisión de las condiciones generales del contrato. Se trata de asegurar que el usuario autoriza libremente todas las cuestiones relativas a su privacidad.

Según el artículo 4.11 RGPD, se entiende por consentimiento del afectado *toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequí-*

⁶⁴ Véase nota 54.

voca por la que éste acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas, es decir, debe solicitarse y recolectarse la información personal de forma individualizada, no en masa, obteniendo un consentimiento diferenciado para cada finalidad diferenciada del tratamiento de los datos recabados. Por tanto, una sola casilla general de aceptación de la política de privacidad, que además aparece ya premarcada en una página web, no tiene validez como consentimiento⁶⁵. La solicitud de su consentimiento al usuario ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el cual se está solicitando.

Sin embargo, es habitual ver en las webs mensajes requiriendo el consentimiento para el uso de cookies, que perturban *de facto* el acceso al servicio o a la información, de modo que el usuario clica en ACEPTO, para poder seguir navegando. El consentimiento para la cesión de la propia privacidad constituye, así, una condición para poder acceder al servicio «gratuito» de internet. Por ello, precisamente, se suceden los permisos «inconscientes» de los usuarios. Se trata de una práctica engañosa empleada por el empresario digital para recabar la información personal de los usuarios en grandes dosis, todo lo cual coloca al consumidor en una posición de debilidad frente a la otra parte contratante.

El art. 7.4 RGDP establece que no puede supeditarse la ejecución de un contrato, es decir, la entrega del bien o la prestación del servicio contratado, a que el afectado consienta el tratamiento de datos *no necesarios* para la ejecución del contrato. Luego, el legislador europeo cuenta con que la empresa pretenda obtener más información privada que la que realmente necesita para el desarrollo de su actividad comercial, y le permite solicitarla, siempre que el usuario consienta en esta entrega de su privacidad, y que tal entrega no condicione el cumplimiento contractual del proveedor. Por su parte, el art. 6.3 de la ley española de protección de datos impide supeditar la ejecución del contrato al hecho de que el usuario autorice el tratamiento de sus datos *para finalidades diferentes*, que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual. Por tanto, en ambos supuestos el legislador contempla

⁶⁵ El art. 7.2 RGPD insiste en la necesidad de separar entre las diferentes disposiciones contractuales, la relativa al tratamiento de los datos personales del cliente y, dentro de esta, las diversas finalidades de este tratamiento. El objetivo de la norma es que el sujeto pueda conocer y entender, claramente, los permisos que se le están solicitando de modo que pueda en su caso, consentir una cláusula y rechazar otra.

y permite la posibilidad de que no se cumpla con el principio de minimización de datos. No puede decirse que el derecho fundamental al control de la propia privacidad, del que somos titulares las personas físicas, quede especialmente salvaguardado con la normativa vigente de protección de datos.

2.1. El consentimiento debe ser informado: deberes de información precontractual del empresario

El consentimiento para el tratamiento de la información personal debe ir precedido de una información suficiente al respecto. El RGPD consagra el principio de transparencia⁶⁶, estableciendo una lista exhaustiva de la información que debe proporcionarse a los interesados, más amplia que la que contenía la norma anterior⁶⁷: la existencia del fichero o tratamiento, su finalidad y destinatarios; el carácter obligatorio o no de la respuesta, así como sus consecuencias; la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; la identidad y datos de contacto del responsable del tratamiento, los datos de contacto del Delegado de Protección de Datos, en su caso etc., incluso la intención del responsable de transferirlos a otros sujetos, si fuera el caso. La información a los interesados deberá proporcionarse de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo. Así, el RGPD prevé que la información precontractual pueda proporcionarse en combinación con iconos estandarizados que ofrezcan una visión de conjunto del tratamiento previsto⁶⁸.

Esta normativa exigente sobre la información precontractual se acerca mucho a la que persigue la transparencia de las condiciones generales no negociadas, que se imponen por una de las partes contratantes en los contratos con consumidores⁶⁹. Estos deben ser capaces de comprender la utilización que de sus datos personales va a hacerse, de modo que

⁶⁶ Cdo. 58 RGPD.

⁶⁷ Arts. 13 y 14 RGPD.

⁶⁸ Cdo. 60 RGPD: «(...) Dicha información puede transmitirse en combinación con unos iconos normalizados que ofrezcan, de forma fácilmente visible, inteligible y claramente legible, una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto. Los iconos que se presentan en formato electrónico deben ser legibles mecánicamente».

⁶⁹ «La LSSICE no prevé ninguna sanción civil por el incumplimiento del deber precontractual de informar; sin embargo, el no informar correctamente al destinatario, puede tener sus consecuencias desde la perspectiva de la validez del contrato, siempre que esa falta de información haya podido inducir a error (vicio) en el afectado en el momento de prestar su consentimiento» Pedro Grimalt «La formación del contrato celebrado por medios electrónicos» *op. cit.*, 371.

puedan otorgar un consentimiento válido para el tratamiento de éstos y, en ningún caso, los costes de ejercer sus derechos fundamentales pueden exceder a los beneficios de hacerlo. Pero la realidad de las webs comerciales, y de la información sobre las políticas de privacidad de las empresas digitales es bien diferente. No suelen ofrecerse servicios fáciles de usar y respetuosos con la privacidad. Y ello es así porque resulta incompatible con las actuales prácticas de negocio, que usan los datos personales y explotan su valor económico sirviéndose, para ello, de cláusulas informativas opacas o engañosas. Sin embargo, deben calificarse como verdaderas condiciones generales y, por ello, sujetas a la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores: son cláusulas contractuales que se han redactado previamente sobre las que el consumidor no ha podido influir en modo alguno, y a las que se limita a adherirse.

Para determinar la arbitrariedad de una condición general de la contratación, la Directiva 93/13 prevé dos tipos de controles: un control de incorporación —si la cláusula contractual estaba redactada de forma entendible para el consumidor— y un control de contenido —si dicha cláusula crea un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato—⁷⁰. Por tanto, señala el legislador europeo⁷¹, las condiciones generales serán abusivas cuando pese a las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante ente los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en detrimento del consumidor.

Así, pues, y siguiendo con el ejemplo expuesto más arriba, una web que solo presenta la casilla «*He leído y acepto la política de privacidad*» como fórmula global para recoger en bloque todos los consentimientos del usuario, aunque se pueda acceder a la referenciada política de privacidad de la empresa si el usuario se molesta en clicar en el link correspondiente, no es una fórmula correcta, porque no facilita la comprensión de la autorización que el usuario está llevando a cabo ni la realización de un acto afirmativo, reflejo de una voluntad libre ex art. 4.11 RGPD. Al contrario, lo que facilita es que el usuario acepte la cesión sin haber leído los términos del contrato⁷². En-

⁷⁰ Mireia Artigot Golobardes, «Una mirada desde la economía digital de la regulación de la compraventa en el Libro VI del Código Civil de Cataluña» *Estudios sobre el Libro VI del Código civil de Cataluña*, ed. por Angel Serrano de Nicolas (Barcelona, Marcial Pons, 2018), 53.

⁷¹ Art. 3 Directiva 93/13/CE.

⁷² Como muestra un botón: la cláusula que es necesario clicar para poder comprar un billete de tren a través de la web Renfe.com: «*He leído y acepto Condiciones Generales de Viajeros, las Condiciones Generales de la venta y la Política y Privacidad disponibles en la Información Legal.*».

tiendo que esta cláusula se puede calificar de abusiva por no superar el control de incorporación de forma suficientemente transparente para el consumidor. Y si es abusiva, es nula de pleno derecho ex art. 5 de la Ley de condiciones generales de la contratación, en su última versión recientemente reformada.

Desde una perspectiva del análisis económico del derecho, el contrato de adhesión relativo a la cesión de la privacidad del usuario solo será completo si se articula mediante un formulario en línea de solicitud de datos adaptado a cada necesidad, dirigido a solicitar realmente solo los datos necesarios. Y en el que se soliciten los permisos suficientes y se proporcione la información precontractual necesaria para que el usuario pueda decidir qué datos proporciona y cuáles no. O para informarle de los datos que no son necesarios y que aun así se solicitan, para que pueda decidir si los presta o no y, de esta manera, sea consciente de que está pagando una contraprestación por el servicio digital, en forma de datos. En el bien entendido de que, si se condiciona la prestación de un servicio digital a la proporción de esos datos no necesarios, se produce inmediatamente un desequilibrio contractual, máxime teniendo en cuenta que esa información a la que se condiciona el servicio proporciona al proveedor una altísima rentabilidad económica, muy superior al valor económico que cabe atribuir al bien o servicio que recibirá el usuario-consumidor.

La pregunta que cabe formularse es cómo va a repercutir, o mejor, si va a repercutir de algún modo en la contratación electrónica y, más en concreto, en la negociación sobre la propia privacidad, la batalla librada por la doctrina y, muy especialmente, por los tribunales para hacer cada vez más informado y consciente el consentimiento del consumidor respecto de las cláusulas predeterminadas incluidas en las condiciones generales de los contratos. La lucha librada durante las últimas épocas por aflorar las cláusulas abusivas y lograr su supresión de los contratos en los que existe una clara asimetría entre las partes. En definitiva, qué papel juega el moderno derecho de consumo en el ámbito de la protección de los datos personales.

2.2. El consentimiento se puede revocar: el control del usuario sobre los permisos concedidos para el tratamiento de su privacidad

Afirma nuestro Tribunal Constitucional que el derecho a la protección de datos consiste en la potestad de control del individuo sobre sus propios datos personales⁷³. De esta definición se infiere que el ciudadano puede

⁷³ Véase nota 25 sobre la STC 292/2000.

ejercer en cualquier momento el derecho de oposición al tratamiento que se está haciendo de su información personal, solicitando la supresión de los datos o la limitación del tratamiento. Todo ello está conectado también con el derecho al olvido, una conquista reciente también exigible al proveedor de bienes y servicios en la contratación electrónica, y que es fruto, sobre todo, de la labor de los tribunales⁷⁴. Establece el art. 7.3 RGPD: «*El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo*»⁷⁵.

La dicción literal de la norma es taxativa, sin embargo, surgen diversos interrogantes acerca de su eficacia práctica. Por ejemplo, en el contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de información personal, ¿qué consecuencias tendría esta retirada del consentimiento por parte del consumidor para la utilización de sus datos, si estos eran la contraprestación por el servicio digital? ¿puede identificarse con un incumplimiento contractual por parte del usuario? ¿y si el proveedor ya se ha servido de esta información y ha realizado el tratamiento previsto (técnicas de elaboración de perfiles, estudios comportamentales o reventa de datos a terceros) ¿se podría entender que el usuario ha pagado el precio del servicio y, por tanto, debe poder seguir accediendo al contenido digital aunque haya retirado su consentimiento? De hecho, la Directiva no especifica la naturaleza del contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de privacidad⁷⁶. Se trata de un contrato oneroso, eso es claro, pero

⁷⁴ A este respecto constituye un hito y un referente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C-131/12, Google Spain SL versus la Agencia Española de Protección de Datos, de 13 de mayo de 2014 (ECLI: EU: C 2014: 85). Véase también Serafina Larocca, «Revocación del consentimiento contractual para el tratamiento de datos y el derecho al olvido», *Contratación electrónica y protección de los consumidores op. cit.*, 65-74

⁷⁵ El Grupo de trabajo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de sus datos (GT29) establece que «(...) la inclusión de disposiciones y considerando específicos sobre la retirada del consentimiento confirma que el consentimiento debe ser una decisión reversible y que el interesado sigue manteniendo un cierto grado de control», «Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, 17/ES.

⁷⁶ «La propuesta evita deliberadamente diferenciar entre distintos tipos de acuerdos contractuales, v. gr., contratos de compraventa o de servicios, para evitar que la nueva Directiva quede desfasada por el rápido desarrollo tecnológico y el alto nivel de innovación y evolución de los nuevos modelos de negocio en el mercado digital», Gerald Spindler, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3 (2016) 6; véase también Reiner Schulze, «Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales», *La europeización del derecho*

no contiene una obligación de dar. Porque los datos personales —en tanto que derechos de la personalidad— no se dan para siempre, se cede su explotación sólo temporalmente, y con posibilidad de revocación en todo momento.

Se puede poner en relación esta facultad del usuario para decidir sobre el consentimiento prestado en relación con su privacidad, con la facultad de desistimiento del contrato que asiste al consumidor, que le permite desistir sin causa alguna, siempre que se observen determinados requisitos⁷⁷. El derecho de consumo prevé la obligación del empresario de informar cumplidamente sobre la forma y el plazo y los procedimientos del desistimiento contractual. La falta de información previa sobre este punto vulnera, obviamente, la norma europea sobre cláusulas abusivas y sobre derechos de los consumidores, tal y como ha recordado el TJUE en una reciente sentencia que tiene la virtualidad de referirse a un contrato de compraventa celebrado a distancia⁷⁸, esto es, como los contratos que se celebran en el mercado digital: «cuando el contrato se celebre mediante una técnica de comunicación a distancia en la que el espacio o el tiempo para facilitar información sean limitados, el comerciante está obligado a dar a conocer al consumidor, a través de la técnica en cuestión y antes de la celebración del contrato, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho. En tal caso, ese comerciante debe facilitar al consumidor el modelo de formulario de desistimiento»⁷⁹. Trasladando análogicamente esta doctrina al ámbito de los datos personales, y de conformidad con el art. 7.3 RGPD debería ser relativamente sencillo revocar el propio consentimiento para el uso de nuestra información personal, el empresario digital debe facilitarlo y no obstaculizarlo. Pero lo cierto es que las grandes compañías no van a renunciar al análisis de datos y a los

privado: cuestiones actuales, ed. por Esther Arroyo Amayuelas y Angel Serrano de Nicolas, (Barcelona, Marcial Pons, 2016), 17.

⁷⁷ Manuel Jesús Marín López, «La formación del contrato con consumidores», *Negociación y perfección de los contratos*, op. cit., 839-841.

⁷⁸ Art. 92.1 TRLGDCU, que define lo que puede entenderse por contrato celebrado a distancia, e incluye de forma explícita la contratación en línea. Luis María Miranda Serrano, «Contratos celebrados a distancia. Comentario de los arts. 92 a 106 TRLGDCU», *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el real decreto legislativo 1/2007* ed. por Manuel Rebollo Puig y Manuel Izquierdo Carrasco, (Madrid, Iustel, 2011), 1443-1562.

⁷⁹ La STJUE es la dictada en el Asunto C-430/17, Walbusch Walter Busch GmbH & Co. KG versus Zentrale zur Bekämpfung, Sentencia de 23 de enero de 2019. Véase también Christian Twigg-Flesner, «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo de la Unión Europea», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, ed. por Sergio Cámara Lapuente, (Cizur Menor, Civitas, 2012), 97.

estudios de mercado⁸⁰, y hasta cierto punto se puede decir que la norma europea les ampara, puesto que incluye dentro del concepto de «intereses legítimos», los objetivos de marketing y mercadotecnia directa⁸¹. No debe uno llamarse a engaño, es el legislador quien no otorga al consentimiento del usuario para la cesión de la propia privacidad la relevancia jurídica que cabría esperar. En la contraposición de los intereses en juego, es más importante el valioso activo que para las empresas constituye la información personal de sus usuarios, que el ejercicio por parte de estos de su derecho a controlar su propia información personal⁸².

V. Reflexiones finales

En las líneas precedentes he tratado de dibujar los trazos esenciales del contrato de adhesión para la cesión de datos personales, que los usuarios formalizan en el contexto de la contratación electrónica en el ámbito privado. Las cláusulas contractuales son, en definitiva, el vehículo en el que transitan los derechos y libertades de las personas físicas. En cuanto al derecho a proteger la propia privacidad, los estándares europeos de protección son, en princi-

⁸⁰ Reproduzco el contenido de un e-mail recibido de la empresa Booking.com, ante la petición de un usuario que expresa su voluntad de revocar el consentimiento para el tratamiento de sus datos: «Entendemos por tu e-mail que no quieres que compartamos tus datos personales con otras marcas del grupo Booking Holdings. Con este mensaje queremos confirmar que no compartiremos tus datos para personalizar tu experiencia cuando utilices los servicios de las otras marcas del grupo. Sin embargo, no podemos dejar de compartir tus datos personales con las otras marcas de Booking Holdings en los casos en los que sea necesario hacerlo para cumplir con nuestras obligaciones legales y para: 1) Poder ofrecerte los servicios que has solicitado, así como servicios de atención al cliente. (...) 2) Detectar, prevenir e investigar actividades fraudulentas e ilegales. Creemos que tenemos motivos legítimos para compartir tus datos personales con otras marcas del grupo Booking Holdings con el objetivo de detectar, prevenir e investigar actividades fraudulentas (...) 3) Mejorar los análisis de datos y el producto. Creemos tener motivos legítimos para compartir tus datos personales con otras marcas del grupo Booking Holdings para desarrollar el análisis de datos con el objetivo de mejorar nuestros productos y servicios. El objetivo principal es optimizar y personalizar tanto nuestra plataforma online como la de otras marcas del grupo Booking Holdings para que se ajuste más a tus necesidades y sea más fácil de usar. Nuestro objetivo es tomar las medidas tecnológicas necesarias, como el enmascaramiento de datos, para usar información pseudoanónima para mejorar el análisis de datos y el producto. Esto significa que no usaremos tu nombre, dirección de e-mail, dirección postal ni número de teléfono, sino que reemplazaremos esos datos con un número identificativo único. En los casos de estos 3 supuestos específicos, creemos que nuestros intereses legítimos se anteponen a las libertades y los derechos de privacidad».

⁸¹ Me he referido a este aspecto en el apartado anterior del trabajo, con cita del Cdo. 47 del Reglamento.

⁸² Caggiano, «A quest for efficacy...», *op. cit.*, 15.

pio, razonablemente elevados y, además, Europa trata de extender un umbral de seguridad en relación con la circulación de los datos personales y la protección de la privacidad, incluso fuera de sus propias fronteras. No obstante, no puede decirse que lo haya conseguido, porque ha pesado más el interés económico de las grandes compañías que operan en internet y se nutren de grandes dosis de información personal de los usuarios. En efecto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE configura el consentimiento solo como uno de los fundamentos para legitimar el tratamiento de datos personales. El RGPD prevé un sistema en el que la necesidad del consentimiento podría ser interpretada restrictivamente o, incluso, que tal necesidad del consentimiento del usuario pudiera obviarse en determinados casos.

A pesar de todo, entiendo que el hecho de que el procesamiento de datos personales pueda fundarse en bases legítimas distintas del consentimiento no excluye, o no debería excluir, el equilibrio necesario de estos otros intereses con las libertades fundamentales de los ciudadanos. En la emisión del consentimiento para la cesión de los propios datos deben concurrir los principios básicos de la contratación con consumidores: el respeto a la autonomía de la voluntad del consumidor, la información completa y clara, previa al ejercicio de dicha libertad contractual. Se trata de promover la aplicación de la llamada *privacy by design*, que impide a las compañías presuponer el consentimiento tácito por el hecho de navegar por ciertas redes, o utilizar determinados servicios de Internet. Que el consentimiento sea explícito, cuando se trata de autorizar la monitorización de las actividades del usuario en la red, así como el almacenamiento y tratamiento de sus datos personales. Ahora viene ocurriendo justo todo lo contrario. Es importante también abordar una tarea de educación de la ciudadanía, enseñar a los consumidores el valor de su privacidad para que la defiendan, lo mismo que han hecho anteriormente con su dinero, planteando y ganando importantes batallas en el sector de la contratación financiera.

Por último, debo insistir en que queda mucha tarea por hacer. Debería seguir explorándose sobre los remedios que asisten al usuario-consumidor ante una situación de desequilibrio, que resulta palmaria. ¿Cabe plantearse alguno de los remedios de la moderna doctrina desarrollada en los textos internacionales de armonización, sobre la ventaja injusta y la protección al contratante más débil?⁸³ ¿Son más eficientes las soluciones que propone el Derecho de consumo a las que me he referido sucintamente en el texto? En cualquier caso, el Derecho contractual puede y debe interactuar con el régimen jurídico de la protección de datos, para tratar de proteger el ejercicio por las personas físicas de su derecho a proteger y defender su propia privacidad.

⁸³ Esther Gómez Calle *Desequilibrio contractual op. cit.*, 96 y ss.

Sobre la autora

La doctora **Paloma de Barrón Arniches** es profesora agregada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lleida, adscrita al Departamento de Derecho Privado. Sus principales ámbitos de interés son en primer lugar, el derecho de sucesiones, materia a la que ha dedicado una monografía, *El pacto de renuncia a la legítima futura* (ISBN: 8495665107), así como numerosas publicaciones en revistas y libros colectivos (Ej. *Libertad de testar y desheredación en los derechos civiles españoles*, InDret, octubre 2016, http://www.indret.com/pdf/1258_es.pdf). En segundo lugar, cabe destacar su interés por el derecho de obligaciones y contratos desde la perspectiva del proceso de armonización del derecho privado en la Unión Europea, y su influencia en el desarrollo y modernización del derecho de obligaciones español. Al respecto cabe destacar la monografía: *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo* (ISBN:978-84-290-1680-2), así como otras publicaciones que se desarrollaron en el marco de sendos proyectos de investigación financiados por el MICINN, como el titulado «El proyecto de marco común de referencia: comentario académico desde el derecho contractual español». En la actualidad, el análisis de la materia contractual por parte de la autora se ha centrado en el comercio electrónico y todos los negocios jurídicos que se realizan on line, básicamente desde la perspectiva del consumidor y en relación con su derecho a la protección de los propios datos personales.

About the Author

Ms. **Paloma de Barrón Arniches** is an associate professor at University of Lleida, attached to the Department of Private Law. Her main areas of interest are, first of all, inheritance law, a subject to which she has dedicated a monograph, *El pacto de renuncia a la legítima futura* (ISBN: 8495665107), as well as numerous publications in Journals and collective books (Eg: *Libertad de testar y desheredación en los derechos civiles españoles*, InDret, October 2016, http://www.indret.com/pdf/1258_es.pdf). Secondly, she is interested in contract law from the perspective of the process of harmonization of private law in the European Union, and its influence in the development of the Spanish law of obligations. In this respect, the monograph *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo* (ISBN:978-84-290-1680-2) should be noted, as well as other publications which were developed in the context of both projects, financed by the MICINN, (Eg.:«El proyecto de marco común de

referencia: comentario académico desde el derecho contractual español»). Currently, the author's analysis of the contractual subject is focused on electronic commerce and all the on-line contracts, from the perspective of the consumer and their right to the protection of personal data.

Las nuevas fronteras entre documentos escritos y documentos meramente representativos en la era de la documentación informática

The New Borders Between Written Documents and Merely Representative Documents in the Age of Digital Documents

Francesco Ricci

Full Professor of Private Law at the University LUM «Jean Monnet» of Bari-Casamassima»

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019pp67-100>

Recibido el 23 de mayo de 2019

Aceptado el 3 de julio de 2019

Sumario: I. Dos conceptos de «documento» en el derecho privado europeo de la moderna sociedad de la información.—II. El documento electrónico en el llamado Reglamento eIDAS (Reglamento (UE) n.º 910/2014): el problema de los límites de la forma electrónica como escritura.—III. La relevancia sustancial y probatoria de los documentos sin firma en el derecho italiano vigente.—IV. (sigue) Crítica.—V. Escritos y reproducciones mecánicas.—VI. La valoración ex art. 116 del Codice di procedura civile de los documentos sin firma.—VII. El régimen de los documentos informáticos sin firma y de las reproducciones informáticas.—VIII. Los nuevos documentos en derecho de consumo.—IX. El impacto de los nuevos documentos europeos en el Derecho italiano.—X. Conclusiones.

Resumen: A la luz de las nuevas escrituras informáticas de la sociedad de la información y a partir de los dos conceptos diferentes de escritura que se encuentran en la Ley de Interpretación de 1978 del Reino Unido y en el art. 1.11 de los Principios Unidroit, así como de la contraposición del derecho italiano entre «scrittura» (escritos) y «riproduzioni meccaniche» (reproducciones mecánicas), el trabajo investiga si la representación o reproducción de palabras en forma visible es necesaria para cumplir con los requisitos del derecho privado europeo en cuanto a la forma y la prueba por escrito, o si es suficiente cualquier forma de comunicación que preserve la documentación de la información contenida y sea reproducible en forma tangible. Argumentando la preferencia por la segunda solución, se establece una distinción entre, por un lado, «documentos declarativos» (es decir, los que constituyen el medio para efectuar declaraciones por escrito) y, por el otro, «documento meramente representativos» (que en cambio no constituyen el medio para efectuar dichas declaraciones), teniendo en cuenta varias normativas vigentes a distinto nivel en el panorama del derecho europeo (y, en particular, ciertas normas del *Codice civile*, del *BGB* y del *ABGB*, del Código Civil español, del Código Civil griego y de la *Law of Property* inglés, por un lado, y el art. 1, 4.º apartado, lett. a

y c, de la Convención Unidroit sobre el Factoring internacional y ciertos artículos y Considerandos de la Directiva 85/577/CEE, de la Directiva 97/7/CE y de la Directiva 2011/83/UE, por el otro).

Palabras clave: documento informático; forma y prueba por escrito; firma; firma electrónica y digital; derecho privado europeo

Abstract: *Starting from two different concepts of writing, as they can be found in the Interpretation Act of 1978 of United Kingdom and in the article 1.11 of the Unidroit Principles, as well as from the contraposition in Italian law between «scrittura» (written documents) and «riproduzioni meccaniche» (mechanical reproductions), the article investigates, in the light of the new issues raised by digital documents in the information society, whether the representation or reproduction of words in a visible form is necessary to comply with the requirements of European private law regarding written form and evidence, or whether any form of communication which preserves the documentation of the information it contains and which is reproducible in a tangible form is sufficient. Arguing the preference for the second solution and taking into account various provisions in force at various levels in the field of European law (and in particular certain provisions of the Codice civile, the BGB, the ABGB, the Código civil, the Greek civil code and the English Law of Property, on the one hand, and of the art. 1(4), letters a and c, of the Unidroit Convention on International Factoring and of certain recitals and articles of Directive 85/577/EEC, of Directive 97/7/EC and of Directive 2011/83/EU, on the other hand), in the article is drawn a distinction between «written documents», or «declarative documents» (i.e. those which constitute the means of making written declarations), on the one hand, and «purely representative documents» (which do not constitute the means of making such declarations).*

Keywords: *digital document; written form and evidence; signature; electronic and digital signature; European private Law*

I. Dos conceptos de «documento» en el derecho privado europeo de la moderna sociedad de la información

Como es sabido, en un procedimiento judicial —como, en realidad, en cualquier ámbito de la vida— el conocimiento de un hecho relevante se puede adquirir de varias formas, y en particular:

- i) a través de la percepción directa;
- ii) a través de la evidencia crítica o por referencia, es decir, mediante el conocimiento de un hecho diferente pero idóneo para fundar un juicio de tipo inferencial sobre la veracidad del primero con base en la relación objetiva que lo liga a aquel hecho;

- iii) o bien mediante una prueba histórica (prueba documental o prueba testimonial), es decir, mediante la representación de aquel hecho, cuando esta prueba pueda considerarse suficientemente fidedigna, habida cuenta del contexto en el que se realiza o de la credibilidad que se le pueda conceder a su autor.

Entre las representaciones de los hechos se encuentran las narraciones de éstos, es decir, su exposición a través de la utilización de sonidos, signos gráficos u otros símbolos convencionales, portadores de significado. Para plasmar estas narraciones, se utiliza la escritura que, efectivamente, constituye el principal instrumento para una narración no efímera, es decir, que permanece perceptible y, por lo tanto, disponible en el tiempo. No es casualidad que la invención de la escritura marcara el paso de la prehistoria a la historia.

Todos los ordenamientos jurídicos atribuyen una relevancia nuclear a la escritura.

Centrándonos en el panorama europeo del derecho privado, piénsese en la relevancia que se concede a la escritura entendida como la actividad del escribir (en este caso, en la teoría analítica de la declaración se habla de forma o documentación) en los ordenamientos jurídicos que requieren un título como forma contractual *ad substantiam* (es decir, bajo pena de nulidad)¹ para la validez de los contratos cuyo objeto es la transmisión de un derecho real inmobiliario (art. 1350 del *Codice civile* italiano; Law of Property —Miscellaneous Provisions— Act 1989, Section 2) o para el perfeccionamiento del correspondiente efecto traslativo (Law of Property Act 1925, Section 52, que requiere una escritura de propiedad especial llamada «*deed*»; art. 925 BGB)², o incluso para las donaciones, que deben hacerse mediante documento público (art. 518 BGB, art. 943 ABGB, art. 931 del *Code civil* francés, art. 782 del *Codice civile* italiano y art. 498 del código civil griego³). Otro ejemplo lo encontramos en la relevancia atribuida a la forma escrita en los ordenamientos que la prevén como condición de eficacia de las obligaciones contractuales⁴, como es el caso del Derecho español, con respecto a los contratos que tienen por objeto la transmisión de un derecho inmobiliario (arts. 1279 y 1280 del Código civil).

¹ V. para todos Francesco Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, (Napoli: Jovene, 2016, 9.ª ed.), 144.

² Sobre el tema v. Heinz Kötz, *European Contract Law* (New York, Oxford University Press, 2017, 2.ª ed.), 83 siguientes.

³ Sobre el tema v. Kötz, *European ...*, 53, así como 75 ss.

⁴ V. para todos Luís Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, vol. II, t. I, (Madrid: Editorial Tecnos, 2017, 11.ª ed.), 40.

Repárese también en la importancia conferida a la escritura entendida como el resultado del escribir (en este caso, en la teoría analítica de la declaración, se habla de documento), por ejemplo, en España, según se deriva de los arts. 299, n.º 2 y 3, 317 y siguientes y 324 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en Italia según los arts. 2699 y siguientes del *Codice civile*.

No todos los ordenamientos contienen una definición legal de escritura.

Sin embargo, en primer lugar, puede hallarse una en el Anexo 1 del *Interpretation Act 1978*⁵ que, como es sabido, se aplica en todo el Reino Unido⁶, el cual dispone que: «*writing*’ includes typing, printing, lithography, photography and other modes of representing or reproducing words in visible form, and expressions referring to writing are construed accordingly».

Para el propósito de este trabajo no importa si aquí por escritura se entiende la acción del escribir (que en la tradición de la teoría analítica de la declaración se denomina actividad de «documentación»), el resultado material (que en la tradición de la teoría analítica se denomina «documento») o las dos cosas. Lo que sí importa es que, en todo caso, de esta noción de escritura se excluye la representación o reproducción de palabras expresadas de forma diferente de la escrita, como es, por ejemplo, el caso de la transmisión o grabación de palabras pronunciadas por voz. Lo que resulta relevante es que, según esta definición, la escritura es una manera de representar y reproducir palabras de forma visible⁷.

Los Principios Unidroit también ofrecen una noción formal de escritura. De hecho, el primitivo art. 1.10 de los Principios Unidroit de 1994 establecía que «*writing*” means any mode of communication that preserves a record of the information contained therein and is capable of being reproduced in tangible form». La misma disposición ahora se encuentra en el art. 1.11 de la edición de 2016 de los Principios Unidroit.

Las dos definiciones no coinciden. De hecho, una cosa es representar o reproducir palabras de forma visible; otra distinta es adoptar una forma de comunicación que conserve la información contenida y sea reproducible de forma tangible.

⁵ La norma se puede consultar en el correspondiente sitio web del gobierno, en la dirección web <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30/contents>; el Anexo I se puede consultar a la dirección web <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30/schedule/1>.

⁶ Para el ámbito de aplicación de dicha norma v. la página web en la dirección <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30/schedule/1?view=extent>.

⁷ Stephen Mason, *Electronic Signatures in Law* (London: IALS, 2016), <http://humanities-digital-library.org/index.php/hdl/catalog/book/electronic-signatures>, ed. Kindle, 1749-1750.

II. El documento electrónico en el llamado Reglamento eIDAS (Reglamento (UE) n.º 910/2014): el problema de los límites de la forma electrónica como escritura

Un banco de pruebas para una elección ponderada entre estas definiciones es el ofrecido por el documento informático (o documento electrónico), que anteriormente ya estaba contemplado (pero no regulado ni definido) en la Directiva 1999/93/CE de 13 diciembre de 1999 «por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica» y que, más recientemente, ha sido definido por el Reglamento (UE) n.º 910/2014, de 23 julio «relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE» (el llamado «Reglamento eIDAS»⁸), según el cual un «documento electrónico» es todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual» (art. 3, n. 35, Reg. eIDAS).

De éstos, sólo el texto entra dentro de la noción de escritura que ofrece el Interpretation Act, mientras que registros sonoros, visuales o audiovisuales no entran dentro de esa noción. Esto se debe a que solo la acción de escribir, y ni siquiera la de hablar, reproduce palabras de manera visible: precisamente en esta diferencia se basa la tradicional contraposición entre la forma escrita y la llamada «oral». Si se considera que esta última expresión puede tomarse de la palabra latina «*os*», que significa boca, la contraposición entre forma escrita y oral parece evocar el sonido y el sentido del oído como canales de comunicación alternativos a la basada en símbolos y en el sentido de la vista.

En el derecho privado europeo de la moderna sociedad de la información, como primera aproximación, se podría decir que, desde una perspectiva de eficiencia funcional, esta línea fronteriza parece superada. De hecho, el cambio en las prácticas comerciales estimulado por la evolución tecnológica ha determinado definitivamente el tránsito de la contraposición más tradicional entre la noción de «forma escrita» y «forma oral» de las declaraciones (que es la base de la idea de escritura contemplada por la Ley de Interpretación de 1978) a la nueva contraposición, más apropiada para los métodos modernos de comunicación y archivo de la información, entre la noción de «forma documental» y la de «forma efímera» (que es la base de la nueva idea de escritura contemplada por el art. 1.11 Principios Unidroit).

⁸ EIDAS es un acrónimo derivado de las iniciales de las palabras en lengua inglesa «electronic IDentification Authentication and Signature».

Sin embargo, al mirar con más atención, la definición contenida en el Artículo 1.11 de los Principios Unidroit puede conducir a un resultado interpretativo más ambicioso y útil, a saber, el de legitimar la inclusión en el concepto de «escrituras» de todas las declaraciones hechas a través de medios tangibles y duraderos, y no sólo aquellas hechas a través de la documentación de símbolos que debe leer el receptor (y, en esta perspectiva, el de considerar que cuando se hace una declaración de esta forma se respetan las normas que imponen declaraciones o pruebas por escrito, incluso cuando no hay texto con letras visibles a los ojos del destinatario).

La doctrina que se ocupa de ellos no parece ser consciente de esta oportunidad. Por el contrario, a este respecto, incluso se ha comentado que la definición de escritura contenida en el art. 1.11 *cit.* «is not particularly helpful because it mixes up the formal requirement (a record of information that is capable of being reproduced in tangible form) and the mode of communication that is used to convey the record»⁹. Desde esta perspectiva entonces todas las ventajas de la definición ofrecida por los Principios Unidroit parecen limitarse al hecho de que ella no requiere una caligrafía original, una firma, la firma de un testigo o una firma electrónica certificada y que así, una carta, un fax, un correo electrónico o un SMS se consideran escritos, estén o no firmados y atestiguados¹⁰.

En cambio, las ventajas derivadas de la definición más moderna de escritura que ofrecen los Principios del UNIDROIT se encuentran precisamente en el hecho de que los registros sonoros, visuales y audiovisuales a que se refiere la definición de documento electrónico que ofrece el Reglamento eIDAS podrían estar legítimamente comprendidos en la definición de escritura que ofrece el art. 1.11 de los Principios Unidroit: esta conclusión se aplica tanto a los requisitos de la forma escrita como a la carga de la prueba por escrito.

En esas condiciones, un documento electrónico puede utilizarse para almacenar en forma duradera tanto las declaraciones hechas en forma escrita (en el sentido más tradicional de ideas representadas por símbolos que el destinatario debe leer), como las declaraciones hechas en forma oral que, por efecto de esta memorización, se recogen de forma duradera y, por lo tanto, son reconducibles a la noción de forma escrita ofrecida por los Principios Unidroit (como en el caso de las grabaciones de audio o de un audiovisual que graba a una persona que habla) y que incluso se pueden firmar electrónicamente, aunque no puedan incluirse en la noción de escritura

⁹ Stefan Vogenauer, «Article 1.2 (No form required)», en *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, editado por Stefan Vogenauer (Oxford: Oxford University Press, 2017, 2ª ed.), 159 y siguientes, especialmente 162.

¹⁰ *Ibidem*.

ofrecida por el *Interpretation Act* porque no reproducen palabras de forma visible.

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que, a pesar de esta extensión del concepto de escritura, no todas las grabaciones de audio o vídeo constituyen una escritura, porque precisamente no son escrituras cuando no son un medio para hacer una declaración, sino sólo una forma ocasional de representarla, pero no afectan en modo alguno a su existencia (como son, por ejemplo, los vídeos grabados como recuerdos familiares, un documental, etc.).

En Europa no sólo falta una literatura jurídica clara y exhaustiva sobre esta distinción, sino también una disciplina analítica que distinga entre las declaraciones hechas por medios tangibles y duraderos y las que simplemente se almacenan en esos documentos, pero que no se hacen a través de ellos.

En cambio, en la legislación italiana existe una interesante regulación de la prueba documental que distingue entre los escritos (entendidos como «documentos declarativos») y los documentos que memorizan y representan hechos sin constituir el medio para hacer declaraciones (y que, por lo tanto, pueden denominarse «documentos meramente representativos»), lo que contribuye a centrar esa distinción. Se trata de un sistema de normas diseñado en los años 30, introducido por el Código Civil italiano de 1942, pero muy actual y aún en vigor, que también incide sistemáticamente en la disciplina de la forma escrita. Merece la pena tenerlo en cuenta porque el enfoque adoptado explícitamente en este sistema de normas ayuda a aclarar de forma resuelta algunas cuestiones concretas y conceptos importantes útiles para la mejor interpretación del Derecho europeo.

El objetivo de este ensayo es mostrar el concepto moderno de escritura y de documento escrito en derecho privado europeo, haciendo referencia no sólo a las definiciones y normas paradigmáticas contenidas en el Reglamento eIDAS y en las Directivas europeas de protección del consumidor, sino también al valioso elemento de reflexión que ofrece el mencionado sistema de normas de Derecho italiano y, en particular, la interesante disposición de este sistema que contempla una categoría particular de documentos llamada «riproduzioni meccaniche» (es decir reproducciones mecánicas) y la contrasta con las escrituras tanto desde el punto de vista conceptual como desde el de su tratamiento jurídico.

Por lo tanto, el derecho italiano no se utilizará como objeto de estudio en sí mismo, sino más bien como una referencia normativa y conceptual que no tiene parangón en otros sistemas jurídicos y que, precisamente por esta razón, ofrece a la comparación jurídica un parámetro que no puede dejar de tener en cuenta quién aspira a comprender y aplicar de forma racional las normas europeas en materia de declaraciones contractuales, las pruebas

documentales y los requisitos de información que se imponen para proteger a los consumidores, etc.

III. La relevancia sustancial y probatoria de los documentos sin firma en el derecho italiano vigente

La ley italiana no ofrece una definición legal de lo que se entiende por documento. Sin embargo, sí establece una distinción que, en abstracto, es análoga a la del *Interpretation Act*.

De hecho, en el ámbito de la noción unitaria de las pruebas documentales (Libro VI, *Titolo II, Capo II*), el *Codice civile* hace una distinción entre los documentos escritos (documento público, documento privado y asientos contables de las empresas sometidas a registro —respectivamente Secciones I, II y III del mencionado *Capo*, arts. 2699-2711 del *Codice civile*, en lo sucesivo c.c.—) y las reproducciones mecánicas (Sección IV, art. 2712 c.c.).

Sobre la base de esta distinción:

- a) por una parte, la ley italiana dispone que es reproducción mecánica toda «representación mecánica de hechos o cosas» y de esta manera, en principio, parece aludir a las representaciones producidas sobre un soporte material específico por un dispositivo mecánico que reproduce los hechos o las cosas de manera requerida, sin la mediación de la voluntad o de la inteligencia de quien lo acciona, y por esto incluye reproducciones fotográficas, informáticas o cinematográficas y los registros fonográficos (art. 2712 c.c.)¹¹;
- b) por otra parte, utilizando la expresión «*documento redatto*» (lo que literalmente significa «documento redactado»)¹² con rela-

¹¹ Al amparo del art. 2712 *cit.* «le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime». Las reproducciones informáticas se han agregado explícitamente a la lista, la cual no es taxativa, contenida en el art. 2712 c.c., por el art. 23-*quater* del d.lgs.decreto legislativo de 7 marzo 2005, n.º 82, así como añadido por el art. 16, apartado 2, del d.lgs.decreto legislativo de 30 diciembre 2010, n.º 235.

¹² De hecho, al amparo del art. 2699 c.c. «l'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato». Esso «fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti» (art. 2700 c.c.).

ción al documento público y la palabra «*scrittura*» (lo que literalmente significa «escritura») en relación con todos los demás documentos distintos del documento público y de las reproducciones mecánicas¹³, parece aludir a los documentos que constituyen el resultado material de la actividad del escribir, es decir, el resultado de la acción de quien dibuja en el papel o en otra superficie adecuada símbolos gráficos que pertenecen a un sistema de escritura y que sirven para representar de manera convencional fenómenos, palabras, ideas, pensamientos, números, de tal manera que quien conozca ese sistema de escritura pueda leerlos e interpretar su sentido.

Se ha afirmado que la ley italiana sienta las bases de una distinción que es análoga a la del *Interpretation Act*, porque del texto legislativo emerge un dualismo irreconciliable entre el carácter mecánico de las reproducciones contempladas en el art. 2712 c.c. y el carácter consciente y creativo que se asume debe presidir la actividad necesaria para generar un documento escrito:

- a) las reproducciones mecánicas, de hecho, se toman en consideración como documento que constituye el resultado de la aplicación a un soporte material de automatismos que dependen directamente de la interacción entre el aparato que genera el documento y una o más características de la realidad que éste retrata (formas, dimensiones, sonidos, luces, colores, peso, movimientos, etc.): son por lo tanto reproducciones mecánicas las fotograffas, las grabaciones de audio, los moldes, los trazados de un electrocardiograma, de un sismógrafo, etc.;
- b) el documento escrito, en cambio, se toma en consideración como representación gráfica de la voluntad o del pensamiento de su autor (autoridad pública o privada): son por lo tanto documentos los documentos públicos, los documentos privados que contengan una declaración firmada, los papeles y registros domésticos y los asientos contables de las empresas sometidas a registro.

Esto debería llevar a la conclusión de que nunca se puede aplicar la disciplina dedicada a la «representación mecánica de los hechos y de cosas» a un documento escrito, y que, viceversa, a una reproducción de hechos y cosas generada de manera automática por un aparato mecánico tampoco se

¹³ Dichos documentos incluyen el «documento privado», al que se dedica la Sección II del Capo I *cit.* (arts. 2702-2708 c.c.), así como las «libros contables de las empresas sujetas a registro», a las que se dedica la Sección III (arts. 2709-2711 c.c.).

puede aplicar la disciplina dedicada a los documentos escritos (a menos que sea el caso particular de las «copias fotográficas de documentos» específicamente disciplinado por el art. 2718 c.c.¹⁴).

Más precisamente, en aras de una mayor claridad, en este trabajo vamos a prescindir tanto del documento público como de los casos particulares del telegrama, de los documentos y registros domésticos y de los asientos contables de las empresas sometidas a registro, para concentrarnos en general en todos los demás documentos privados.

Con respecto a dichos documentos privados, desde el punto de vista de su relevancia probatoria, con la ley en la mano, las posibilidades se reducen a tres:

- i) o son documentos privados firmados, y, por lo tanto, al amparo y por efecto del art. 2702 c.c. constituyen «prueba plena de que el firmante ha hecho las declaraciones representadas por el documento, hasta que se presente una impugnación de falsedad del mismo llamada «*querela di falso*» (es decir una típica demanda civil para lograr la declaración de falsedad del documento), si la persona frente a quien se pretende que despliegue efectos el documento reconoce su firma, o si ésta se considera como legalmente reconocida»;
- ii) o se trata de reproducciones mecánicas, y, por lo tanto, al amparo y por efecto del art. 2712 c.c. «constituyen prueba plena de los hechos y de las cosas representadas, si la persona contra quien se producen no niega su conformidad con los hechos o con las mismas cosas»;
- iii) o no se pueden atribuir ni a la primera ni a la segunda de las categorías de pruebas, así que al amparo y por efecto del art. 116 del *Codice di procedura civile* italiano, como todas las pruebas que no están sujetas a disciplinas particulares, deben evaluarse según la sana crítica del juez¹⁵.

En cambio, en el Derecho vigente, se ha ido consolidando la opinión de que los documentos sin firma con los que se manifiesta una voluntad contractual o el conocimiento de cualquier cosa, siendo estructuralmente inadecuado para constituir el medio para efectuar una declaración escrita de voluntad o de ciencia jurídicamente relevante, se deberían

¹⁴ Con base en dicha disposición, «las copias fotográficas de los documentos tienen la misma eficacia de las auténticas, si su conformidad con el original es atestada por una autoridad oficial competente o no se desconoce expresamente».

¹⁵ De hecho, el art. 116 c.p.c. dispone que «el juez debe apreciar las pruebas según su prudente arbitrio, a menos que la ley disponga de otro modo».

equiparar a una declaración oral¹⁶, mientras, en el plano probatorio, los documentos que los incorporan se deberían considerar como las reproducciones mecánicas que la representan, y por tanto se deberán evaluar al amparo y por efecto del art. 2712 c.c. Se llegó a esta conclusión partiendo de una contraposición entre los simples documentos y las reproducciones mecánicas y, en este marco, sobre la base de la idea más tradicional, pero ahora superada¹⁷, según la cual a los efectos de una declaración escrita es necesaria la firma de su autor, so pena de inexistencia de la misma¹⁸,

En estas condiciones, el artículo 2712 c.c. se considera aplicable al caso descrito anteriormente, porque se considera que contiene una cláusula general susceptible de ser aplicada a los documentos producidos por cualquier instrumento mecánico y que, en tales condiciones, sería aplicable a cualquier representación documental que no sean documentos firmados y otros documentos privados especiales, como el telegrama (art. 2705 y siguiente c.c.), los papeles y los registros domésticos (art. 2707 c.c), los asientos contables obligatorios de las empresas (arts. 2709 y siguientes c.c.)¹⁹.

Sin embargo, este argumento no puede aceptarse.

De hecho, la extensión del art. 2712 c.c. a los documentos no firmados implica una devaluación injustificada, a los efectos de esta disposi-

¹⁶ Salvatore Patti, «Prova documentale», en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, editado por Francesco Galgano, artt. 2699-2720 (Bologna-Roma: Zanichelli, 1996), 132.

¹⁷ Sobre el fenómeno dicho de la «crisis de la suscripción» v. Natalino Irti, *Studi sul formalismo negoziale* (Padova: CEDAM, 1997), 59 y siguientes; Natalino Irti, *Idola libertatis* (Milano: Giuffrè, 1985), 74 y siguientes. Nos remitimos a lo que se indicó más detalladamente en Francesco Ricci, *Scritture private e firme elettroniche* (Milano: Giuffrè, 2003), 178 y siguientes.

¹⁸ Sobre los documentos firmados, ver la contribución, que en el presente sigue siendo fundamental, de Francesco Carnelutti, «Studi sulla sottoscrizione», *Rivista di diritto commerciale* (1929): 509 y siguientes; Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I (Padova: CEDAM, 1936), 691 y siguientes; así como Giovanni Pavoni, *La scrittura privata nel diritto commerciale*, Roma, 1914; Vittorio Denti, *La verifica delle prove documentali* (Torino: Utet, 1957); Giorgio Laserra, *La scrittura privata* (Napoli: Jovene, 1959); Mauro Orlandi, *La paternità delle scritture – sottoscrizione e firme equivalente* (Milano: Giuffrè, 1997). Renviamos nuevamente a Ricci, *Scritture private...*, cit., 25 y siguientes, 51 y siguientes, 163 y siguientes.

¹⁹ Luigi Montesano, «Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile e nella forma negoziale», *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n.º 4-5 (1987): 23 y siguientes, especialmente 26; Patti, «Prova documentale», 126 y 131; Alberto A. Romano, «Il disconoscimento della prova documentale», en *Studi in onore di P. Schlesinger*, V (Milano: Giuffrè, 2004), 3923 y siguientes, especialmente 3938, así como Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili* (Torino: Utet Giuridica, 2010, 3.ª ed.) 501, nota 66.

ción, del carácter mecánico (es decir necesario) de la acción del aparato que imprime los signos representativos sobre el soporte material y, de esta manera, genera el documento. Al mismo tiempo, hace evidente una sobrevaloración de la relevancia de la interposición de un instrumento artificial entre el gesto del autor y la generación del signo impreso sobre el material, porque en realidad en la perspectiva del art. 2712 c.c. esta circunstancia es relevante solo como elemento que excluye poder considerar el documento como una manifestación subjetiva en forma simbólica de la voluntad o del pensamiento del autor. Basta decir que esta tergiversación, si se aplica con rigor y hasta sus consecuencias extremas, debería llevar a incluir entre las reproducciones mecánicas no solo los signos generados por un aparato complejo de escritura mecánica o electrónica (como era, hace tiempo, la máquina de escribir y como es, ahora, un ordenador), sino también aquellos impresos en el documento simplemente utilizando un lápiz o un bolígrafo.

IV. (sigue) Crítica

En realidad, la creencia de que, desde el punto de vista sustantivo, el documento carente de firma sería una declaración en forma libre, pero no una prueba escrita, no puede basarse razonablemente en la idea de que la declaración escrita, cuando no está firmada, sería un escrito de autoría incierta y, por lo tanto, que carece de los requisitos necesarios para la forma escrita; en cambio tendría los suficientes para la forma oral, como si esta fuera compatible con dicha incertidumbre.

De hecho, un documento del cual no se pueda conocer su autoría no podría ser atribuido a alguien ni como documento ni como declaración: si, objetivamente, es imposible identificar su autoría, el documento es necesariamente inadecuado para manifestar el estado psicológico interior de una persona y, por lo tanto, es imperfecto en el plano de la forma y completamente deficiente a los efectos de la prueba. En otras palabras, un escrito con estas características sería totalmente incompatible con cualquier forma declarativa, sea escrita u oral, y, por lo tanto, completamente inadecuado para probar cómo se produjo la declaración.

En realidad, los actos del lenguaje son comportamientos simbólicos (que consisten en la composición de signos evocativos escritos, orales o mímicos) destinados a completarse con otros comportamientos de naturaleza diferente (que consisten en la producción de señales que permiten inferir la existencia de realidades más o menos probables, llamadas, precisamente, manifestaciones: entre ellas también la entrega o el envío del documento) y a interpretarse a la luz de las circunstancias, que contribuyen a identifi-

car las intenciones de su autor²⁰ (p.ej., una cosa es manifestar la voluntad de comprar algo en un establecimiento mercantil dedicado a la venta de bienes de aquel tipo, otra es pronunciar la misma frase durante una escena teatral y con un vestuario de teatro).

En estas condiciones, también se pueden obtener elementos útiles para la interpretación de un documento tales como la declaración e inferencias sobre la autoría de aquél a partir de elementos externos a la estructura de aquel documento.

En este contexto, un escrito del que sea posible conocer su autoría aunque sin una prueba preestablecida para este propósito, y en particular sin una firma, puede ser utilizado para dar a conocer el estado interno de voluntad o de ciencia de su autor y, por lo tanto, a nivel sustantivo, es idóneo a los efectos de la declaración, mientras que en el ámbito probatorio, funciona precisamente a la luz de esos elementos (si bien diferentes a una prueba crítica preestablecida) que permiten también en el plano sustancial conocer su autoría, siempre que dichos elementos estén a disposición del receptor.

De estas consideraciones se desprende que un documento escrito no es lo mismo que un documento firmado y que ninguno de los hechos constitutivos de una declaración, de por sí, se ven impedidos por la ausencia de firma del autor de la declaración.

En este sentido, a los efectos de la Convención Unidroit sobre el Factoring internacional²¹ «una comunicación escrita», por un lado, «no necesita ser firmada, pero debe indicar por quién o en nombre de quién se hace»; por el otro «se entiende hecha cuando el destinatario la recibe» (art. 1, apartado 4, lect. *a* y *c*).

En términos más generales basta pensar en la crisis de los documentos firmados y al empleo extendido de los pedidos enviados por fax en papel con membrete o sello, utilizado por los empresarios en lugar de declaraciones firmadas, incluso antes de la aparición del correo electrónico²². O a los muchos escritos a los que, incluso sin la firma del autor, el ordenamiento confiere efectos que, en cambio, se excluyen en la declaraciones orales

²⁰ Giorgio Giampiccolo, «Dichiarazione recettizia», en *Enc. dir.* XII (Milano: Giuffrè, 1964), 384 y siguientes; Angelo Falzea, «Manifestazione – teoria generale», en *Enc. dir.*, XXV (Milano: Giuffrè, 1975), 442 y siguientes, especialmente 472; Natalino Irti, *Idola libertatis* (Milano: Giuffrè 1985), 28; Giuseppe Benedetti, «Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti», en *Scrittura e diritto*, ed. por Aa.Vv. (Milano: Giuffrè, 2000), 75 y siguientes, especialmente 86.

²¹ Unidroit Convention on International Factoring (Ottawa, 26 mayo de 1988), <https://www.unidroit.org/instruments/factoring>.

²² Natalino Irti, *Studi sul formalismo negoziale* (Padova: Cedam, 1997), 59 y siguientes, especialmente 62.

(piénsese en las consecuencias de la violación de deberes informativos de origen comunitario que recaen sobre los operadores profesionales, como la ampliación del plazo concedido al consumidor para el ejercicio del derecho de desistimiento, la ineficacia de las condiciones contractuales no comunicadas por escrito o su irrelevancia para la interpretación del contrato)²³.

Finalmente, incluso en el plano estrictamente probatorio, el *Codice civile* atribuye eficacia probatoria a documentos no suscritos, como los documentos o registros domésticos o anotaciones.

V. Escritos y reproducciones mecánicas.

Hay un elemento que comparten las declaraciones escritas carentes de firma y las firmadas y que las diferencia de las meras reproducciones mecánicas, a saber, el hecho que todas las declaraciones escritas (siendo por definición manifestaciones de voluntad o de ciencia, y no meros actos de lenguaje), independientemente de que estén firmadas, son instrumentos para comunicar a alguien la voluntad del declarante o un dato o hecho conocido por él²⁴.

En estas condiciones, todos los documentos (firmados o no) destinados a manifestar la voluntad o la ciencia de alguien (y, a través de ellos, las declaraciones relativas):

- a) deben atribuirse a alguien, a quien también deben atribuir la voluntad vinculante (cfr. arts. 1350-1352 c.c.) o el conocimiento de los hechos y de las circunstancias ahí descritos (cfr. arts. 1264, 1.º apartado, y 2735 c.c.);
- b) tienen un contenido esencialmente simbólico (como tal sujeto a interpretación como instrumento para identificar su significado);

²³ Francesco Ricci, «L'informazione del consumatore e l'inefficacia delle clausole occulte», *Temì romana* (2000), 829 y siguientes, especialmente 832 y siguientes; Francesco Ricci, «Informazioni per il consumatore e volontarietà del contratto telematico», *Temì romana* (2000), 841 y siguientes, especialmente 842 y siguientes; Francesco Ricci, «Teleshopping e vendite a distanza nella disciplina delle vendite aggressive», en *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, ed. por Giuseppe Vettori (Padova: Cedam, 1999), 258 y siguientes; Ricci, *Scritture private...*, 178 y siguientes; Francesco Ricci, «Firma digitale», en *Diritto civile*, ed. por Silvio Martuccelli y Valerio Pescatore (Milano: Giuffrè, 2011), 783 y siguientes, especialmente 784 y 796-797.

²⁴ Sobre esta diferencia se basa la tradicional distinción entre documentos declarativos y no declarativos (Carnelutti, *La prova...*, 158 y siguientes), o narrativos (Francesco De Santis, *Il documento non scritto come prova civile* (Napoli: ESI, 1988), 23, así como 24 y siguientes).

- c) a los efectos de su existencia, se deben enviar a los destinatarios (la llamada emisión de la declaración —véase art. 1328, 2.º apartado, c.c.)²⁵; d) para alcanzar el resultado práctico deseado por el autor, deben llegar a conocimiento de los destinatarios (cfr. arts. 1326, 1334, 1335 c.c.).

En estas condiciones, independientemente de que el autor haya firmado o no el documento, los acontecimientos del documento escrito afectan no solo a la prueba, sino también a la misma existencia del hecho que debe probarse, es decir, la declaración que contribuyen a realizar²⁶.

En cambio, no es así en el caso de las reproducciones mecánicas, que no sirven para dar forma a estados mentales (como la existencia de una voluntad vinculante o del estado de conocimiento de ciertos hechos), y que de otra manera quedan relegadas al fuero interno del sujeto. De manera más general, los hechos relativos a estos documentos no afectan a la existencia de los hechos que representan (que pueden probar, pero nunca realizar).

De hecho, a diferencia de los documentos declarativos, las meras reproducciones mecánicas son representaciones de hechos, privadas de sentido propio y provistas de poder evocador, no sujetas a interpretación, sino a inferencia. Además, la mera reproducción mecánica de hechos o cosas no afectan a la existencia del hecho que se quiere probar (que es totalmente independiente con respecto a su representación documental), sino solo a su prueba. Estos documentos no deben (i) ni atribuirse a un autor, (ii) ni emitirse ni ser conocidos por uno o más destinatarios y, al no tener contenido simbólico destinado a la interpretación, no están sujetos a un juicio de genuinidad, entendido como verificación de la correspondencia entre el contenido de la representación y la intención del autor.

Por las razones expuestas, a diferencia de los documentos firmados (regulados desde el punto de vista sustancial por los arts. 1350-1352 c.c., y desde el punto de vista probatorio por los art. 2702 y siguientes c.c.), el ordenamiento jurídico no atribuye la relevancia sustancial propia de la forma de una declaración a la creación de un documento que, en realidad, no se ha formado ni utilizado para declarar algo, sino se limita a disciplinar la sola eficacia probatoria de la reproducción de hechos o cosas allí representados (art. 2712 c.c.).

De estas consideraciones se desprende que las escrituras, aunque carezcan de firma, no tienen la misma naturaleza que las representaciones me-

²⁵ La noción de declaración, de hecho, designa un hecho interindividual (Pietro Schlesinger, «Dichiarazione (teoria generale)», en *Enc. dir.* XII (Milano: Giuffrè, 1964), 371 y siguientes, especialmente 376).

²⁶ V. más ampliamente Ricci, *Scritture private...*, 12 y siguientes.

cánicas de hechos o cosas y que, por lo tanto, también los documentos sin firma deben tratarse como lo que son, es decir, documentos escritos, y no como reproducciones mecánicas.

Lo que, en cambio, distingue a los documentos no firmados de los firmados es que solo en estos últimos, mediante la firma, su autor proporciona al destinatario la prueba crítica del origen del documento²⁷.

Cuando esto ocurre, la autoría del documento y de la declaración hecha a través de él se ven favorecidas por la propia estructura del documento, que incluye no solo el contenido de la comunicación y la indicación de su autor, sino también la prueba crítica de su autenticidad, preestablecida por un marco o signo distintivo (tal es, precisamente, la firma²⁸): tras la verificación del marco, el documento firmado y la relativa declaración se consideran atribuibles al sujeto destinatario²⁹, a menos que no se facilite prueba de la falsificación, esto es, una prueba contraria capaz de contradecir la inferencia basada en la rúbrica.

VI. La valoración ex art. 116 del Codice di procedura civile de los documentos sin firma

De las consideraciones expuestas se puede deducir que, a los efectos de la prueba de la manifestación realizada a través de ellos, los documentos sin firma no se pueden reconducir directamente:

- ni al régimen particular de los documentos firmados al que se refieren el art. 2702 c.c. y los arts. 214 y siguientes del Codice di procedura civile – en lo sucesivo c.p.c. (porque, pese a estar basados en la naturaleza declarativa del documento, éstos se centran en la presencia de pruebas críticas preestablecidas sobre el origen del documento mediante la colocación de la firma del autor);
- ni al régimen legal de las representaciones mecánicas al que se refiere el art. 2712 c.c., si se entiende como una excepción al principio de la libre valoración de la prueba (porque esto consistiría en atribuir

²⁷ En este sentido, cfr. V. DENTI, *La verificaione...*, 3; S. MASON, *Electronic...*, 1633 y siguientes, 1683-1684, 1721-1723, 1737-1739; Xavier Abel Lluch, *La valoración de la prueba en el proceso civil* (Madrid: La Ley, 2014), ed. Kindle, 1033-1035.

²⁸ V. para todos, Francesco Carnelutti, *Teoria generale del diritto* (Napoli: ESI, 1951, 3.^a ed.), 388; Denti, *La verificaione...*, 4. Sobre el tema v. ampliamente Ricci, *Scrittura private...*, 51 y siguientes.

²⁹ Más precisamente (cfr. Denti, *La verificaione...*, 4) se forma la prueba por presunciones de que el documento firmado proviene del sujeto designado.

una admisibilidad particular a las reproducciones directas de hechos o cosas mediante otras cosas representativas que, a diferencia de los documentos escritos, no constituyen el instrumento para la propia realización de los hechos que representan, sino que simplemente representan esos hechos sin contribuir a su realización).

En tal caso, podría entenderse que los documentos sin firma no deben considerarse sujetos al particular efecto probatorio previsto, como excepción al principio de la libre valoración de la prueba previsto en el art. 116 c.p.c., tanto para los documentos firmados, como (según la referida orientación) para las reproducciones mecánicas (entendida como una norma especial que atribuye a tales pruebas la eficacia de la prueba plena, a salvo de la apreciación del juez como excepción al principio de la libre valoración de la prueba³⁰) y que, por lo tanto, deben considerarse sujetos al principio establecido en términos generales para todos los casos no previstos específicamente por el art. 116 *cit.*, y, por lo tanto, sujetos al prudente arbitrio del juez, quien queda así desvinculado de los límites que, de otro modo, impondría la calificación de dichos documentos como prueba plena en el sentido de una o, según la interpretación predominante, de la otra disposición.

De hecho, esta parece ser la valoración que hace el «*Codice dell'amministrazione digitale*» (decreto legislativo d.lgs. 7 marzo de 2005, n.º 82, en adelante C.a.d.), que, como regla general, cuando se trata de un documento sin firma, deja a la libre valoración del intérprete tanto el juicio sobre la «idoneidad del documento informático para cumplir el requisito de la forma escrita», como sobre su «valor probatorio», entendiéndose que a ambos efectos el intérprete debe tener en cuenta «sus características objetivas de calidad, seguridad, integridad e inmodificabilidad» (art. 20, apartado 1 *bis*)³¹.

³⁰ Sin embargo, Enrico Tullio Liebman, *Manuale del processo civile*, vol. II, (Milano: Giuffrè, 1981, 4.^a ed.), 120, a propósito de las reproducciones mecánicas del art. 2712 c.c., indica que «se trata de prueba sujeta al principio general de la libre valoración».

³¹ En particular, el art. 20, apartado 1-*bis* prevé que «il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e inmodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e inmodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida».

Pero lo que se refiere a los efectos del acto declarativo desde el punto de vista sustancial, la evaluación de la idoneidad del documento para cumplir el requisito de la forma escrita sigue siendo libre, al amparo del art. 20 *cit.*, incluso cuando los documentos informáticos están firmados. Este principio se excluye explícitamente solo a los efectos de la forma de los documentos privados escritos a los que se refiere el art. 1350, 1.º apartado, números 1-12, c.c., que «si se hacen en documento informático» deben estar «firmados, so pena de nulidad, con una firma electrónica cualificada o firma digital» (art. 21, apartado 2-*bis*), a menos que la firma esté autenticada por un notario u otro funcionario público autorizado al efecto. En este último caso, se puede adoptar una firma electrónica o cualquier otro tipo de firma avanzada, así como la obtención digital de la firma autógrafa: de hecho, el art. 21, apartado 2-*bis*, dice «salvo el caso de una suscripción autenticada por un notario u otro funcionario público» contemplado en el artículo 25 C.a.d., en virtud del cual, por un lado, «se reconoce, al amparo del art. 2703 c.c., la firma electrónica o cualquier otro tipo de firma avanzada autenticada por un notario u otro funcionario público autorizado al efecto» (1.º apartado c.; cfr. art. 2703, 1.º apartado c.c.); y, por otra parte, «la autenticación de la firma electrónica, incluso mediante la obtención digital de la firma autógrafa, o de cualquier otro tipo de firma electrónica avanzada, consiste en la certificación por un funcionario público de que la firma se ha hecho en presencia del titular, previa verificación de su identidad personal, de la validez del eventual certificado electrónico utilizado y del hecho que el documento firmado es contrario al ordenamiento jurídico» (2.º apartado; cfr. art. 2703, 2.º apartado, c.c.).

También el documento informático firmado con firma electrónica, desde el punto de vista probatorio puede ser libremente valorado en juicio, teniendo en cuenta sus características objetivas de seguridad, integridad e inmodificabilidad (art. 20, apartado 2-*bis*, C.a.d.). Solo si el documento informático se ha firmado con firma electrónica avanzada, cualificada o digital, o «cuando, en todo caso, se constituya, tras la identificación informática de su autor, mediante un procedimiento que cumpla los requisitos establecidos por la AgID [es decir, *Agenzia per l'Italia Digitale*³²] de conformidad con el artículo 71, de forma que se garantice la seguridad, integridad e inalterabilidad del documento y, de forma clara e

³² La *Agenzia per l'Italia Digitale* es la agencia técnica de la Presidencia del Consejo encargada de garantizar la consecución de los objetivos de la Agenda Digital Italiana y de contribuir a la difusión del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación, incentivando la innovación y el desarrollo económico.

inequívoca, su trazabilidad hasta el autor»³³, podrá tener «la eficacia prevista en el art. 2702 del *Codice civile*» y, en tal caso, «se presume que el uso del dispositivo de firma es atribuible al titular, salvo que se demuestre lo contrario» (art. 20, apartado 2.º *bis*, C.a.d.).

VII. El régimen de los documentos informáticos sin firma y de las reproducciones informáticas

Las consideraciones expuestas contribuyen a resolver el problema que ha sido planteado por quienes han puesto de relieve que dos normas del mismo texto normativo no pueden disciplinar de manera distinta el valor probatorio de lo que se considera el mismo caso, es decir el documento informático sin firma, observando que, por una parte, el art. 20, apartado 1.º *bis*, dispone como regla general que el valor probatorio del documento informático se puede valorar libremente en juicio; mientras que, por la otra, el art. 23 *quater* C.a.d. ha modificado la dicción del art. 2712 c.c., estableciendo que tanto las reproducciones informáticas, como las demás reproducciones mecánicas, constituyen prueba plena de los hechos y de las cosas representadas, si contra quien se producen no niega su conformidad con los hechos o las cosas en sí mismas y al respecto³⁴.

En realidad, como se ha expuesto en los apartados anteriores, las dos disposiciones contemplan dos supuestos diferentes y son, por lo tanto, compatibles entre sí: la línea divisoria entre documentos informáticos relevantes según el art. 2712 c.c. y aquellos relevantes a los efectos de la exigencia de la forma y la prueba de las manifestaciones escritas depende de la circunstancia, objetivamente verificable y que se deja a la valoración del intérprete llamado a aplicar la norma en cuestión, de que esos documentos se utilicen como medio de comunicación y, por lo tanto, como elementos estructurales de las manifestaciones en cuestión o, más concretamente, como meros instrumentos para la reproducción mecánica de hechos o cosas.

En tales condiciones, el art. 20, ap. 1-*bis*, C.a.d. aclara oportunamente que el documento informático sin firma no tiene necesariamente la admisibilidad probatoria de las reproducciones mecánicas, como podría dar a entender la única referencia a la eficacia probatoria del documento informático contenida originalmente en el art. 5, 1.º apartado, decreto del Presi-

³³ La versión actualmente en vigor se ha introducido por decreto legislativo 13 diciembre 2017, n. 217.

³⁴ Giusella Finocchiaro, «Ancora novità in materia di documento informatico: le recenti modifiche al Codice dell'amministrazione digitale», *Contratto e impresa* (2011): págs. 495 y siguientes, especialmente pág. 500.

dente della Repubblica n.º 513/1997³⁵, sino que podría valer como un documento privado sujeto a la prudente valoración del intérprete, aunque no sea un documento firmado según el art. 2702 c.c.

De hecho, debe tenerse en cuenta que la primera de las valoraciones correspondientes al intérprete del art. 20 *cit.* es precisamente la verificación de si el documento informático sujeto a su examen:

- a) forma parte de la estructura de una manifestación, es decir, si se trata de un documento informático declarativo sujeto a interpretación, en otras palabras, un escrito informático;
- b) o se trata de la mera reproducción informática de hechos, es decir, un documento que no sirve para exteriorizar la voluntad o el pensamiento de alguien (por lo tanto, no puede considerarse sujeto a interpretación, porque no «quiere decir» nada) y que existe de manera independiente y autónoma con respecto a los hechos que, a través de él, pretenden probarse (por lo tanto, a ese efecto, sólo puede considerarse sujeto a inferencias).

La segunda hipótesis comprende no solo la representación informática de hechos distintos de una declaración, sino aquella de una declaración también, si resulta que ésta ha sido formulada con independencia de su reproducción en el documento. Constituyen ejemplos de dichos casos la grabación de sonido y/o visual de una conversación que no pretende comunicarse a terceros mediante el documento que lo representa (prueba de una declaración oral), o el vídeo que muestra la creación de otro documento escrito destinado a constituir la forma autónoma de una declaración (prueba de una declaración escrita o, por lo menos, de la actividad de documentación destinada a una declaración escrita).

Si el documento informático forma parte del cuerpo de una declaración, se aplican a aquel documento las disposiciones sobre la admisibilidad sustancial de la documentación informática y sobre la relevancia probatoria de los documentos informáticos. Si resulta que tal manifestación se hizo de modo independiente a la de su reproducción en el documento, el documento es ajeno a la perfección del supuesto declarativo, que se limita a representar, y sólo se le aplican las disposiciones relativas a la relevancia probatoria

³⁵ En este sentido, de hecho, v. Giusella Finocchiaro, «Ancora sull'efficacia probatoria del documento informatico non sottoscritto, commento a Cass. civ., sez. lav., sent. 11 maggio 2005, n. 9884», *Diritto dell'Internet* (2005): págs. 5633 y siguientes, especialmente págs. 566; y también Giusella Finocchiaro, «La firma digitale», en *Commentario Scialoja-Branca, artt. 2699-2720 – Supplemento* (Bologna-Roma: Zanichelli-II Foro Italiano, 2000) págs.70-71; Giusella Finocchiaro, *Firma digitale e firme elettroniche. Profili privatistici* (Milano: Giuffrè, 2003), págs.117-118.

de las reproducciones informáticas. En tales condiciones, si el hecho reproducido es una manifestación, a tal manifestación deben aplicárseles las normas relativas a la admisibilidad sustancial y probatoria propias de la forma con la que aquella manifestación resulte autónomamente hecha (incluyendo el procedimiento de interpretación para la averiguación del significado).

Este enfoque demuestra la coherencia de la disciplina contenida en el C.a.d. y permite concluir que en el caso de los escritos informáticos sin una firma que los hace similares a los documentos firmados tradicionales, el ordenamiento opta por atribuir a la prudente apreciación del intérprete su valoración a efectos probatorios, sustrayéndolos:

- tanto del régimen de los documentos firmados previsto en el art. 2702 c.c. (que, por contra, está reservado a los documentos firmados con firma electrónica avanzada, cualificada o digital o «cuando, en todo caso, se constituyan, tras la identificación informática de su autor, mediante un procedimiento que cumpla con los requisitos establecidos por la *Agenzia per l'Italia Digitale*, de conformidad con el artículo 71 C.a.d., «de forma que se garantice la seguridad, integridad e inmodificabilidad del documento y, de forma clara e inequívoca, su trazabilidad hasta el autor» — art. 20, apartado 1.º *bis*, C.a.d.),
- como al de las reproducciones mecánicas del art. 2712 c.c., reconstruido por los intérpretes (que, por contra, está reservado sólo a las reproducciones informáticas de hechos y de cosas — art. 2712 c.c., modificado por el art. 23 *quater* C.a.d., introducido por el art. 16, 2.º apartado, lect. *a*, d.lgs. 30 diciembre de 2010, n. 235).

De hecho, en coherencia con las consideraciones efectuadas:

- a) por una parte, al no poder atribuirse razonablemente la admisibilidad propia de la forma escrita a un documento que en realidad no se ha redactado ni utilizado para manifestar algo, el ordenamiento se limita a regular la eficacia probatoria del documento informático representativo mediante el art. 2712 c.c. (que se refiere al supuesto de las reproducciones mecánicas, en el que los hechos del documento afectan en cuanto a la prueba, pero no en cuanto a la propia existencia del hecho a probar), dejando que la eficacia sustancial del hecho representado en él quede sujeta a las disposiciones aplicables en el momento, con independencia de la utilización de la herramienta telemática;
- b) por otra parte, en lo que respecta a los distintos supuestos de los escritos informáticos, en los que los hechos del documento afectan no solo a la prueba, sino en cuanto a la propia existencia del hecho a

- probar, el legislador regula tanto la admisibilidad sustancial como la eficacia probatoria, dejando ambas, como regla general, a la libre valoración del intérprete (el art. 20, apartado 1-*bis*, C.a.d.);
- c) si el documento está firmado, el intérprete no podrá considerar discrecionalmente que la firma es ineficaz o inadmisibile como prueba por el hecho de estar en formato electrónico, o no estar basada en un certificado cualificado expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado, o tampoco por haber sido redactado por un dispositivo para la creación de una firma segura (antes art. 5 Dir. 1999/93/CE sobre la firma electrónica y ahora art. 25 Reglamento eIDAS), sino que deberán tenerse en cuenta sus características objetivas de seguridad, integridad e inmodificabilidad (art. 20, apartado 1.º *bis*, C.a.d.) y verificarse el cumplimiento y la concurrencia de al menos uno o más de los requisitos destinados a garantizar la identificabilidad del autor, así como la integridad e inmodificabilidad del documento, de conformidad con las normas técnicas (llamadas «*Linee guida*», es decir «Directrices») sobre la redacción, transmisión, conservación, copia, duplicación, reproducción y validación temporal de los documentos informáticos, y aquéllas sobre la generación, colocación y verificación de cualquier tipo de firma electrónica avanzada (arts. 20, apartados 1-*bis* y 3, y 71 C.a.d.);
 - d) en cuanto a la eficacia sustancial del supuesto concreto, se otorga una especial relevancia a los documentos informáticos firmados con firma electrónica cualificada o con firma digital, que son las únicas firmas electrónicas que pueden válidamente emplearse para los documentos privados referidos por el art. 1350, 1.º apartado, n.º 1-12, c.c. (los demás actos indicados por la ley que, de conformidad con el art. 1350, n.º 13, del Código Civil italiano, deben realizarse mediante escritura pública o privada pueden válidamente constituirse mediante los demás procedimientos a que se refiere la primera frase del artículo 20, apartado 1 *ter bis*); sólo si la firma es autenticada por notario o por otro funcionario público autorizado al efecto los documentos podrán ser firmados con cualquier otra firma electrónica o cualquier otro tipo de firma avanzada, así como con la obtención digital de la firma autógrafa (art. 21, ap. 2.º *bis*, C.a.d.);
 - e) a nivel probatorio, se otorga una especial relevancia a los documentos firmados con firma electrónica avanzada, cualificada o digital, cuando se redacten de acuerdo con las Directrices ya expuestas: tales documentos tendrán la eficacia prevista en el artículo 2702 c.c. y se presumirá que el uso del dispositivo de firma utilizado para redactarlos es atribuible al titular, salvo que se demuestre lo contrario (art. 21, 2.º apartado, C.a.d.)

VIII. Los nuevos documentos en derecho europeo de consumo

La consideración de la disciplina italiana de la prueba documental a la luz del debate sobre la eficacia probatoria del documento informático, ayuda decisivamente en la elección, también a efectos de la legislación europea, entre la noción de escritura contenida en el *Interpretation Act* de 1978 y la propuesta por el art. 1.11 de los Principios del Unidroit.

En efecto, la distinción entre «documentos declarativos» (como las escrituras del derecho italiano) y «documentos meramente representativos» (como las reproducciones mecánicas a que se refiere el artículo 2712 del Código Civil italiano) muestra claramente que, a los efectos para los que se prescriben los documentos escritos, lo que realmente cuenta en el derecho privado europeo no es tanto la forma de comunicación (escrita, oral o por medio de otros símbolos convencionales (como, por ejemplo, un guiño con la cabeza para dar su consentimiento), sino la realización de dicha comunicación mediante la entrega de un medio duradero que permita al receptor conocer la declaración y conservar las pruebas.

En estas condiciones, entre las dos nociones de escritura consideradas en la introducción, la que ofrece el art. 1.11 Principios Unidroit es ciertamente preferible a la más obsoleta, contenida en el *Interpretation Act* de 1978.

A diferencia de lo que ha sido argumentado por la doctrina que lo ha tratado, esta definición incorpora la idea, ya muy extendida entre los operadores, de que el concepto ahora ampliado de escritura incluye no sólo los textos sin firma, o sin otras formalidades particulares aseverativas de su origen (como la necesidad de que el autor escriba a mano, o de que la firma de los testigos se fije en el documento, o de que se fije una firma electrónica certificada³⁶), sino también los registros sonoros, visuales y audiovisuales a que se refiere la definición de documento electrónico que ofrece el Reglamento eIDAS, así como la documentación de otras formas de comunicación que no reproducen palabras de forma visible, también en un medio que no sea un documento electrónico, siempre que el documento sea el medio para hacer la declaración.

De hecho, también en el Derecho europeo, el concepto de documento ha evolucionado de manera explícita en el mismo sentido que se ha expuesto hasta ahora.

Una clara referencia en este sentido es la evolución de las disposiciones relativas a uno de los derechos fundamentales del consumidor, como es el de recibir información escrita, específica y puntual sobre determinados as-

³⁶ V. Vogenauer, «Article 1.2 ...», 162.

pectos que el legislador europeo ha considerado relevantes y que son relativos a la fase precontractual o contractual de su relación con un profesional.

A este respecto, inicialmente la Directiva 85/577/CEE del Consejo de 20 de diciembre 1985 «referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales», tras declarar «que conviene conceder al consumidor un derecho de rescisión [*rectius*: derecho de desistimiento n.d.r.] durante un período de siete días, como mínimo, con el fin de ofrecerle la posibilidad de considerar las obligaciones que resultan del contrato» (5.º considerando) y que «es preciso adoptar las medidas adecuadas con el fin de que el consumidor esté informado por escrito de dicho plazo de reflexión» (6.º considerando), disponía que el profesional está «obligado a informar por escrito al consumidor» de su derecho de desistimiento del contrato en el plazo previsto por la ley, así como del nombre y dirección de la persona frente a la que pueda ejercer tal derecho (art. 4).

Posteriormente, empero, la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 mayo de 1997 «relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia», tras considerar «que la información difundida por determinadas tecnologías electrónicas tiene a menudo un carácter efímero en la medida en que no se recibe sobre un soporte duradero; que resulta necesario que se hagan llegar al consumidor, por escrito y con la debida antelación, los datos necesarios para la correcta ejecución del contrato» (13.º considerando), dividió el deber de información en dos exigencias, potencialmente distintas:

- a) la primera consistía en una comunicación por la que «previamente a la celebración de cualquier contrato a distancia, y con la antelación necesaria», el profesional debía facilitar al consumidor sin restricción de forma (y, por lo tanto, también en una forma que, utilizando el léxico del 13.º considerando, podría definirse como «efímera») (art. 4);
- b) la segunda se debe hacer efectiva facilitando la información al consumidor «por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición» «a su debido tiempo durante la ejecución del contrato y, a más tardar, en el momento de la entrega cuando se trate de bienes, a menos que se haya facilitado ya la información al consumidor antes de la celebración del contrato» (art. 5).

De este modo, el legislador comunitario estableció explícitamente una equivalencia entre la información facilitada por escrito y aquella facilitada en otro soporte duradero a disposición del destinatario y accesible para él.

Finalmente, el art. 2, ap. 10 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 octubre de 2011 «sobre los derechos

de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo» ha ofrecido una definición oficial del término «soporte duradero», describiéndolo como «todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios»

A la luz de esta definición, la Directiva en cuestión ha definido las modalidades para documentar determinadas manifestaciones o informaciones que en algunas ocasiones deben ser facilitadas por parte del consumidor y en otras por parte del comerciante.

A este respecto, de hecho, ha aclarado que «el consumidor debe seguir siendo libre de desistir del contrato empleando sus propios términos, siempre que su declaración de que quiere desistir del contrato dirigida al comerciante sea inequívoca»; que «una carta, una llamada telefónica o la devolución de los bienes acompañadas de una declaración clara podría satisfacer este requisito, si bien la carga de la prueba de haber desistido en los plazos establecidos por la Directiva debe recaer sobre el consumidor»; y que «por este motivo, redundará en interés del consumidor la utilización de un soporte duradero al comunicar su desistimiento al comerciante» (44.º considerando). Por este motivo, ha dispuesto, por un lado, que el consumidor puede presentar eficazmente cualquier declaración explícita de su decisión de desistir del contrato y que la carga de la prueba relativa al ejercicio de este derecho recae sobre el consumidor; y, por otro lado, también que «el comerciante comunicará sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento» una vez que el consumidor, ejerciendo una opción ofrecida por el profesional, haya cumplimentado y enviado por vía electrónica la declaración de desistimiento (art. 11).

El legislador europeo también ha aclarado que «el consumidor debe solicitar de forma expresa la prestación del servicio antes de que finalice el plazo de desistimiento mediante una solicitud expresa y, en el caso de un contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil, deberá hacerlo en un soporte duradero» y que «del mismo modo, el comerciante debe informar al consumidor, utilizando un soporte duradero, de toda obligación de abonar la parte proporcional del coste de los servicios ya prestados» (50.º considerando). Por este motivo, ha dispuesto que «en caso de que un consumidor desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas, electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen de-

limitado o en cantidades determinadas—, o calefacción mediante sistemas urbanos, dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 9, apartado 2, el comerciante exigirá que el consumidor presente una solicitud expresa en tal sentido en un soporte duradero» (art. 7.3).

Finalmente, la Directiva en cuestión también ha dispuesto que «en los contratos a distancia, el comerciante facilitará al consumidor la información exigida en el artículo 6, apartado 1 [es decir aquella que debe facilitarle antes que sea vinculado por el contrato, n.d.r.], o la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles» y que «siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible».

Téngase en cuenta que si el profesional facilita «en un soporte duradero» la información al consumidor antes de quedar vinculado por un contrato a distancia, esta información «*shall be legible*», expresión que también se da en italiano con la fórmula «*devono essere leggibili*» y que también en español se traduce con la expresión «deberá ser legible» (art. 8, en relación al art. 6.1). Sin embargo, precisamente a la luz de lo que se ha argumentado hasta ahora, cabe entender que el término «legible» en este caso no tiene el mismo significado que la expresión «*representing or reproducing words in visible form*» en el *Interpretation Act* de 1978.

De hecho, en el contexto del art. 8, «legible» no puede significar que la información deba imprimirse en un soporte con símbolos comprensibles para la lectura, ya que este deber ya se impone de forma general en el primer inciso del mismo artículo, cuando se establece que la información se debe facilitar «de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles».

Por otra parte, la expresión debe entenderse en el sentido de que pueda comprenderse fácilmente a la luz de la definición de «soporte duradero» que ofrece el art. 2, ap. 10, Dir. 2011/83/UE, así como la que ya en su día se estableció por el art. 5, Dir. 1997/7/CE en el mismo sentido. De estos elementos se desprende que la información debe proporcionarse a través de un medio que:

- a) por un lado, permita al destinatario «almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información» (art. 2, n.º 10, Dir. 2011/83/UE, parte primera): en otras palabras, la información debe facilitarse a través de un soporte que permanezca «a su disposición» de forma duradera (art. 5 Dir. 1997/7/CE);
- b) por otro lado, debe permitir al destinatario «la reproducción de la información almacenada sin cambios» (art. 2, n.º 10, Dir. 2011/83/

UE, parte segunda): en otras palabras, la información se debe facilitar mediante un soporte «que sea accesible para el».

En este contexto, «legible» tiene el mismo sentido del término «accesible» a la luz del art. 5 Dir. 97/7/CE, en el que «accesible» no sólo significa que el documento deba estar materialmente a disposición del consumidor, porque esto ya se expresa cuando se establece que el soporte debe estar «a su disposición», sino que éste debe permitir al destinatario la «reproducción de la información almacenada sin cambios», y por lo tanto, comprensible en el sentido de descifrable y, en el caso de documentos informáticos, compatibles con los estándares de interoperabilidad y *software* de lectura de los archivos adecuadamente remitidos o, alternativamente, que sean legibles mediante la puesta a disposición del destinatario de la aplicación necesaria para la lectura del archivo a través de un dispositivo electrónico apto para almacenarlo.

IX. El impacto de los nuevos documentos europeos en el Derecho italiano

En aplicación de estas normas, el art. 45.1, lect. 1, del *Codice del consumo* italiano también ha sido modificado por el d.lgs. de 21 febrero 2014, n.º 21 y, por lo tanto, el Derecho italiano ahora también contempla una noción explícita y oficial de «soporte —o medio— duradero», que debe entenderse como «todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante almacenar la información que se le dirige personalmente, de manera que pueda acceder a ésta en el futuro por un periodo de tiempo adecuado a las finalidades para las que están destinados y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada».

Esta noción es la utilizada por el legislador italiano para definir las modalidades de cumplimiento de los deberes de información (art. 48, lect. a, 50.1, 50.2, 50.4, letras a y b, 51.1 y 51.6), otros deberes declarativos (art. 54.3), de manifestaciones contractuales (art.50.2, 50.4, letra b) y cargas de declaración (art. 50.3).

De este modo, dicha actualización confirma que, de manera alternativa y equivalente al documento redactado mediante el uso de símbolos gráficos (escrito, en sentido estricto), es posible utilizar el creado mediante una grabación audiovisual, o meramente de sonido, etc. (escrito, en sentido amplio).

También debe interpretarse en este sentido el art. 20, apartado 1-*bis*, C.a.d. que, como es sabido, en cuanto al documento informático declarativo establece que «la idoneidad del documento informático para satisfacer

el requisito de la forma escrita y su valor probatorio se puede evaluar libremente en juicio, teniendo en cuenta sus características objetivas de seguridad, integridad e inmutabilidad». Cabe considerar, de hecho, que a los efectos de esta disposición el documento informático declarativo puede ser redactado no solo a través del almacenamiento de un archivo de texto, sino también a través de una grabación de sonido o visual.

La extensión de la noción de documento escrito no llega a incluir las representaciones efímeras. De hecho, aunque el C.a.d. habla de «documento analógico» para designar «la representación informática de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes» (art. 1, letra *q*), el documento no debe confundirse con la representación que se pueda extraer de él. Tanto porque en el léxico del legislador una cosa son los medios de prueba (cfr. art. 202 y siguientes c.p.c.) y otra es la prueba que se basa en ellos, es decir, la representación de los hechos basados en ellos (cfr. art. 116 c.p.c., así como arts. 2700, 2702, 2007, 2708 c.c.)³⁷. Como porque, en todo caso, la representación de un hecho puede tener un carácter transitorio incompatible con la necesidad de tener una representación permanente, que, por otro lado, constituye el núcleo de la normativa sobre la relevancia probatoria de los documentos. En este sentido, el legislador lo hizo bien a la hora de modificar la fórmula original con la que definió el documento informático como «la representación informática de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes» con la mejor expresión según la cual el documento informático es «el documento electrónico que contiene la representación informática de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes» (art. 1, letra *p*, C.a.d.).

En definitiva, las definiciones del art. 1, letras *p* y *q*, *cit.* deben entenderse en el sentido de que los documentos son soportes duraderos que comportan una representación digital o analógica de forma permanente, de modo que se pueda conocer la definición de las cosas representativas de hechos³⁸.

En estas condiciones, así como que una videollamada o una videoconferencia permiten la representación de hechos o cosas (y, por lo tanto, también las actividades de comunicación y declaración), pero no generan documentos, a menos que aquellas representaciones no se graben en un soporte duradero adecuado (cfr. art. 51.6 y 51.7 del Codice del consumo); de la misma manera, una declaración efectuada a través de medios informáticos o telemáticos o una representación de hechos o cosas no constituye documento informático si no se almacena en un soporte duradero susceptible de

³⁷ Vittorio Denti, *La verifica delle prove documentali* (Torino: Utet, 1957), págs. 2, 5-6, así como págs. 50 y siguientes.

³⁸ Francesco Carnelutti, *La prova civile — Parte generale — Il concetto giuridico di prova* (reimpresión Milano: Giuffrè, 1992), págs. 54 y siguientes.

ser conservado de modo permanente, y que permita reproducir la manifestación o representación incluso con posterioridad³⁹.

Y, como la forma escrita constituye la modalidad adecuada de la manifestación hecha a través de la redacción de un documento y su posterior emisión en beneficio del destinatario⁴⁰, si falta la actividad de documentación, una declaración efectuada en forma telemática no colma el requisito de forma escrita, ni siquiera aunque se haga mediante el uso de símbolos alfanuméricos propios de la escritura tradicional.

X. Conclusiones

En definitiva, la distinción específica que hace la legislación italiana entre «escritos» y «reproducciones mecánicas» permite extraer una serie de conclusiones que, sin duda alguna, son de gran utilidad para interpretar la normativa europea sobre la escritura en general, así como los documentos electrónicos y las obligaciones de información en materia de protección a los consumidores en particular.

En primer lugar, destaca que los mismos requisitos a los que responde el uso de un documento escrito entendido en el sentido más tradicional, es decir, el resultado del acto de escribir, también pueden satisfacerse con la redacción de documentos declarativos en soportes duraderos en los que la actividad de documentación no se realice escribiendo letras del alfabeto o signos análogos, sino a través de grabaciones de sonido o visuales, de manifestaciones orales, gestuales, o de otros símbolos.

Esto lleva a considerar que, a los efectos de la individualización del régimen jurídico aplicable, la línea divisoria entre los documentos escritos y los que no lo son, no puede depender eficazmente de una circunstancia meramente extrínseca y contingente de si se trata o no del resultado de una acción consistente en trazar sobre una superficie adecuada los signos gráficos

³⁹ Cfr. Luigi Paolo Comoglio, «Le prove», en *Trattato Rescigno*, Vol. XIX, *Tutela dei diritti*, t. I, (Torino: Utet, 1997), págs. 177 y siguientes, especialmente pág. 374; Salvatore Sica, *Atti che devono farsi per iscritto*, en *Commentario fondato da P. Schelsinger e diretto da F.D. Busnelli*, sub art. 1350 (Milano: Giuffrè, 2003), 73; Ricci, *Scritture private...*, págs. 89 y siguientes; Elisabeth Joly-Passant, *L'écrit confronté aux nouvelles technologies*, (Paris: L.G.D.J., 2006), 20-21. *Contra* v. Cesare Massimo Bianca, «I contratti digitali», *Studium iuris* (1998): págs. 1035 y siguientes, especialmente pág. 1036; así como Francesco Gerbo, «Documento», en *Diritto civile*, ed. por Martuccelli y Pescatore, págs. 678 y siguientes, especialmente pág. 682.

⁴⁰ Entre los elementos estructurales de los documentos privados se encuentra también «la cosa destinata a recepire la scrittura, ossia l'entità fisica, il veicolo reale o lo strumento rappresentativo della documentazione» (Comoglio, *Le prove...*, 335).

que pertenecen a un determinado sistema de escritura, de modo que quien conozca dicho sistema pueda leerlos e interpretar su significado, sino del argumento, racionalmente más cualificado, de si se trata o no de medios para reconocer de forma duradera la expresión de la voluntad o del pensamiento de su autor.

De ello se derivan mejores criterios de calificación jurídica de la forma escrita y de los documentos escritos útiles a los efectos de la aplicación de la normativa correspondiente.

En particular, con respecto al documento entendido como acto de escritura, es forma escrita toda forma de comunicación que permita compartir y almacenar lo que se expresa de forma tangible. A la forma escrita así entendida se opone toda otra forma efímera de comunicación, es decir, toda forma de comunicación que, contrariamente a la primera, no permita almacenar en forma tangible lo que se ha comunicado. En esta perspectiva, es pues preferible la noción de documento ofrecida por el art. 1.11 de los Principios Unidroit de 2016, y ya por el art. 1.10 de la edición de 1994, porque no parece ni actual, ni útil el criterio de distinción ofrecido por el *Interpretation Act* de 1978 del Reino Unido, excepto en los casos particulares en los que quiera asegurarse una forma de comunicación en modo visible por razones específicas, como podría ser, por ejemplo, el caso emblemático de manifestaciones o documentos destinados a aparatos de lectura sin altavoces o destinados a personas sin audición.

Con respecto al documento entendido como resultado del escribir, lo que se ha concluido sobre la forma escrita se deduce directamente también que todos los documentos que se utilizan para declarar algo son documentos, o «*documentos declarativos*» (en otras palabras, cualquier actividad de documentación de una manifestación genera un documento escrito). Éstos se contraponen a los documentos que reproducen uno o más aspectos de hechos o cosas cuya existencia no depende de la existencia de los documentos que los representan y que, por lo tanto, se podrían denominar «*documentos meramente representativos*».

En esta perspectiva, los documentos que constituyen el resultado de la aplicación a un soporte material de automatismos que dependen directamente de la interacción entre el aparato que redacta el documento y una o más características de la realidad que éste representa (fotografías, grabaciones de sonido, grabaciones vídeo, moldes, gráficos de electrocardiograma o de un sismógrafo, etc.) pueden pertenecer tanto a la categoría de los documentos declarativos o documentos, como a la de los documentos meramente representativos. De hecho, pertenecen a la primera categoría cuando se utilicen para manifestar algo; en cambio, pertenecen a la segunda categoría cuando reproduzcan uno o más aspectos de hechos o de cosas cuya existencia es independiente tanto de su redacción, como de su uso.

Esta conclusión es aplicable a los documentos informáticos, que pueden ser de naturaleza declarativa o meramente representativa:

- a) los documentos informáticos declarativos son documentos escritos y, si están provistos de firma digital o firma electrónica avanzada, son documentos privados eficaces, en cuanto a su forma, a los efectos del art. 1350 c.c. (traslación de derechos reales inmobiliarios y similares), y admisibles, en términos de prueba, al amparo y a los efectos del art. 2702 c.c.; de lo contrario, quedarán sujetos a la prudente valoración del juez, tanto a los efectos de su admisibilidad para los efectos de las demás disposiciones en materia de forma escrita, como a los efectos de la prueba;
- b) los documentos informáticos meramente representativos nunca son documentos escritos y, a título probatorio, integran la noción de «reproducciones mecánicas» en el sentido del art. 2712 c.c.

Bibliografía

- Abel Lluch, Xavier. *La valoración de la prueba en el proceso civil*. Madrid: Wolters Kluwer España, 2014.
- Benedetti, Giuseppe. «Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti». En *Scrittura e diritto*, Milano: Giuffrè, 2000, 75-91.
- Bianca, Cesare Massimo. «I contratti digitali». *Studium iuris* 4 (1998), 1035-1051:
- Bianca, Cesare Massimo, Renato Clarizia, Vincenzo Franceschelli, Franco Gallo, Lucio Valerio Moscarini, Alessandro Pace y Salvatore Patti. «Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici – commentario del decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513». *Nuove leggi civili commentate* 23, n.º 3-4 (2000): 633-846.
- Carnelutti, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I. Padova: CEDAM, 1936.
- Carnelutti, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Napoli: ESI, 1951, 3.ª ed.
- Carnelutti, Francesco. *La prova civile — Parte generale — Il concetto giuridico di prova*. Reimpresión Milano: Giuffrè, 1992
- Comoglio, Luigi Paolo. «Le prove». En *Trattato Rescigno*, Vol. XIX, *Tutela dei diritti*, t. I: Torino: Utet, 1997.
- Comoglio, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Torino: Utet Giuridica (2010, 3.ª ed).
- Cruz Rivero, Diego Juan. *La firma electrónica reconocida – Análisis de los requisitos del artículo 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2006.
- Denti, Vittorio. *La verificazione delle prove documentali*. Torino: Utet, 1957.
- De Santis, Francesco. *Il documento non scritto come prova civile*. Napoli: ESI, 1988.
- Dickie, John. *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*. 1999. Oxford: Hart Publishing, 1999.

- Díez-Picazo, Luís, Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, vol. II, t. I. Madrid: Editorial Tecnos, 2017, 11.^a ed.
- Falzea, Angelo. «Manifestazione – teoria generale». En *Enc. dir.*, vol. XXV. Milano: Giuffrè: 442-476.
- Flint, David. «Electronic Communications Bill – Early Closing Day for E-Commerce?». *Business Law Review* 20 (1999): 248-251
- Flint, David. «Promoting Electronic Commerce: Consultation on Draft Legislation and the Government's Response to the Trade and Industry Committee's Report». *Business Law Review* 20 (1999): 282-284
- Finocchiaro, Giusella. *La firma digitale*. Bologna: Zanichelli – Roma: Il Foro Italiano, 2000.
- Finocchiaro, Giusella. *Firma digitale e firme elettroniche. Profili privatistici*. Milano: Giuffrè, 2003.
- Finocchiaro, Giusella. «Ancora novità in materia di documento informatico». *Contratto e impresa* 27, n.º 2 (2011): 495-504.
- Gentili, Aurelio. «Documento informatico». En *Enc. dir.*, Annali V. Milano: Giuffrè: 629-643
- Gerbo, Francesco. «Documento». En *Diritto civile*, ed. por Martuccelli y Pescatore: 678-691,
- Giampiccolo, Giorgio. «Dichiarazione recettizia». En *Enc. dir.*, vol. XII. Milano: Giuffrè (1964): 384-391.
- Irti, Natalino. *Studi sul formalismo negoziale*. Padova: CEDAM, 1997.
- Irti, Natalino. *Idola libertatis*. Milano: Giuffrè, 1985.
- Joly-Passant, Elisabeth. *L'écrit confronté aux nouvelles technologies*. Paris: LGDJ, 2006.
- Kötz, Heinz. *European Contract Law*. New York: Oxford University Press, 2017, 2.^a ed.
- Laserra, Giorgio. *La scrittura privata*. Napoli: Jovene, 1959.
- Liebman, Enrico Tullio. *Manuale del processo civile*, Vol. II. Milano: Giuffrè, 1981, 4.^a ed.
- Lloyd, Ian. *Cyber Law in the United Kingdom*. London: Wolters Kluwer, 2017, 3.^a ed.
- Mankowski, Peter. «Information and Formal Requirements in EC Private Law». *European Review of Private Law* 6, 2005: 779-796.
- Mason, Stephen. *Electronic Signatures in Law*. London: Institute of Advanced Legal Studies, School of Advanced Study, 2016.
- Merone, Aniello. *Il disconoscimento delle prove documentali*. Torino: Giappichelli, 2018.
- Montesano, Luigi. «Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile e nella forma negoziale». *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n.º 4-5 (1987): 23-32.
- Orlandi, Mauro. *La paternità delle scritture*. Milano: Giuffrè, 1997.
- Patti, Salvatore. «Prova documentale», en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, editado por Francesco Galgano, artt. 2699-2720. Bologna: Zanichelli – Roma: Il Foro Italiano, 1996.

- Patti, Salvatore. «Prove». En *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, artt. 2697-2739. Bologna: Zanichelli, 2015.
- Pavoni, Giovanni. *La scrittura privata nel diritto commerciale*. Roma: Athenaeum, 1914.
- Ricci, Francesco «Teleshopping e vendite a distanza nella disciplina delle vendite aggressive». En *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, ed. por Giuseppe Vettori: Padova: Cedam, 1999: 258-293.
- Ricci, Francesco. «L'informazione del consumatore e l'ineficacia delle clausole occulte». *Temi romana* 48 (2000): 829-840.
- Ricci, Francesco. «Informazioni per il consumatore e volontarietà del contratto telematico». *Temi romana* 48 (2000): 841-847.
- Ricci, Francesco. *Scritture private e firme elettroniche*: Milano: Giuffrè, 2003.
- Ricci, Francesco. «Firma digitale», en *Diritto civile*, ed. por Silvio Martuccelli y Valerio Pescatore (Milano: Giuffrè, 2011): 783-797
- Ricci, Francesco. «Le clausole vessatorie nei contratti on line». *Contratto e impresa*. Europa 19, n.º 2 (2014): 651-689
- Romano, Alberto A. «Il disconoscimento della prova documentale». En *Studi in onore di P. Schlesinger*, vol. V. Milano: Giuffrè, 2004: 3923-3940.
- Santoro-Passarelli, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Jovene, 2016, 9.ª ed.
- Schlesinger, Pietro. «Dichiarazione (teoria generale)». En *Enc. dir.*, Vol. XII. Milano: Giuffrè, 1964: 371-384
- Schofield, Damian. «The use of computer generated imagery in legal proceedings». *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*13 (2016): 3-25.
- Sharon, Harvey y Julian Newman. «*Contracts by electronic mail: some issues explored*». *Computer Law & Security Review* (1988): 2-6.
- Sica, Salvatore. *Atti che devono farsi per iscritto*. En *Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli*, sub art. 1350. Milano: Giuffrè, 2003.
- Torres Lana, José Ángel. «*Forma del negocio y nuevas tecnologías*». *Revista de Derecho Privado* (2004): 489-523.
- Vogenauer, Stefan. «*Article 1.2 (No form required)*», en *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, editado por Stefan Vogenauer (Oxford: Oxford University Press, 2017, 2ª ed.): 159-162.

Acerca del autor

Francesco Ricci, Doctor en Derecho Contractual y Economía de la Empresa y Abogado, es profesor titular de Derecho Privado en la Universidad L.U.M. Jean Monnet de Bari – Casamassima y profesor de Derecho Privado Europeo en la Universidad L.U.I.S.S.S. Guido Carli de Roma. Fue miembro del consejo de profesores de la «International School of Doctorate in Law and Economics» «Tullio Ascarelli» de la Universidad Roma Tre de Roma y actualmente es miembro del consejo de profesores del «International PhD in «General Theory of Trial: Administrative, Civil, Constitutional,

Criminal and Fiscal» de la L.U.M. Jean Monnet University of Bari – Casamassima, de acuerdo con la Universidad John Naisbitt de Beograd (Serbia) y la Universidad de Europa Sudoriental – Macedonia. Es autor de numerosas publicaciones, entre las que destacan tres libros («Scritture private e firme elettroniche» – 2004, «Due diligence e responsabilità» – 2008 y «Beni di consumo e disciplina delle vendite aggressive» – 2013) y numerosos artículos, entre otros, sobre delitos civiles, información precontractual, formularios y pruebas contractuales, contratos tipo, ventas, registros inmobiliarios, pruebas documentales, protección del consumidor, comercio electrónico, organizaciones deportivas, ADR.

About the author

Francesco Ricci, PhD in Contract Law and Business Economics and Lawyer, is full professor of private law at the L.U.M. Jean Monnet University of Bari – Casamassima and professor of European private law at the L.U.I.S.S.S. Guido Carli University of Rome. He was a member of the board of professors of the «International School of Doctorate in Law and Economics “Tullio Ascarelli”» at the University Roma Tre in Rome and is currently a member of the board of professors of the «International PhD in “General Theory of Trial: Administrative, Civil, Constitutional, Criminal and Fiscal”» at the L.U.M. Jean Monnet University of Bari – Casamassima, in agreement with the John Naisbitt University of Beograd (Serbia) and the South East European University – Macedonia. He is the author of numerous publications, including three books («Scritture private e firme elettroniche» – 2004, «Due diligence e responsabilità» – 2008 and «Beni di consumo e disciplina delle vendite aggressive» – 2013) and numerous articles, among others, on civil offences, pre-contractual information, forms and contractual evidence, standard contracts, sales, real estate registers, documentary evidence, consumer protection, electronic commerce, sports organizations, ADR.

Prácticas comerciales desleales, acciones individuales y armonización plena

*Unfair Commercial Practices, Private Enforcement
and Full Harmonisation*

Donato Maria Matera
Teaching Assistant in Private Law
at the University LUM «Jean Monnet» of Bari-Casamassima

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019pp101-128>

Recibido el 23 de mayo de 2019
Aceptado el 8 de julio de 2019.

Sumario: I. Introducción. El problema.—II. La Directiva sobre «prácticas comerciales abusivas» y el principio de *full harmonisation*. 1. *Full harmonisation* y acciones individuales. 1.1. Estados Miembros que no han adoptado acciones individuales. El caso italiano. 1.2. Estados Miembros que adoptaron acciones individuales para los consumidores.—III. Efectividad de la tutela y necesidad de *full harmonisation* en las acciones civiles contra las prácticas desleales: el recurso al sistema del derecho contractual europeo.—IV. Directivas europeas en tema de consumidores e interacción con la disciplina de prácticas desleales. 1. La Directiva 93/13/EC sobre cláusulas abusivas e invalidez de las cláusulas. 2. La Directiva 1999/44/CE y la falta de conformidad de los bienes de consumo. 3. La Directiva 2011/83/EU y el doble sistema de tutela.—V. Prácticas comerciales desleales y el deber de buena fe.—VI. Conclusiones.

Resumen: El sistema de las acciones individuales de derecho privado a disposición de los consumidores que hayan estipulado un contrato bajo la influencia de una práctica comercial desleal no queda disciplinado por la Directiva 2005/29/CE y parece hoy fragmentado y, a menudo, inadecuado. Sin embargo, con un análisis más minucioso del ordenamiento europeo, se puede observar cómo, aunque de manera indirecta, muchas de las Directivas relativas al derecho de consumidores facilitan instrumentos eficaces a disposición de los mismos consumidores. En los casos en los que no haya esta interacción, de todos modos, es posible garantizar tutela recurriendo al principio general de buena fe.

Palabras clave: Prácticas comerciales desleales, acciones individuales, armonización plena, buena fe.

Abstract: *The system of individual remedies available to consumers who have stipulated a contract under the influence of an unfair commercial practice is not disciplined by Directive 2005/29/EC. As a result, it seems today fragmented*

and often inadequate. However, to a more detailed analysis of the European legal system, it becomes clear that many of the directives about consumer protection, even if indirectly, provide these consumers with efficient tools; as a result, consumers have efficient remedies to react to the contract undermined from an unfair commercial practice. In cases where there is not such interaction, it is possible to guarantee protection by recourse to the general principle of good faith.

Keywords: *Unfair commercial practices, individual remedies, full harmonisation, good faith.*

I. Introducción. El problema

Como es sabido, la Directiva 2005/29/CE introdujo la prohibición para los comerciantes de adoptar prácticas comerciales desleales en sus relaciones con los consumidores.

Si bien este acto normativo, utilizando la técnica de la llamada armonización plena, ha introducido una noción amplia y eficaz de «práctica desleal» y ha incluido acciones para el *public enforcement*, no ha establecido acciones individuales para los consumidores que hayan concluido un contrato al amparo de una práctica abusiva; de un modo distinto, se ha dejado a los Estados Miembros la elección sobre la posibilidad de introducir una acción *ad hoc*, con el fin de respetar las diferencias entre los Derechos privados nacionales.

Como se pone de manifiesto en este trabajo, en una primera observación del escenario jurídico europeo, la consecuencia de la falta de *full harmonisation* en las acciones individuales privadas parece que ha sido la de un sistema altamente fragmentario en este ámbito; a Estados que no han adoptado acciones individuales específicas para la violación de la prohibición establecida por la Directiva se contraponen Estados que sí lo han hecho, recurriendo a instrumentos que ya existían o creando otros nuevos. Esta fragmentación, sin embargo, corre el riesgo de comprometer la efectividad de la protección de los consumidores y de no promover el desarrollo del mercado único, que es una finalidad expresamente mencionada por la Directiva.

Parece oportuno plantearse —como se intenta hacer en este trabajo— si, en una observación más específica del ordenamiento jurídico europeo, ya no existen acciones que los consumidores puedan utilizar para alcanzar una plena y efectiva protección contra las prácticas abusivas. Dicho estudio tendrá necesariamente en cuenta el *acquis communautaire* ya existente en tema de consumidores y los principios que constituyen su base.

A pesar de la amplitud del concepto de «práctica comercial desleal», las prácticas a las que se hará referencia en el presente trabajo son las ocurridas en la fase precontractual y que tienen como consecuencia directa la estipulación de un contrato que, de otra manera, el consumidor no hubiera estipulado o que hubiera estipulado en condiciones distintas.

II. La Directiva sobre «prácticas comerciales abusivas» y el principio de *full harmonisation*

La Directiva 2005/29/CE¹ ha consagrado en el Derecho europeo la prohibición para los empresarios de recurrir a «prácticas comerciales desleales» que afectan a los intereses económicos de los consumidores.

Calificada con elocuencia como el instrumento más completo y potente adoptado por la Unión Europea en el ámbito del Derecho de los consumidores², en efecto se trata de un acto comunitario de especial relevancia, porque ha sido el primero en prever una noción tan amplia y general como la de «práctica desleal»³ y en introducir una obligación —aunque debatida y discutida ya sea a la hora de aprobar el texto normativo ya sea por la doctrina⁴— de alcance tan amplio para el comerciante como la de actuar conforme a la buena fe en las relaciones con los consumidores y en todas las fases de la relación con estos⁵.

¹ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 mayo de 2015.

² Mateja Durovic, «The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices», *European Review of Private Law*, n.º 5 (2015): 715-16.

³ Que, como es sabido, se define en la propia Directiva como todos aquellos comportamientos (actos, omisiones, conductas o manifestaciones, o comunicaciones comerciales, incluidas la publicidad y la comercialización) de un comerciante que sean contrarios a los requisitos de la diligencia profesional y que distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores en el mercado (cfr. arts. 2, let. d) y 5(2) de la Directiva 2005/29/CE).

⁴ Hugh Collins, «Harmonization by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices», *The Modern Law Review* 73, n.º 1 (2010): 93; unos Estados Miembros, como el Reino Unido, de hecho, albergaron dudas, que llevaron a un debate sobre el tema, sobre la nocividad de una cláusula general tan amplia y por esto de sentido tan vago.

⁵ De hecho, es sabido que las disposiciones de la Directiva se aplican solo a los llamados contratos B2C. La prohibición general de prácticas desleales no se aplica en cambio —en la intención del legislador europeo— a los contratos B2B (si bien Alemania y Austria hubieran manifestado serias dudas justo sobre este punto; v. Hans-W. Micklitz, «Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising», en *European Consumer Law*, ed. por Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, Peter Rott y Klaus Tonner (Cambridge: Intersentia, 2014), 79). No obstante, hay Estados Miembros que han extendido esta disciplina también a los contratos B2b, es decir a los contratos entre profesionales en los que uno de los dos se encuentra en posición de ventaja, porque económicamente y estructuralmente más fuerte (en este sentido, v. art. 19, *comma* 1 del *Codice del Consumo* italiano, d.lgs. 6 septiembre de 2005, n. 206).

Como es sabido, la legislación introduce un sistema de control «piramidal», por el cual una conducta del comerciante —antes, durante o después de la estipulación de un contrato— para poder considerarse leal y, por lo tanto, lícita, se someterá a un triple control. En primer lugar, se confrontará con las treinta y una prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia, contempladas en la *Black list* del Anexo I de la Directiva. En segundo lugar, si no encaja con éstas, se comparará con las disposiciones sobre las dos principales prácticas desleales (prácticas engañosas y prácticas agresivas). Finalmente, si aún este segundo control diera éxito negativo, se examinaría sobre la base de la cláusula general de deslealtad del artículo 5.

Esta Directiva ha sido adoptada con una doble finalidad, expresamente especificada en el art. 1 de la misma: contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un nivel elevado de protección de los consumidores. La regulación de las prácticas comerciales desleales, antes de la introducción de esta normativa, quedaba muy fragmentada bajo un análisis comparado con los Derechos nacionales y esto contribuía, por una parte, a disminuir la confianza de los consumidores en las operaciones económicas, especialmente con carácter transnacional; y, por otra, a incrementar las costas para las empresas que hubieran querido operar en este ámbito, dada la incertidumbre sobre las disposiciones nacionales que se podían aplicar a sus políticas económicas⁶. En definitiva, el acto en cuestión tiene como finalidad la adecuada protección de los consumidores, que puede suscitar en ellos más confianza en el mercado europeo y simplificar la actividad de las empresas, reduciendo la incertidumbre normativa en la que quedaban obligadas a actuar. Se quería favorecer, de esta manera, el desarrollo del mercado único y el incremento de las operaciones comerciales en su interior⁷.

El instrumento que ha sido elegido por el legislador comunitario para alcanzar este objetivo ha sido la llamada armonización plena (*full harmonisation*) de las leyes nacionales sobre prácticas desleales, es decir, los Estados Miembros deben respetar el estándar de tutela indicado por la Directiva, ya que no pueden adoptar regulaciones que aporten a los consumidores un nivel de protección mayor —o menor— de lo establecido y tienen que eliminar las regulaciones preexistentes que contrasten con este⁸.

⁶ Cfr. Considerando (2), (3), (4), (5) de la Directiva.

⁷ Micklitz, «Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising», 77.

⁸ Esta suposición fue confirmada da la misma jurisprudencia de la CJE. V., especialmente, Corte just., asuntos acumulados C-261/07, TB-NAB NV contra Total Belgium y C-299/07, Galatea BVBA contra SonomaMagazines BelgiumNV, de 23 abril de 2009, accesibles online en www.curia.eu.

Sin profundizar en el tema, nos limitaremos a observar cómo al principio el recurso de *full harmonisation* en esta normativa fue un punto tan debatido como innovador⁹ en el *acquis* comunitario sobre Derecho de consumidores y marcó una nueva tendencia en la legislación europea, auspiciada y perseguida por la misma Comisión¹⁰.

1. *Full harmonisation* y acciones individuales

El principio de armonización plena de la disciplina de prácticas desleales, sin embargo, incluye excepciones. En primer lugar, los Estados Miembros pueden imponer requisitos más exigentes o más restrictivos que los previstos en la Directiva por lo que respecta a los servicios financieros y a los bienes inmuebles¹¹.

Igualmente, no queda armonizado en manera plena el llamado *private enforcement*, esto es el Derecho privado de los Estados Miembros relacionado con las acciones individuales aseguradas a los consumidores que hayan sido víctimas de prácticas comerciales desleales y que, bajo el amparo de estas prácticas, hayan concluido una operación comercial. De hecho, en este sentido la legislación europea guarda silencio. El artículo 3(2) de la Directiva se limita a establecer cómo ésta se entiende «sin perjuicio del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos».

Según lo previsto en esta norma, no hay obligación para los Estados Miembros —a la hora de trasponer la Directiva— de proporcionar a los consumidores víctimas de prácticas abusivas acciones privatistas, en particular con la finalidad de invalidar el contrato resultante; y tampoco las normas europeas sobre prácticas desleales deberían tener, en la intención del legislador europeo, repercusiones directas sobre el Derecho privado nacional¹².

⁹ Thomas Wilhelmsson, «Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: The Cultural And Social Dimensions», *Osgoode Hall Law Journal* 44, n.º 3 (2006): 477.

¹⁰ Wilhelmsson, «Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: The Cultural And Social Dimensions», 477.

¹¹ V. art. 3(9) Directiva 2005/29/CE.

¹² Cfr. sobre el tema Marios Koutsias y Chris Willet, «Uk implementation of the Unfair Commercial Practices Directive», en *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, ed. por Willem van Boom, Amandine Garde y Orkun Akseli (Surrey: Ashgate, 2014): 30; Marios Koutsias y Chris Willet, «The Unfair Commercial Practices Directive in the UK», *Erasmus Law Review*, n.º 5, (2012): 244; v. también Nadia Zorzi Galgano, «Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta», *Contratto e Impresa*, n.º 4-5 (2011): 922.

El estudio realizado permite deducir que se quiso realizar una estricta separación entre la disciplina de las prácticas desleales y el Derecho privado de los Estados Miembros¹³, todo esto con la finalidad de respetar las distinciones existentes en el ámbito del Derecho nacional de los distintos Estados¹⁴.

Al mismo tiempo, sin embargo, esta disposición ha dado lugar a incertidumbre sobre el impacto de la nueva disciplina de las prácticas desleales en el Derecho privado —y en particular en el Derecho contractual— de los Estados Miembros, lo que llevó a la doctrina a definirla como el verdadero «talón de Aquiles» del proyecto de armonización del Derecho europeo sobre *unfair marketing practices*¹⁵.

Aunque con las debidas diferencias, que aquí no se quieren negar y que por la misma naturaleza de la Unión Europea no pueden desaparecer¹⁶ (también como resultado de las distintas formas con las que los Estados han traspuesto la Directiva en los ordenamientos nacionales¹⁷), tanto la disciplina general de las prácticas abusivas como las acciones del llamado *public enforcement* quedan bastante armonizadas. Como cabía esperar, la disciplina de las acciones civiles para los contratos viciados por prácticas desleales queda, en cambio, profundamente fragmentada. A Estados que no han introducido acciones específicas de carácter individual para la violación de esta normativa —y que así han dejado la cuestión a la regulación de las normas generales de contratos o de las leyes nacionales de consumidores— se contraponen Estados que sí lo han hecho. Sin embargo, también entre estos últimos, como se verá a continuación, se pueden notar diferencias muy grandes a la hora de elegir la acción adoptada para garantizar protección a los consumidores.

Un análisis rápido de estas normativas facilitará al lector obtener un marco claro del fenómeno.

¹³ Durovic, «The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices», 716.

¹⁴ Stephen Weatherill, *EU Consumer Law and Policy* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013), 246.

¹⁵ Collins, «Harmonization by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices», 93.

¹⁶ Sobre las necesarias diferencias en el ámbito de derecho europeo, debido a las diferencias culturales y de los tejidos sociales, v. el ya citado Wilhelmsson, «Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: The Cultural And Social Dimensions», 461-500.

¹⁷ Cfr. a este respecto: Civic Consulting, *Study on the application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices in the EU, Part 2 – Country Reports, Synthesis report to the European Commission, Final Report*, 22 diciembre de 2011, http://www.civic-consulting.de/reports/hucpd_study_country_reports.pdf.

1.1. Estados Miembros que no han adoptado acciones individuales. El caso italiano

A pesar de las diferencias, que ya se han mencionado, la mayoría de los Estados Miembros no ha introducido acciones individuales a disposición de los consumidores víctimas de prácticas desleales¹⁸. En estos Estados no se introdujo legislativamente una nueva acción, ni se eximieron acciones ya existentes que tuvieran el alcance de invalidar total o parcialmente el contrato «viciado» por una práctica desleal o que proporcionaran al consumidor víctima de esta práctica la indemnización por los daños consecuentes.

Por lo tanto, no se quiso crear una yuxtaposición entre la disciplina de las prácticas desleales y el derecho privado nacional, dado que el comportamiento desleal del empresario no tiene en sí mismo efectos directos sobre la validez o eficacia del contrato¹⁹.

Sin embargo, ya de los primeros comentarios a la Directiva 2005/29/CE emergía la asonancia en el ámbito contractual entre los nuevos conceptos introducidos por la legislación europea y los de tradición codificadora sobre los vicios del consentimiento²⁰. En estos ordenamientos, no se le habría dejado sin tutela al consumidor, sino que una práctica desleal hubiera viciado la elección del consumidor, de tal modo que, cumplidos los requisitos, habría podido actuar para obtener la invalidez del acto negocial.

Quedaba al mismo tiempo claro que no siempre la disciplina de vicios del consentimiento habría podido ser de fácil acceso para el consumidor²¹, porque el Derecho comunitario y el Derecho codificado —en el que, como

¹⁸ V. otra vez Civic Consulting, *Study on the application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices in the EU*.

¹⁹ V. Simon Whittaker, «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws», en *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, ed. por Stephen Weatherill y Ulf Bernitz (Oxford: Hart Publishing, 2007), 151-154.

²⁰ V., sobre todos, Collins, «The Unfair Commercial Practices Directive», 425-427.

²¹ Como se observará en la continuación del trabajo, esta dificultad de interacción entre disciplinas ha sido particularmente observada en el ordenamiento anglosajón, debido a la considerable dificultad para los consumidores a la hora de recurrir a los conceptos tradicionales de «*misrepresentation*», «*duress*» e «*undue influence*». Todo esto llevó al legislador inglés, en 2014, a modificar el acto de transposición de la Directiva, introduciendo una nueva acción individual a disposición del consumidor víctima de prácticas abusivas. Sobre este tema, antes de la introducción de la acción individual, v. Koutsias y Willet, «UK implementation of the Unfair Commercial Practices Directive», 21-22 y en particular 32-39; Geraint Howells, «Unfair Commercial Practices – Future Directions», en *European Private Law*, ed. por Renier Schulze y Hans Schulte-Nölke (Munich: Sellier 2011), 137; Bert Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law* (Oxford-Portland: Hart Publishing 2011): 468-469; Collins, «Harmonization by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices», 113-117.

es sabido, se encuentra el tema de los vicios del consentimiento— tienen matices muy diferentes²²; de hecho, estos últimos toman en consideración una relación contractual en la que las partes se encuentran en una situación de paridad substancial, lo que en los llamados contratos B2C no existe.

La doctrina europea, tras constatar la insuficiencia de los conceptos tradicionales de «vicios de consentimiento» ya existentes en los ordenamientos nacionales, planteó entonces la posibilidad —por los tribunales— de desarrollar estos conceptos, es decir, su extensión más allá de su alcance clásico, lo que habría asegurado una tutela más efectiva para el consumidor²³.

A este propósito nos parece especialmente ilustrativo el caso italiano. Conforme a lo expuesto, también en Italia, con ocasión de los primeros comentarios de la Directiva 2005/29/CE, se observó la asonancia entre la disciplina de las prácticas comerciales abusivas y la de los «*vizi del consenso*», y de manera particular con el «*dolo*» y la «*violenza*»²⁴. Quedaba pues en evidencia que estas disciplinas habrían sido destinadas a interactuar entre ellas o que, de cualquier modo, la nueva normativa introducida por la Directiva habría llevado, de todos modos, a una invalidez o ineficacia del contrato como resultado de una voluntad no totalmente libre y/o informada del consumidor²⁵.

Después de la transposición en el ordenamiento jurídico italiano de la Directiva 2005/29/CE, en el *Codice del Consumo* (Cod. Cons.) no quedaba previsto ninguna acción individual privatista para los consumidores víctimas de prácticas comerciales desleales²⁶. De hecho, el legislador italiano se

²² A este respecto, cfr. Aurelio Gentili, «Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica», *Rivista di diritto privato*, n.º 3 (2010): 45-48.

²³ En ámbito internacional v. aún, Collins, «The Unfair Commercial Practices Directive», 424; para una perspectiva del derecho contractual europeo, con particular enfoque en derecho francés, v. Simon Whittaker, «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws», 139; para la perspectiva de *common law* v. Collins, «Harmonization by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices», 114;

²⁴ En este sentido v. Mario Nuzzo, «Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?», en *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, ed. por Enrico Minervini y Liliana Rossi Carleo (Milano: Giuffrè 2007), 235-243.

²⁵ Plantea un posible recurso al desistimiento por el legislador italiano, análogamente a los contratos negociados a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles, Liliana Rossi Carleo, «Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali scorrette», en *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, ed. por Enrico Minervini y Liliana Rossi Carleo (Milano: Giuffrè 2007), 1-23, especialmente 23.

En cambio, planteaba una compatibilidad de la nueva disciplina comunitaria con la «*nullità di protezione*» Aurelio Gentili, «Codice del consumo ed *esprit de géométrie*», *I contratti*, (2006): 159-174.

²⁶ Cfr. art. 19, *comma 2*, lect. *a*) Cod. Cons.

había simplemente limitado —de manera cuestionable— a referirse servilmente al art. 3(2) de la Directiva²⁷.

Incluso después de la transposición, se continuó planteando la necesidad de una interacción entre la anulabilidad por vicios del consentimiento y la nueva normativa dictada por los arts. 18 ss. Cod. Cons. Sin embargo, al mismo tiempo se observaba cómo el alcance de las acciones previstas en el *Codice Civile* no cubría completamente los nuevos casos previstos en la Directiva, ni tampoco respondían a la misma *ratio*²⁸. De esta manera, habría sido posible que en unos casos —tampoco muy raros— la acción de anulabilidad hubiera sido inaccesible para el consumidor que hubiera concluido un contrato al amparo de una práctica desleal, por no cumplirse la plenitud de los requisitos exigidos por la ley italiana para esta acción.

Si, por un lado, en jurisprudencia hay una ausencia casi total de pronunciamientos sobre el tema, por otro la doctrina italiana²⁹ ha planteado en di-

²⁷ La Directiva 2005/29/CE fue transpuesta en el ordenamiento jurídico italiano por el d.lgs. 2 agosto de 2007, n. 146, que, como ya se ha dicho, ha modificado los artículos 18 ss. del *Codice dei Consumatori*. Sobre la transposición de la Directiva en el ordenamiento italiano, v., entre otros, Giovanni De Cristofaro (ed.), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo* (Torino: Giappichelli, 2008).

²⁸ En particular v. Carlo Granelli, «Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo», *Obbligazioni e contratti*, n.º 10 (2007): 776-784; Gentili, «Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica», 248.

²⁹ No es este el lugar para recapitular de manera exhaustiva el debate que tuvo lugar en la doctrina italiana. El principal punto controvertido ha sido la posibilidad de recurrir a acciones contractuales para la estipulación de un contrato al amparo de prácticas desleales, aunque no fueran previstas expresamente por el legislador. La doctrina que se oponía a esta posición, consideraba en cambio solo posible para el consumidor obtener una indemnización para los daños y perjuicios; para una síntesis del debate v. Zorzi Galgano, «Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta», 926-952. Para bibliografía sobre el tema, en óptica italiana, además de los ya citados, v. entre otros (a parir de los más recientes) Alfredo Belisario, «Pratiche commerciali aggressive», en *Diritto privato ed interessi pubblici. Scritti in onore del Prof. L.V. Moscarini*, ed. por Nicola Corbo, Mario Nuzzo y Francesco Ricci (Roma: Aracne, 2016), 810-824; Francesco Longobucco, «I rimedi civilistici e le pratiche commerciali scorrette», en *Il risarcimento del danno al consumatore*, ed. por Paolo Cendon y Cristina Poncibò (Milano: Giuffrè, 2014), 409-424; Alessia Fachechi, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali* (Napoli: Editoriale Scientifica Italiana, 2012); Carmelita Camadi, «Pratiche commerciali scorrette e invalidità», *Obbligazioni e contratti*, n.º 6 (2010): 408-419; Maria Rosaria Maugeri, «Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali», *Nuova giurisprudenza civile commentata*, (2008): 1671-1685. Sobre la posibilidad de utilizzo de acciones contractuales, como consecuencia de la violación del deber de buena fe, Francesco Ricci, «Buona fede e rimedi», *Contratto e impresa/Europa* (2013): 632-647; para el caso específico de prácticas desleales, se me permita señalar Donato Maria Matera, «Le pratiche commerciali scorrette e il sistema dei rimedi», en *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, ed. por Francesco Ricci (Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018).

ferentes ocasiones una posible extensión de los conceptos tradicionales relacionados con la anulabilidad del contrato (o en general con la invalidez del mismo), para llegar a facilitar al consumidor y garantizarle una acción individual eficiente contra una elección «*irrazionale*» causada por el comportamiento desleal del empresario³⁰. Si no fuera así, se correría el riesgo de llegar a consecuencias injustas, manteniendo vivo un contrato que el consumidor no quiso —en todo o en parte— y denegándole una tutela adecuada³¹.

El ejemplo italiano puede ser útil para observar cómo, aunque la normativa sobre prácticas abusivas no tenga la finalidad de afectar directamente al Derecho privado de los Estados Miembros, de hecho es inevitable que ésta no tenga repercusiones en la materia. Si bien la mayoría de los Estados europeos no ha introducido acciones individuales específicas para la violación de la prohibición de prácticas desleales, es previsible —si es que este proceso todavía no se ha terminado— que la *praxis* de los tribunales o los estudios de la doctrina lleven a una extensión o superación de los conceptos tradicionales o, como se explica a continuación, que se introduzcan acciones específicas contra la violación de las normas impuestas por la Directiva.

1.2. Estados Miembros que adoptaron acciones individuales para los consumidores

Una minoría de Estados —a los que en 2014 se sumó Inglaterra— en la transposición de la Directiva, en cambio, previeron acciones individuales específicas para el consumidor víctima de prácticas abusivas. Los legisladores nacionales adoptaron soluciones muy distintas entre ellas: en unos casos, de hecho, la consecuencia de una práctica desleal es la invalidez del contrato resultante (o de parte de éste); en otros, su ineficacia *ex post*.

Luxemburgo, por ejemplo, reconoce al consumidor el derecho de solicitar la nulidad del contrato estipulado bajo el amparo de prácticas desleales —o sólo de las cláusulas resultantes de estas prácticas—, con la particularidad de que dicha nulidad sólo puede invocarse por el propio consumidor³².

En Polonia, sin embargo, se contempla la posibilidad de actuar contra el comerciante para solicitar la ineficacia («*cancelation*») del contrato. Sin

³⁰ Gentili, «Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica», 61-63. El mismo Autor precisa que se entiende «*scelta irrazionale*» aquella elección que no sea libera e informada, v. Aurelio Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, vol. II, (Torino: Giappichelli, 2015), 511.

³¹ Se me permita otra referencia a Matera, «Le pratiche commerciali scorrette e il sistema dei rimedi», § 2.

³² Artículo L. 122-8 (2), del *Code de la Consommation* de Luxemburgo.

embargo, se ha observado que, especialmente debido a factores económicos y sociales (entre estos, principalmente, la ausencia de conocimiento sobre la existencia de dicha acción, la escasa actitud de los consumidores polacos a recurrir individualmente contra los empresarios y la falta de recursos económicos para ejercitar las acciones), este derecho aún no se ha utilizado ampliamente, sino que sigue siendo una acción prevista en la legislación, sin ninguna efectividad³³.

También en Francia se ha introducido una acción contractual en las normas de transposición de la Directiva con algunas peculiaridades. En el ordenamiento jurídico francés, se plantea un marco de acciones contractuales individuales a consecuencia de prácticas abusivas con un régimen un tanto particular: si en la estipulación de un contrato con un consumidor el empresario ha utilizado una práctica agresiva, el negocio resultante es nulo³⁴. Si, en cambio, la práctica utilizada por el empresario es engañosa o no encaja ni con los casos de prácticas agresivas ni con aquellos de prácticas engañosas, se considera desleal sobre la base del art. 5 de la Directiva 2005/29/CE. En este último caso, si el consumidor quisiera invalidar el contrato o remover sus efectos, dispone de las acciones generales derivadas del contrato (en particular, las relacionadas con el dolo) o de acciones específicas que resulten de disposiciones concretas aplicables al caso.

Suscitan particular atención las soluciones adoptadas por los ordenamientos inglés y belga.

A la hora de transponer la Directiva 2005/29/CE³⁵, Inglaterra no había incluido en la normativa ninguna acción individual específica para la violación de la prohibición de prácticas abusivas. En cambio, con la *Consumer Protection (Amendment) Regulation*³⁶ (CPAR) de 2014, dada la inaccesibilidad de las normas precedentes, prácticamente incomprensibles para los simples consumidores³⁷, se atribuyó a estos un triple sistema de acciones. Dicho sistema incluye la posibilidad de rescindir el contrato

³³ Monika Namysłowska, «To B2C or not to B2C. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective», *JCP* 36 (2013): 329-342.

³⁴ Artículo 1. 132-10 *Code de la Consommation* francés. Esta norma prevé que el contrato estipulado bajo el amparo de una práctica comercial agresiva «*est nul et de nul effet*». De esta manera se extiende el alcance de la acción de nulidad del contrato, pero solo para aquellos contratos viciados por prácticas agresivas.

³⁵ Transpuesta con le *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations* de 2008, 2008/SI/1277.

³⁶ 2014/SI/870 en <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/870/contents/made>.

³⁷ Law Commission and Scottish Law Commission, *Consumer Redress for Misleading and Aggressive Practices* (Law Com N.º 332, 2012 / Scot Law Com N.º 226, 2012), 23 y siguientes; v. Zofia Bednarz, «Acciones individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales: perspectiva del derecho europeo comparado», en *laleydigital.es*, § III.1.A.

(«*right to unwind*»), como alternativa a la reducción del precio («*right to a discount*») y, en todo caso, a la indemnización de los daños sufridos por la práctica³⁸.

Sin embargo, estas acciones solo se pueden ejercitar bajo determinadas condiciones. En primer lugar, el consumidor puede rescindir el contrato solo si la práctica prohibida es efectivamente un elemento fundamental en su toma de decisión, circunstancia que el mismo consumidor debe probar. El derecho a rescindir el contrato (*right to unwind*), además, se puede ejercitar solo dentro del límite de 90 días desde la conclusión del contrato, comunicando al comerciante la voluntad de devolver el producto, siempre que este siga siendo restituible. El método de cálculo para obtener una reducción del precio (*discount*) es altamente complejo y de todos modos queda sometido a una evaluación sobre la «gravedad» del comportamiento del comerciante, realizada por el juez. Ahora bien, debe observarse cómo también en este caso la introducción de una acción específica para los consumidores perjudicados por una práctica comercial no ha tenido un impacto notable sobre la tutela efectiva de los consumidores³⁹. El *Consumer Redress for Misleading and Aggressive Practices* (el estudio realizado por la *Law Commission*), al evaluar el posible impacto de la propuesta de modificación —que luego habría entrado en vigencia— inicialmente había estimado un crecimiento anual de las posibles acciones individuales entre 1000 y 5000 demandas adicionales al año. Sin embargo, desde la introducción del CPAR en 2014 hasta 2017, el número de demandas no excede las cien⁴⁰.

Una acción *sui generis*, finalmente, fue introducida por el legislador belga⁴¹. La acción prevista por Bélgica, de hecho, proporciona al consumidor inducido a estipular un contrato al amparo de una práctica desleal la posibilidad de solicitar el reembolso de la cantidad pagada como contraprestación, pero sin la obligación de devolver el bien⁴². La normativa belga prevé

³⁸ V. *Statutory Instruments* 2014, n. 870, *The Consumer Protection (Amendment) Regulations, New Part 4A, Sections of 27A hasta 27L*, en <http://www.legislation.gov.uk/uk/si/2014/870/made>.

³⁹ Bednarz, «Acciones individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales: perspectiva del derecho europeo comparador», § III.3.

⁴⁰ En este sentido el estudio de Christine Riefa y Séverine Santier, «Unfair Commercial Practices Directive: remedying economic torts?», en *Research Handbook on EU Tort Law*, ed. por Paula Giliker (Cheltenham-Northampton: Edward Elgar, 2017), 314-315.

⁴¹ Sobre la acción que se elige en Bélgica y sobre su efectividad, v. Reinhard Steennot, «The Belgian Civil Remedy in Case of an Unfair Commercial Practice Towards a Consumer: an effective, proportionate and dissuasive sanction?», *Business and Economics Series*, n.º 2 (2012): 17-23.

⁴² Art. 41, *Loi 6 aprile 2010, Loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur* (AMPC) en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/be/be102fr.pdf>.

que esta acción se aplique de manera distinta, dependiendo de los presupuestos. En seis casos expresamente previstos, la reclamación se puede ejercitar directamente frente al comerciante, sin necesidad de acudir a la vía judicial: el consumidor solo debe, en un plazo temporal razonable, solicitar el reembolso correspondiente. Si este se niega a realizar el reembolso voluntariamente, el consumidor puede acudir a los tribunales para obtener aquél. Si se comprueba que la práctica de la que es víctima el consumidor se encuentra en los seis casos para los que se prevé la aplicación automática, el tribunal simplemente debe limitarse a aplicar la norma sin ningún margen de discreción⁴³.

Es diferente el caso en el que una práctica con la cual se le ha inducido al consumidor a estipular un contrato no da lugar a la aplicación automática de la normativa. En estos casos, el tribunal tiene margen para decidir, dependiendo de los casos, si admite íntegramente o parcialmente la reclamación —p.ej. reduciendo el precio del bien o del servicio⁴⁴— o si la rechaza. Según lo previsto en el art. 41 AMPC, el juez, al tomar esta decisión, deberá evaluar la gravedad de la infracción, la medida en que el comportamiento económico del consumidor se ha visto influenciado por la práctica incorrecta, las consecuencias económicas para el consumidor, la proporcionalidad de la reclamación en relación con la infracción y el daño sufrido por el consumidor.

⁴³ En particular, las prácticas abusivas mencionadas por el art. 41 AMPC —que se han sacado de las previstas en el listado del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE— son: *a*) hacer afirmaciones materialmente inexactas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor o de su familia el hecho de que el consumidor no compre el producto; *b*) alegar que los productos pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar; *c*) proclamar falsamente que un producto puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones; *d*) crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato; *e*) realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando las peticiones de éste de que el comerciante abandone su casa o no vuelva a personarse en ella; *f*) crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad: no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto. A este propósito, se expresaron perplejidades sobre la posibilidad de aplicar directamente la acción solo en estos casos; v. Steennot, «The Belgian Civil Remedy in Case of an Unfair Commercial Practice Towards a Consumer: an effective, proportionate and dissuasive sanction?», 18-19.

⁴⁴ Steennot, «The Belgian Civil Remedy in Case of an Unfair Commercial Practice Towards a Consumer: an effective, proportionate and dissuasive sanction?», 19.

Conviene subrayar, que el nexo causal deberá ser — al amparo de la ley belga— en todo caso probado por el consumidor⁴⁵.

Incluso en el caso de Bélgica, que al menos a primera vista parece haber atribuido al consumidor una acción individual contra las prácticas desleales muy eficaz y exigente para el profesional⁴⁶, se ha puesto en evidencia cómo el efectivo alcance de esta acción es en realidad profundamente limitado⁴⁷. Las costas procesales (que frecuentemente no están justificadas por el escaso valor de las controversias que afectan a los consumidores), las dificultades probatorias, la excesiva discrecionalidad dejada a los tribunales, la ignorancia sobre la misma existencia de este instrumento — que no ha sido a día de hoy divulgado de manera suficiente por las Asociaciones de Consumidores belgas— han hecho prácticamente inefectiva esta acción particular, que de momento no está contribuyendo a la actuación de la legislación europea sobre prácticas desleales.

III. Efectividad de la tutela y necesidad de *full harmonisation* en las acciones civiles contra las prácticas desleales: el recurso al sistema del derecho contractual europeo

El análisis comparativo que se acaba de realizar — a pesar de no ser exhaustivo— parece llevar a dos conclusiones. La primera, que ya era previsible después de la adopción de la Directiva 2005/29/CE, es que no parece haber armonización en el derecho de los Estados miembros sobre acciones individuales para la tutela de los consumidores que hayan estipulado un contrato al amparo de una práctica abusiva. Probablemente, ello se debe a que el legislador europeo quiso evitar que la técnica de *full harmonisation* se aplicara también al Derecho privado, de manera particular al Derecho contractual⁴⁸.

⁴⁵ Steennot, «The Belgian Civil Remedy in Case of an Unfair Commercial Practice Towards a Consumer: an effective, proportionate and dissuasive sanction?», 20.

⁴⁶ Giovanni De Cristofaro, «L'attuazione dell Direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali», en *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, ed. por De Cristofaro, 61.

⁴⁷ Steennot, «The Belgian Civil Remedy in Case of an Unfair Commercial Practice Towards a Consumer: an effective, proportionate and dissuasive sanction?», 21-22.

⁴⁸ V. Bednarz, «Acciones individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales: perspectiva del derecho europeo comparador», § I; en este sentido v. también Whittaker, «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws», 140-141.

La segunda es la consecuente falta de efectividad del sistema de acciones, que, además de estar fragmentado, no garantiza una protección adecuada al consumidor.

Esto se puede constatar en los Estados que no han introducido acciones de Derecho privado específicas para el consumidor, en los que, como ya se ha explicado, este mantiene a su disposición los instrumentos «tradicionales» (como la anulabilidad para vicios del consentimiento). En dichos casos podría haber conductas de empresarios que no encajan con las definiciones de «dolo» o «violencia» o que no llevan a la nulidad del contrato, pero que, no obstante, han inducido a la contraparte a tomar una decisión de naturaleza comercial que de otra forma no se hubiera tomado, convirtiendo en irracional la elección de la parte débil de la relación⁴⁹. En estas hipótesis la posible solución para el consumidor sería demandar la indemnización de los daños fundados sobre la base de responsabilidad precontractual. Sin embargo, muchas veces sería una acción menos ágil, comparada con las acciones contractuales, y que, de todos modos, tendría el efecto de mantenerlo vinculado a un contrato que no quería en absoluto y que concluyó solo como consecuencia de un comportamiento que el ordenamiento jurídico expresamente prohíbe.

Una falta de armonización similar existe también en los Estados Miembros que, por el contrario, introdujeron acciones contractuales específicas para la violación de prácticas abusivas. De hecho, se puede observar en el análisis que se acaba de realizar que: i) todos los Estados que adoptaron esta acción han elegido soluciones distintas (aunque orientadas hacia el mismo resultado, es decir, a la ineficacia del contrato viciado por prácticas abusivas); ii) las acciones previstas, en la mayoría de los casos, carecen de efectividad, son poco utilizadas o, de todas formas, son difícilmente accesibles para los consumidores, que muchas veces tampoco conocen su existencia.

La falta de armonización y de efectividad sobre la acción individual de la que dispone el consumidor que ha concluido un contrato bajo la influencia de una práctica desleal conlleva el riesgo de incumplir con los objetivos a los que expresamente aspiraba la normativa europea sobre prácticas desleales: incrementar la certidumbre jurídica y reducir la fragmentación en este ámbito normativo para aumentar la confianza de los consumidores en el mercado interior, por un lado, y para reducir las costas para las empresas, por el otro, con la finalidad de desarrollar el mercado único europeo.

⁴⁹ Gentili, «Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica», 61-64.

La ausencia de acciones individuales para eliminar las consecuencias desfavorables de un acuerdo conseguido por un comportamiento desleal de la contraparte, impide que el consumidor perciba la utilidad de esta nueva normativa⁵⁰, y en consecuencia, no crecerá la confianza en el mercado, especialmente para las operaciones transfronterizas.

Un discurso en parte parecido puede hacerse para los empresarios. Como puede observarse⁵¹, a la luz de la normativa actual puede suceder que el consumidor, tenga a su disposición en su propio ordenamiento acciones para obtener, por ejemplo, la invalidez o la ineficacia del contrato viciado o para daños punitivos, que en cambio en el Estado del empresario quedan excluidos. Esto, se puede observar, lleva al aumento de los costes para las empresas que quieran efectuar ventas y promociones transnacionales y aumenta la desconfianza de los mismos comerciantes, que no quedan estimulados a ejercitar su actividad fuera de los confines nacionales.

Una consecuencia obvia de estas premisas es el fracaso de los objetivos de la Directiva 2005/29/CE y la falta de crecimiento del mercado interior, que sigue fragmentado⁵².

En este contexto se inscribe la Resolución del 13 enero de 2009 del Parlamento Europeo,⁵³ que invita a la Comisión a retornar sobre el tema de la armonización del Derecho privado en relación con las prácticas abusivas. Del mismo modo, el reciente estudio de la Comisión sobre el impacto de la normativa de prácticas desleales⁵⁴ muestra cómo los Estados Miem-

⁵⁰ V. sobre este aspecto Luis González Vaqué, «La Directiva UE sobre las prácticas comerciales desleales: una cosa es predicar y otra dar trigo...», *La Ley Digital* (2013): § V.2.

⁵¹ Collins, «Harmonization by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices», 116-117.

⁵² Bednarz, «Acciones individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales: perspectiva del derecho europeo comparador», § II.2; Koutsias y Willet, «Uk implementation of the Unfair Commercial Practices Directive», 32; Collins, «Harmonization by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices», 116.

⁵³ Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de enero de 2009, sobre la transposición, aplicación y ejecución de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (2008/2114 (INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0008+0+DOC+XML+V0//IT>.

⁵⁴ Commission Staff Working Document, *Report of the Fitness Check on Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive')*; [...] SWD(2017) 209 final, 92-93.

bros acogerían con favor la introducción de acciones contractuales específicas para los consumidores víctimas de prácticas abusivas⁵⁵. Estas acciones garantizarían aquella efectividad de tutela que actualmente no se logra y que se menciona no solo en la Directiva, sino también en otros actos de la Unión Europea⁵⁶.

Un sistema de acciones individuales contra prácticas abusivas armonizado y efectivo, en definitiva, parece necesario. A este respecto, sin embargo, parece oportuno verificar si dicha falta de armonización y efectividad no se puede compensar recurriendo al ordenamiento jurídico europeo: a las normas ya vigentes en él y, donde estas no sean aplicables, a sus principios.

De hecho, la normativa vigente europea en protección de consumidores (*acquis*) incorpora algunos instrumentos que pueden ofrecer una tutela efectiva y armonizada a las víctimas de prácticas abusivas. Cabe entonces verificar, a la luz de una consideración sistemática del ordenamiento europeo, si existe realmente esta falta de acciones en el ámbito de prácticas desleales —como tradicionalmente parece pensarse— o si, al contrario, se pueden encontrar instrumentos a disposición de los consumidores efectivos y armonizados.

IV. Directivas europeas en tema de consumidores e interacción con la disciplina de prácticas desleales

Esta reflexión, como se acaba de explicar, tiene como objetivo identificar eventuales acciones ya existentes en el sistema europeo, que puedan tutelar a los consumidores víctimas de prácticas abusivas. En este contexto, ciertamente, juegan un papel central las Directivas que forman el *acquis communautaire* del Derecho de consumidores. Aunque no regulan directamente la materia de prácticas desleales, como se tendrá ocasión de precisar,

⁵⁵ En particular, los resultados de la consultación *online* muestran como el 95% de las asociaciones de consumidores, el 75% de los *consumer respondent* y el 75% de las Autoridades Públicas sean favorables a esta solución.

⁵⁶ Aún en el ámbito de prácticas abusivas, a partir de la concretización del principio de efectividad, como se obtiene del art. 47 de la *Charter* e del art. 19(1)2 TEU, se ha hablado de «*Constitutionalization of Remedies*», llegando a afirmar la necesidad que el consumidor disponga de medios adecuados para liberarse de todos los «*disadvantageous contractual consequences*». V. sobre el tema Hans-W. Micklitz, «A Common Approach to the Enforcement of Unfair Commercial Practices and Unfair Contracts Terms», en *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, ed. por Willem van Boom, Amandine Garde y Orkun Akseli (Surrey: Ashgate, 2014), 192-194.

frecuentemente encajan con esta, proporcionando indirectamente a los consumidores acciones contractuales en los casos en que hayan concluido un negocio al amparo de comportamientos desleales de los empresarios y que, como se ha explicado, pueden representar la tutela actualmente más eficaz a disposición de los mismos consumidores⁵⁷.

Las Directivas específicas prevén acciones individuales para los consumidores para cada una de las situaciones comprendidas en su ámbito de aplicación, alcanzando a menudo el objetivo de dar una tutela efectiva al consumidor.

Permaneciendo fieles al objeto de estudio de este trabajo, procederemos a analizar la interacción entre algunas de estas Directivas (las más relevantes) y la que ahora nos ocupa, centrando nuestra atención de manera particular en las acciones contractuales que aquellas contemplan.

1. *La Directiva 93/13/EC sobre cláusulas abusivas e invalidez de las cláusulas*

Se ha destacado repetidamente, tanto en la jurisprudencia europea como en la doctrina, que, aunque no hay una correlación absoluta⁵⁸, las disciplinas relativas a las cláusulas abusivas de la Directiva de 93/13/EC y sobre prácticas desleales (que entre otras cosas en la versión inglesa se califican ambas como *unfair*) están estrechamente vinculadas.

De hecho, el mismo uso de cláusulas abusivas puede ciertamente calificarse como «práctica comercial» en el sentido indicado en el art. 2, lett. *d*) de la Directiva 2005/29/CE y que, cumpliéndose las condiciones, también puede ser — como suele ser — «desleal»⁵⁹.

Esto parece más evidente a la luz de una conocida jurisprudencia europea⁶⁰ que precisó, por un lado, que una práctica desleal puede representar

⁵⁷ Durovic, «The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices», 742

⁵⁸ De hecho, es sabido que la disciplina de las cláusulas abusivas toma como referencia el acto — el negocio estipulado entre comerciante y consumidor, que no ha sido negociado — mientras que la de prácticas desleales hace referencia al comportamiento del profesional, que haya actuado de manera desleal antes, durante e incluso después la conclusión de una operación económica.

⁵⁹ Salvatore Orlando, «L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta», *Obbligazioni e contratti*, n.º 4 (2009): 193.

⁶⁰ Asunto C-453/10, Jana Pereničová e Vladislav Perenič vs. SOS financ spol. s.r.o., Judgement of the European Court of Justice of 15 March 2015, ECLI:EU:C:2012:144. Sobre esta sentencia *v.*, entre otros, Laura Valle, «La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale», *Contratto e impresa/Europa*, n.º 1 (2014): 100-136, 120-136; Giuseppe Marino, «Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto

uno de los factores que el juez nacional toma en consideración para valorar el carácter abusivo de una cláusula contractual⁶¹ y, por otro lado, que la misma introducción de una cláusula abusiva en el contrato con el consumidor puede considerarse como comportamiento desleal, al amparo del art. 5 de la Directiva 2005/29/CE⁶².

Por lo tanto, es frecuente que una cláusula abusiva constituya al mismo tiempo hipótesis de práctica desleal o que una práctica desleal se traduzca en una cláusula abusiva⁶³. Piénsese, a modo de ejemplo, en los casos de engaño sobre la efectiva consistencia del precio de un bien o servicio objeto de la negociación; de la *praxis* se obtiene que muchas veces incluso este comportamiento encuentra expresión en cláusulas que perjudican al consumidor y que, cumpliéndose las condiciones, podrán calificarse como abusivas⁶⁴.

En todos estos casos, como es sabido, la cláusula abusiva, al amparo del art. 6 de la Directiva 93/13/EC es inválida *ab initio* o invalidable, dependiendo del sistema nacional que se tome en consideración. El consumidor entonces, si bien de manera indirecta, ya dispone de una acción prevista en el ordenamiento europeo.

Otra tutela a disposición del consumidor, en los casos examinados, es la acordada por el art. 5 de la Directiva 93/13/EC. De hecho, como es sabido, este artículo prevé que, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalece siempre la interpretación más favorable a la parte débil del contrato, si ésta se propone al consumidor por escrito (la llamada *interpretatio contra proferentem*). Es evidente la posible relación con la disciplina de las

del consumatore», *Contratto e impresa/Europa*, n.º 1 (2014): 137-179. En esta sentencia se califica como «engañosa» la práctica consistente en mencionar en un contrato de crédito una tasa anual equivalente inferior a la real: las provisiones relativas se pueden calificar como «cláusulas abusivas» del juez nacional y por lo tanto privas de eficacia.

La sentencia precisa que la apreciación del carácter desleal (engañoso) de dicha práctica no tiene incidencia directa sobre la validez del contrato de crédito concluido, que entonces —no obstante las demandas del consumidor— queda valido por lo restante (v. C-453/19, § 45-46).

⁶¹ Asunto C-453/10, § 43.

⁶² V. Conclusiones de la Abogado general sra. Verica Trestenjak, presentadas el 29 de noviembre de 2011, relativas al Asunto C-453/10, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A4B0759451D4949458E296B663BCFEB4?text=&docid=115483&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=16639>, en particular § 127-128.

⁶³ Sobre la interacción de las dos disciplinas, entre otros, Francesco Bernardi, «L'uso di clausole vessatorie come pratica commerciale scorretta» (tesis doctoral, Università «La Sapienza» de Roma, 2017), <https://core.ac.uk/download/pdf/144472905.pdf>.

⁶⁴ Para este y otros ejemplos de la interacción entre cláusulas abusivas y prácticas desleales, v. Fachechi, *Pratiche...*, 153-155.

prácticas engañosas, que muchas veces pueden traducirse en cláusulas contractuales ambiguas o poco claras. También en estos casos, en la legislación europea se encuentra ya un instrumento de tutela para el consumidor.

2. *La Directiva 1999/44/CE y la falta de conformidad de los bienes de consumo*

Otro ejemplo relevante de posible interacción entre prácticas comerciales desleales y la regulación contenida en otras Directivas europeas es ofrecido por la disciplina sobre la conformidad con el contrato de los bienes de consumo prevista en la Directiva 1999/44/CE⁶⁵.

El art. 2(1) de dicha Directiva impone al vendedor entregar al consumidor bienes conformes al contrato de venta y, en el segundo apartado, indica los casos en los que estos se presumen conformes. A través de una operación *a contrario*, se deduce del apartado *d*) de este artículo que un bien de consumo se puede reputar conforme al contrato —entre otros casos— cuando las calidades y las prestaciones de un bien no corresponden con las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes, hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado. El vendedor responde ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien⁶⁶. Es evidente, en esta disposición normativa, el posible entrelazamiento con la disciplina de prácticas abusivas: una declaración publicitaria que no sea conforme a la naturaleza o a las calidades del bien ofrecido puede ser fácilmente reconducida a la noción de práctica engañosa como está previsto en el art. 6 de la Directiva 2005/29/CE.

También en este caso, si como consecuencia de esta publicidad engañosa se ha estipulado un contrato entre empresario y consumidor, la Directiva 1999/44/CE prevé acciones individuales con las que el consumidor puede obtener tutela contra esta falta de conformidad, lo que supone accionar, si bien indirectamente, contra la misma práctica abusiva.

Al amparo del art. 3 de esta última Directiva, de hecho, el consumidor puede exigir que el vendedor ponga el bien en conformidad, mediante reparación o sustitución, sin cargo alguno en ambos casos, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado. En el caso que nos ocupa —es decir, de las prácticas engañosas— la posibilidad de solicitar la reparación del bien no parece de utilidad particular, esto es porque en estos casos, generalmente,

⁶⁵ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

⁶⁶ Art. 3(1) de la Directiva 1999/44/CE.

el comerciante da al consumidor informaciones no verdaderas o le entrega productos que no se corresponden con la descripción, pero no productos defectuosos que necesitan de reparación⁶⁷. En cambio, la principal tutela del consumidor tendría que ser la posibilidad de substituir el producto por uno conforme a la descripción del vendedor.

Si ninguna de las dos hipótesis precedentes es posible, el consumidor tiene derecho a la reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato⁶⁸.

De esta manera, del ordenamiento europeo se obtienen, nuevamente, acciones individuales a disposición de los consumidores víctimas de prácticas engañosas —consistentes p.ej. en declaraciones falsas sobre las calidades del producto vendido— que podrán exigir del vendedor un bien conforme a la descripción o, si es posible, una reducción del precio o la resolución del contrato, eliminando las consecuencias negativas resultantes del abuso del comportamiento del comerciante.

3. La Directiva 2011/83/EU y el doble sistema de tutela

Especialmente importante para nuestro análisis es la Directiva 2011/83/EU sobre derechos de los consumidores⁶⁹. Esta Directiva, de hecho, considerada en sus posibles interacciones con la disciplina de las prácticas abusivas, proporciona dos acciones individuales que permiten al consumidor eliminar las consecuencias dañosas de dichas prácticas.

a) *El jus poenitendi*. El primero de estos instrumentos es el derecho de desistimiento. Como es sabido, de hecho, en la disciplina de los contratos negociados entre consumidores y profesionales a distancia o fuera del establecimiento mercantil, la normativa europea asegura al consumidor —para compensar un posible perjuicio debido al factor sorpresa que caracteriza este tipo de praxis comercial⁷⁰— catorce días a partir de la puesta en posesión del bien o desde la conclusión del contrato, en función de que se trate de bienes o servicios, para ejercitar el llamado *jus poenitendi*⁷¹. En este pe-

⁶⁷ Durovic, «The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices», 746-747.

⁶⁸ Art. 3(5) y 3(6) de la Directiva 1999/44/CE; cfr. sobre las acciones para falta de conformidad y en general sobre esta Directiva, Hans-W. Micklitz and Norbert Reich, «Sale of consumers goods», en *European Consumer Law...*, 165-196, 180-185.

⁶⁹ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio sobre los derechos de los consumidores. Para observaciones sobre esta Directiva v. Francesco Ricci, *I beni di consumo e la disciplina delle vendite aggressive* (Bari: Cacucci, 2013), 147-156.

⁷⁰ Ricci, *I beni...*, 46-50.

⁷¹ Art. 9, Directiva 2011/83/UE.

riodo de tiempo, el consumidor puede dejar sin efecto el negocio, sin tener que justificar o motivar su decisión; solo tiene la carga de comunicar su intención a la contraparte. El periodo puede ampliarse hasta un año a partir del final del periodo de desistimiento inicial, en caso de que el comerciante no haya informado a la contraparte de la existencia de este derecho⁷².

A este respecto, se ha observado que las técnicas de contratación a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles son las que, por un lado, encuentran mayor difusión, especialmente en el contexto del Mercado interior de la Unión Europea y de las ventas de carácter transnacional; y por otro, las que con mayor frecuencia dan lugar a prácticas desleales, al atraer directamente la atención del consumidor e inducirlo a contratar generalmente en plazos reducidos⁷³. No es casualidad que varias de las prácticas previstas en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE, que se consideran desleales en cualquier circunstancia, en la *praxis* se den precisamente en este tipo de contrataciones⁷⁴.

Por esta razón se puede fácilmente observar cómo entre las dos disciplinas —la de prácticas desleales y la de la contratación a distancia o fuera de establecimientos— existe una fuerte relación de complementariedad⁷⁵ que hace muy frecuente su integración.

El *jus poenitendi* se convierte, indirectamente, en un sencillo instrumento para los consumidores que hayan estipulado uno de los dos contratos previstos en la Directiva 2011/83/EU al amparo de prácticas desleales y que quieran eliminar las consecuencias dañosas de dicha operación⁷⁶.

b) Intertia Selling. La disciplina de los suministros no solicitados (*Inertia Selling*), aunque constituye una operación muy específica, es un importante punto de intersección entre la disciplina de las prácticas desleales y el Derecho contractual, siendo dicha intersección explicitada por el mismo dictado normativo de la Directiva 2011/83/UE.

El suministro no solicitado, de hecho, es una de las treinta y una prácticas enumeradas en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE⁷⁷ —y como tal, y como ya se ha destacado, se considera desleal en cualquier circunstancia—

⁷² Art. 10 Directiva 2011/83/UE.

⁷³ Fachechi, *Pratiche...*, 108.

⁷⁴ Cfr., p.ej. n.º 6), 7), 25), 26), Anexo I, Directiva 2005/29/CE. Para otros ejemplos de interacción entre las disciplinas v. otra vez Fachechi, *Pratiche...*, 109-112.

⁷⁵ Así, expresamente Fachechi, *Pratiche...*, 112 que habla de «*nesso di complementarietà*».

⁷⁶ Marco Loos, «Rights of Withdrawal», en *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, ed. por Geraint Howells y Reiner Scholz (Munich: Sellier, 2009), 237-278, 245-249.

⁷⁷ V. n.º 29), Anexo I, Directiva 2005/29/CE.

y es mencionado expresamente por la normativa de 2011, que prevé una acción *sui generis* a disposición del consumidor que haya sido su víctima.

El art. 27 de la Directiva 2011/83 UE exime al consumidor de toda obligación de entregar contraprestación alguna en caso de suministro no solicitado de bienes, agua, gas, electricidad o calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitada, especificando que en estos casos la falta de respuesta del consumidor no se considera consentimiento.

El caso de *Inertia Selling*, por lo tanto, es uno de los pocos casos de acción individual desarrollada e introducida a nivel europeo que, de manera indirecta, tiene como objetivo contrastar los efectos negativos de una práctica comercial desleal⁷⁸.

V. Prácticas comerciales desleales y el deber de buena fe

De la exposición que se acaba de realizar, se desprende cómo, en un análisis más detallado del ordenamiento europeo, aunque no se prevea expresamente una armonización plena en tema de acciones individuales contra prácticas comerciales desleales, en realidad existen numerosos casos y sectores en los que —si bien de manera indirecta— hay acciones individuales a disposición de los consumidores para eliminar los efectos dañosos de los contratos estipulados bajo la influencia de dicho comportamientos. En estas condiciones, contra la mayoría de los casos de prácticas desleales ya se puede identificar una acción especialmente prevista por el Derecho europeo; en estos casos, por tanto, de algún modo, la armonización ya existe. Deste esta perspectiva, la falta de tutela y armonización para este tipo de hipótesis sería solo «aparente»⁷⁹, porque el consumidor ya dispone de instrumentos idóneos para la tutela de sus derechos frente comportamientos desleales de los profesionales impulsados por el legislador europeo.

A pesar de lo dicho, el gran alcance de la noción de «práctica comercial desleal» lleva a constatar cómo ciertamente existen casos no incluidos en el *acquis* comunitario y que, por ello, quedan fuera del ámbito de armonización, corriendo el riesgo, por las razones ya explicadas, de que los consumidores se vean privados de acciones de efectivo alcance.

En estos casos el camino viable para llenar el vacío normativo, garantizando una tutela efectiva y armonizada para el consumidor, parece ser el

⁷⁸ Durovic, «The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices», 748.

⁷⁹ En óptica italiana, habla de *gap* de acciones solo aparente Alessia Fachechi, «Pratiche commerciali scorrette e (apparente) *gap* normativo», *Studium Iuris*, n.º 2 (2015): 181-189.

del uso de un principio de probada relevancia en el ámbito del Derecho europeo⁸⁰: el principio de buena fe.

Como es sabido, de hecho, la buena fe objetiva tiene una relevancia indiscutible en el panorama jurídico europeo, si bien con connotaciones particulares de Estado a Estado y con diferencias más o menos profundas. Es reflejo de lo dicho el amplio énfasis de la buena fe objetiva en los P.E.C.L. (Principios de Derecho Común Europeo de Contratos), en el D.C.F.R. (*Draft Common Frame of Reference*)⁸¹ y en el C.E.S.L. (*Common European Sales Law*)⁸².

En la misma introducción al D.C.F.R. se ha puesto de manifiesto cómo una de las posibles consecuencias a la que tiende el principio de buena fe es la promoción de prácticas de mercado honestas, con el fin de evitar que una parte se desvíe de la correcta praxis comercial para obtener una ventaja injusta a expensas de la otra⁸³. Ahora bien, se observa con facilidad cómo la *ratio* de la disciplina de las prácticas desleales se conecta de manera evidente con los valores de la buena fe; es más, puede evidentemente encontrar su mismo fundamento en este principio.

La cuestión de la acción individual en la violación de normas introducidas por la Directiva 2005/29/CE parece, por lo tanto, estrechamente relacionada con la más general —e igualmente debatida— de las acciones individuales contra la violación del deber de buena fe.

Sin profundizar en este debate, nos limitaremos a observar cómo, según una opinión muy extendida, la identificación de las acciones que tienen su fundamento en la violación del principio de buena fe requiere distinguir entre normas de comportamiento de los contratantes y normas de validez del contrato. De la violación de las primeras, sea en la fase pre-negocial sea en aquella de actuación de la relación contractual, se genera

⁸⁰ Para un estudio sobre el principio de buena fe en derecho europeo, v. *Good Faith in European Contract Law*, ed. por. R. Zimmermann y S. Whittaker (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

⁸¹ Sobre las disposiciones que mencionan el principio de buena fe, contenidas en estos dos actos v. Ricci, «Buona fede e rimedi», 639-641. Como observado por el mismo Autor, la concordancia de posiciones entre D.C.F.R. y P.E.C.L. no sorprende, ya que el primero queda explícitamente basado en parte sobre una versión revisada del segundo.

⁸² Sobre la buena fe en el C.E.S.L. v. Pasquale Stanzione, «Il Regolamento di diritto comune europeo della vendita», *I contratti*, n.º 7 (2012): 624-634, 629-633.

⁸³ «Introduction», en *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zol, (Munich: Sellier, 2009), § 33.

una responsabilidad —que en unos casos expresamente previstos por la ley puede llevar a la ineficacia del contrato— pero dicha violación, como regla general, no incide sobre la validez del acto negocial⁸⁴. Por lo tanto, conforme a esta doctrina, la violación del deber de buena fe, aunque ocurrida en la fase de los tratos preliminares o durante el curso del procedimiento de formación del contrato e incluso si esta violación se traduce en un comportamiento que determine la conclusión de un contrato pernicioso para la parte víctima de la conducta desleal, nunca llevaría a la invalidez del acto, sino que daría la posibilidad a la contraparte de solicitar la indemnización de los daños⁸⁵.

No obstante, como ha sido observado, una consideración más profunda del sistema europeo parecería llevar a una conclusión diferente⁸⁶. Una de las normas que hacen referencia al principio de buena fe es el art. 2(2) de la C.E.S.L., en virtud del cual la violación del deber de buena fe «*may preclude the party in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that party would otherwise have, or may make the party liable for any loss thereby caused to the other party*». Esta norma, como es sabido, encuentra una concreta actuación en las provisiones que establecen que puede considerarse como no realizada o incumplida una condición cuyo cumplimiento ha sido impedido o provocado por un comportamiento contrario a la buena fe de la parte que habría sido, respectivamente, dañada o favorecida (art. 16:102 P.E.C.L.; art. III – 1:106(4), D.C.F.R.⁸⁷).

⁸⁴ La bibliografía sobre el tema es muy vasta. V. para el derecho francés, Pascal Ancel, «Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois», *Revue juridique Témis* 45, (2011): 87-113; con respecto al derecho italiano, entre otros, Giovanni D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto* (Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996); Giovanni D'Amico, «Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto», *Rivista di diritto civile*, n.º 1 (2002): 37-61; Giuseppe Vettori, «Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità», *Rivista di diritto privato*, (2003), 241-254; Giovanni Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo* (Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013).

⁸⁵ En la jurisprudencia italiana, se pronunciaron en este sentido las conocidas sentencias gemelas Cass. civ., Sez. un., 19 diciembre de 2007, n.º 26724 e 26725, las dos en Banca Dati Pluris, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/main.html>; en la doctrina, sobre estas sentencias, v. entre otros Giuseppe Vettori, «Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio», *Obbligazioni e contratti*, (2008): 104-108; de manera crítica, Aurelio Gentili, «Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite», *I contratti*, n.º 4 (2008): 393-402.

⁸⁶ Ricci, «Buona fede e rimedi», 645-647.

⁸⁷ Como es sabido, este principio encuentra directa aplicación en las disposiciones nacionales: cfr. art. 1359 del *Codice Civile* italiano, y el § 157 BGB alemán.

Trasladado al contexto de las prácticas desleales, este principio de carácter general lleva a la conclusión de que el comerciante no puede aprovecharse de un contrato que es directa consecuencia de su comportamiento desleal y, como tal, contrario a buena fe. Conferir al consumidor solo la posibilidad de exigir la indemnización de los daños parece ineficiente por dos razones. Por un lado, la indemnización de los daños podría conllevar problemas de ineffectividad —que ya se han identificado como una de las problemáticas principales relativas a la tutela individual contra prácticas desleales— siendo, como ya se ha observado, un instrumento poco ágil y a menudo difícil de obtener, debido a las dificultades propias de la acción. Por otro lado, parece casi paradójico mantener al consumidor vinculado a un contrato (o parte de este) que él no quería (o que no quería solo parcialmente) y que se ha concluido en su perjuicio por un comportamiento que, además de ser contrario a uno de los principios fundamentales del Derecho contractual europeo, está expresamente prohibido, y al mismo tiempo darle la posibilidad de solicitar una indemnización por las mismas razones⁸⁸.

Al contrario, parece más coherente y eficiente considerar que el contrato (o parte de este) que sea el resultado de una práctica desleal no pueda vincular al consumidor⁸⁹.

Esta consideración, por un lado, se confirma por las soluciones ya adoptadas por muchos de los Estados que introdujeron acciones específicas para la violación de la prohibición de prácticas desleales y, por otro, es coherente con la mayoría de las soluciones anteriormente individuadas que derivan de la yuxtaposición de esta disciplina con otras Directivas sobre Derecho de consumidores.

VI. Conclusiones

Los sistemas de acciones individuales establecidos por los Estados contra prácticas comerciales desleales, como se ha puesto en evidencia, son hoy muy distintos entre ellos. Además, en muchos casos resultan ineficientes, debido a las dificultades de los consumidores a la hora de solicitarlos. En la doctrina alguien incluso ha relevado la inutilidad de la introducción de estas acciones, que no serían la solución apropiada para

⁸⁸ V. Matera «Le pratiche commerciali scorrette e il sistema dei rimedi», § 3.

⁸⁹ A la misma conclusión, enfocada en derecho italiano, llega Ricci, «Buona fede e rimedi», 647, que observa como «la negazione degli effetti di una fattispecie nella quale la violazione del dovere di buona fede s'inserisce come effetto impeditivo della realizzazione dei valori tutelati dall'ordinamento, a ben vedere, costituisce non l'eccezione, ma la regola».

asegurar protección a los consumidores víctimas de comportamientos desleales de las contrapartes⁹⁰.

Ciertamente esta situación de incertidumbre junto con la ineficiencia de las acciones individuales que hasta ahora los Estados han asegurado implica, por un lado, una tutela inadecuada para los consumidores y, por otro, un perjuicio también para los comerciantes que operan en el mercado transnacional. Directa consecuencia es el fracaso de los objetivos que la Directiva quería conseguir: incrementar la confianza de los consumidores en el mercado único y en consecuencia hacer crecer éste. No son estas acciones, entonces, el instrumento que actualmente garantiza protección adecuada a los consumidores.

Sin embargo, un análisis sistemático del ordenamiento europeo, permite concluir que, en realidad, ya desde el *acquis communautaire* en el ámbito de los consumidores se puede deducir un sistema de acciones a disposición de los consumidores. Dichas acciones, que están previstas en otras Directivas, aunque no reglamentan directamente casos de prácticas comerciales desleales, terminan interactuando con estas, ofreciendo al consumidor una tutela (indirecta) que resulta ciertamente armonizada y, en muchos casos, efectiva.

Si bien estos casos de interacción son numerosos y garantizan un alto nivel de tutela al consumidor, no pueden llegar a cubrir todas las hipótesis de prácticas desleales. En dichas situaciones parece necesario recurrir a uno de los principios más importantes del Derecho contractual europeo: la buena fe. Considerando todas las prácticas desleales como una implícita violación de este principio y asumiendo como existente en el ordenamiento europeo la regla por la que el contrato (o parte de este) concluido exclusivamente por violación de la buena fe de uno de los contratantes (o que se hubiera concluido a condiciones distintas sin dicha violación) no puede vincular la parte víctima del abuso, se llega a una solución de utilidad central.

El recurso a este principio, más que otras soluciones, de hecho, tiene sus ventajas. En primer lugar, armoniza los éxitos de la contratación mediante prácticas desleales; así, cumpliéndose los requisitos y no habiendo otra acción más específica en el ordenamiento, el profesional no puede aprovecharse, en perjuicio del consumidor, de un contrato concluido al amparo de dichas prácticas. Por otro lado, respeta las peculiaridades de los Derechos nacionales de los Estados miembros, superando las argumentaciones objetadas por quienes se posicionaron en contra de la posibilidad de introducir legislativamente una acción única para todos los Estados respecto a la violación de prácticas desleales.

⁹⁰ Bednarz, «Acciones individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales: perspectiva del derecho europeo comparador», § III.3.

Acerca del autor

Donato Maria Matera es Profesor Ayudante de Derecho Privado en la Universidad LUM «Jean Monnet» de Bari-Casamassima, con el Prof. D. Francesco Ricci. Sus ámbitos principales de investigación son el derecho de los consumidores, el derecho contractual y el derecho privado europeo. Su Tesis final de grado (sobre prácticas comerciales desleales) ha sido desarrollado en Italia y en España en la Universidad Deusto de Bilbao, donde trabajó con la prof. Dña. Inmaculada Herbosa Martínez. Este trabajo obtuvo una mención especial por la Comisión Examinadora (*summa cum laude*), por la calidad de la investigación. Participó en el proyecto internacional de investigación «Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto», estudiando los remedios de derecho privado que el ordenamiento jurídico italiano pone a disposición de los consumidores contra prácticas comerciales desleales. Como resultado de este proyecto publicó el trabajo «Le pratiche commerciali scorrette e il sistema dei rimedi», en el libro «Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto», ed. por Francesco Ricci, Milano, 2018, Giuffrè Francis Lafebvre.

About the author

Donato Maria Matera is Teaching Assistant in Private Law at the University LUM «Jean Monnet» of Bari-Casamassima, with Prof. Francesco Ricci. His main fields of research are: consumer law, contract law and European private law. He carried out the research for his Master's degree thesis (about Unfair Commercial Practices) in Italy, with prof. Francesco Ricci and Spain, at the University of Deusto, Bilbao, where he worked with prof. Inmaculada Herbosa Martínez. This thesis was awarded the special distinction *summa cum laude* by the Graduation Committee for the quality of its research. He participated in the international research project «Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto», where he studied the Italian private remedies against unfair commercial practices. As a result of this project he published the paper «Le pratiche commerciali scorrette e il sistema dei rimedi», in the book «Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto», ed. by Francesco Ricci, Milano, 2018, Giuffrè Francis Lafebvre.

La prescripción extintiva en un contexto de reformas. Vigencias y desfases

The Extinctive Prescription in a Context of Reforms. Validity and Lags

Abel B. Veiga Copo
Profesor Agregado de Derecho Mercantil
Universidad Pontificia Comillas de Madrid
aveiga@comillas.edu

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019pp129-165>

Recibido el 23 de mayo de 2019
Aceptado el 29 de junio de 2019.

Sumario: I. La prescripción hoy, entre la reforma y el estancamiento. —II. Qué sentido eficaz tiene la prescripción?—III. El fin último de la prescripción en un cuestionamiento de la figura.—IV. La derogabilidad de la prescripción y el *pactum de non petendo*.—V. Acortación y alargación de plazos. Desafío convencional a una imperatividad antigua.—VI. Conclusiones.

Resumen: Pocas instituciones gozan y atesoran en Derecho el embrujo de la prescripción extintiva o liberatoria. Apenas desde la promulgación del Código civil la misma ha sufrido modificaciones, pero sí innumerables interpretaciones y posicionamientos sobre todo dogmáticos. Hoy como ayer la pregunta que debemos hacernos es si racional, amén de eficiente, la institución y la regulación que la ley depara de la misma. En ciertos extremos no podemos negar que la institución prescriptiva está entreverada de una irracionalidad manifiesta pero también arbitraria regulación, máxime a la hora de decidir cuáles son los plazos de esa prescripción, así como sus diferentes plazos en función del ámbito contractual o extracontractual. Pues ¿a qué *ratio*, si es que hay alguna, obedece determinar la duración de unos u otros plazos? ¿por qué la diferencia inarmónica de plazos en vez de optar por plazos holístico y únicos? El derecho internacional privado y las normas principales han avanzado y han sugerido en este contexto tanto a nivel europeo, como a nivel de Unidroit?

Palabras clave: prescripción, exigibilidad de la obligación, término, renuncia de derechos.

Abstract: *Few institutions enjoy and treasure in Law the spell of the extinctive or liberatory prescription. From the promulgation of the Civil Code it has not undergone many modifications. Nevertheless, it has been the subject of innumerable interpretations and positions, above all, dogmatic. Today as yesterday the question to be asked is whether the legal regulation of the institution is rational, as well as efficient. At certain points we can not deny that the prescriptive*

institution is mixed with a manifest irrationality, and at the same time arbitrary regulation, especially when deciding what is the term for the prescription as well as its different terms depending on the contractual or extracontractual scope. Thus, what is the ratio, if any, to determine the duration of the different terms? Why are different deadlines lacking in harmony, instead of opting for holistic and unique deadlines, as is the trend now in principled standards and frames of reference at both the European and Unidroit levels?

Keywords: *prescription, enforceability of the obligation, term, waiver of rights.*

I. La prescripción hoy, entre la reforma y el estancamiento.

Paradójicamente un instituto, *per se* destinado a otorgar certezas al derecho, encierra en sí mismo múltiples interrogantes y a la vez incertidumbres sobre su fundamento, su naturaleza, su objeto¹. ¿Cuál es la *ratio*, la causa de esta institución secular y que en nuestro ordenamiento positivo ha permanecido inalterada en su configuración en los Códigos? ¿Cuál es el fundamento de la más genuina expresión de un efecto negativo que el transcurso del tiempo depara para una relación jurídica?, acaso la prescripción hasta cierto punto ¿no supone una implícita expropiación de valor de un crédito ante la inactividad del titular del mismo?², ¿por qué la discronía entre una regulación vetusta y los nuevos impulsos que trae el *soft law* a través de corpus principales que están aggiornando la prescripción?³ ¿Por qué nuestro país, a diferencia de lo que está sucediendo en otros, tanto a nivel comunitario, como internacional comparado está al margen del gran debate reformador de la prescripción al menos legalmente o de *lege ferenda* que no doctrinalmente?

¹ Acierta Cristiano Ditunno, *La prescrizione* (Vicalvi: Key Editore, 2018), 14 cuando señala como la simplicidad hermenéutica del instituto de la prescripción sobre el plano conceptual es contrabalanceada por las dificultades interpretativas bajo el perfil de la *ratio* jurídica, ámbito en el cual diversas voces doctrinales han afrontado el tema asignando diversos fundamentos, todos ellos igualmente válidos.

² En el Derecho belga, se pronuncia Cédric Eyben, «Quels délais pour la prescription?», en *La prescription extinctive. Études de droit comparé*, ed. por Patrice Jourdain y Patrick Wéry (Bruxelles: Bruylant, 2010), 3 y ss., especialmente 4 cuando afirma que por indispensable que sea, la prescripción extintiva constituye una técnica de expropiación.

³ Tampoco debemos dejar de lado la fallida propuesta de código mercantil de 2013 y la regulación que deparaba para la prescripción. Sobre esta, es clave la aportación de José Luis García-Pita y Lastres, «La prescripción y la caducidad en el Libro VII de la “Propuesta de Código mercantil”», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 291 (2014): 33 y ss.

Amén de presentar hoy día enormes deficiencias carenciales pero no menores disfuncionalidades prácticas⁴. Mas, la prescripción ¿extingue o simplemente debilita un derecho?⁵ Perdido en ese inevitable mito de Ariadna particular, la figura de la prescripción, tan poliédrica en sí, como polivalente funcionalmente, presenta, sin embargo, una riqueza dogmática y práctica, incommensurable, al tiempo de que su razón de ser no se funda precisamente en anclajes de justicia o equidad intrínseca⁶.

Y en este debate, salvo por el aspecto doctrinal dogmático, nuestro ordenamiento legal y jurisprudencial, han permanecido ajenos a un debate vivo, extraordinariamente dinámico y revulsivo sobre la prescripción que se ha vivido en las últimas décadas tanto en reformas nacionales como en la eclosión de normas principales⁷.

⁴ Gráfico y claro, Manuel Jesús Marín López, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil», *La prescripción extintiva*, ed. por Asociación de Profesores de Derecho Civil (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 28 cuando asevera: «La regulación de la prescripción en el Código civil es obsoleta, confusa, incompleta e inadecuada, y por ello precisa de una completa reforma».

⁵ Este punto ha sido mantenido sobre todo por Manuel Albaladejo, *La prescripción extintiva* (Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004), 12 cuando afirma: «... creo que la prescripción no extingue nada, o sea, que después de ella, el derecho o la acción prescritos siguen tan vivos y coleando como antes, así que pueden reclamarse o ejercitarse; y si el deudor cumple está dando ejecución a lo que debe, y no realiza un acto de liberalidad a favor del titular del derecho prescrito».

⁶ En este punto, Bruno Troisi, *La prescrizione come procedimento* (Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1980), 13 alude a estas profundas incertidumbres, que en su aspecto más significativo atañen a su naturaleza jurídica, a su estructura, a su función, por la cualificación de su fundamento, por el objeto del contenido, así como por los efectos de su operatividad. A esa justicia intrínseca apela en sus conclusiones Guillermo Orozco Pardo, *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil* (Granada: Editorial Comares, 1995), 299 y 300 por lo que su tratamiento ha de ser restrictivo evitando con ello una aplicación desmedida y rigorista, así el de «contraderecho a negar la prestación debida» que la prescripción ganada consagra debe estar limitado en su ejercicio por la necesidad de evitar que la seguridad jurídica nos lleve a amparar situaciones que el derecho considera injustas.

⁷ Cobran toda su relevancia las palabras de Reinhard Zimmermann/Jens Kleinschmidt, «Prescription. General Framework and Special Problems Concerning Damages Claims», en *Yearbook on European Tort Law 2007*, ed. por Helmut Koziol y Bárbara C. Steininger (Vienna: Springer Verlag GmbH, 2008) 26 y ss., cuando en p. 27 señalan: «In spite of its enormous practical significance, the law of («extinctive») prescription (or: limitation periods) has for a long time led a back-yard existence: It has failed to catch the attention of legal writers or of law reformers. That has changed dramatically in the course of the last three decades. The first comprehensive modern treatise appeared in 1975. Since then, the law of prescription has become, in many national legal systems, the object of in-depth examination; in August 1994 it was one of the topics canvassed at a congress of the International Academy of Comparative Law. At the same time, it became increasingly apparent that just about everywhere the law of prescription was in a very bad shape». Vid., además Christian Von Bar/Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Munich: European Law Publishers, 2009).

Riqueza que, no es óbice, sin embargo, para que, desde el rigor intelectual, pueda cuestionarse todo, pero también interpelarse si, por ejemplo, existen, o deberían o pudieran existir otros instrumentos legales que tengan el mismo efecto que la prescripción o cumplan una finalidad próxima, como por ejemplo, ciertos plazos para la exclusión —*Ausschlussfristen*—, la buena fe o la fiducia, o las reglas especiales sobre supuestos de pago. Como el, de una vez por todas, replantearnos el papel de la autonomía de la voluntad en la prescripción y decidir si verdaderamente pueden o no las partes modificar el plazo de prescripción legal por contrato, y si es así, ¿cómo y cuáles son, serían o habrían de ser los límites?

Y en esa riqueza, radica la incertidumbre, porque esa es precisamente la paradoja de una institución que, llamada a dotar de estabilidad, de certeza y seguridad jurídica en el tráfico económico y jurídico, deja un halo de indefinición y cierta incomprensión, pero también excesiva voluntariedad por parte del legislador —que no de las partes y su autonomía— que prefiere, o esa ha sido hasta hace bien poco, huir de la uniformidad⁸. No basta o es suficiente solo con modular la prescripción, o establecer tiempos de máximo, hay que reescribirla para hacerla más útil, más lógica, más dinámica. Huida de plazos, armonía y certeza en el momento del inicio del cómputo, de los efectos de la prescripción.

Han sido la adherencia continuada en el tiempo de añadidos, requisitos, excepciones a la norma común, arbitrariedad en plazos, incertidumbre absoluta y segura en el comienzo del *dies a quo*, además de posicionamientos clave como el efectivo conocimiento y buena fe de quien actúa defendiendo una pretensión los que, a la postre, han terminado por emponzoñar y multiplicar aristas, flancos y flecos que han hecho que la institución viva hoy día en una vorágine de debate, reforma y aggiornamento⁹.

Y tal vez lo haga porque durante mucho tiempo el prisma con que se ha querido ver la prescripción ha sido unidireccional, a la vez que único, cuando menos en el derecho civil¹⁰. Tanto en sus fundamentos como, en casi todos los intentos de construcción *versus* reconstrucción doctrinal, amén de prácticos, dista de existir una solución lineal y armonizada en las

⁸ Magistralmente señalado por J.F. Van Drooghenbroeck, «La prescription libératoire: paradigme ou paradoxe de la sécurité juridique?», *J.T.*, n.º 6132 (2004): 337 cuando afirma: «concebida como un arma absoluta contra la inseguridad jurídica, la prescripción liberatoria deviene a la vez en una de las principales víctimas y una de las grandes “artesanías”». Como bien señala el autor, son las incertidumbres de los plazos donde radica la controversia.

⁹ Representativa de este sentir y obrar, el trabajo de Alain Benabent, «Les *chaos* du droit de la prescription extinctive», en *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, (Toulouse: Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996), 123 y ss.

¹⁰ Se mezclan y confluyen distintas tradiciones jurídicas, sobre todo, romanística y germana, que han terminado por perfilar, pero también minitizar, la figura. Clave la aportación de Giuseppe Branca, «Non uso e prescrizione», *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, (Milano: 1947), 169 y ss.

legislaciones¹¹. Lo que no impide para señalar como en los últimos años sí han existido nuevas normas sobre prescripción¹²; e, incluso, propuestas más ambiciosas como crear un marco común a modo de principios uniformes sobre esta institución¹³. No puede dejar de hacerse referencia a los Principios de Derecho Contractual Europeo —PECL— que abordan en su capítulo catorce de la Parte III, artículos 14:101 a 14:601, en 2004, la prescripción. Al lado de estos Principios, el Marco Común de Referencia, —DCFR—, que brinda en su capítulo séptimo una regulación prácticamente idéntica a aquella, en 2009. Finalmente, UNIDROIT aborda en sus Principios sobre los contratos comerciales internacionales, un capítulo, el décimo, sobre la prescripción, con una redacción mimética a los PECL¹⁴.

II. Qué sentido eficaz tiene la prescripción?

Algo es claro, la prescripción es una limitación, un cortafuegos radical ante la intempestividad del ejercicio de cualesquier pretensión¹⁵. La pres-

¹¹ Un rápido panorama sobre las legislaciones europeas en torno a la prescripción y relativa al seguro es, en palabras de Jérôme Kullmann, «La prescription», en *Traité de droit des assurances*, t. 3 (París: L.G.D.J., 2014), 1184: «un rapide survol des législations européennes montre une situation générale chaotique: délais, points de départ, causes d'interruption, etc., on est fort loin d'une quelconque harmonisation».

¹² Pero sí hay una referencia doctrinal indiscutible a nivel europeo en temas de prescripción, es sin duda, el profesor Zimmermann. Entre su obra, véase, Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) y en la obra «... ut sit finis litium» – Grundlinien eines modernen Verjährungsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage», *JZ*, n.º 18 (2000): 853 y ss.; vid., también, Christian Von Bar/Ulrich Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property law in Europe – A Comparative Study* (München: Sellier, 2004). Y desde el análisis de la reforma de 2008 francesa la aportación de Jens Kleinschmidt, «Das neue französische Verjährungsrecht», *RIW*, n.º 590 (2008): 590 y ss.

¹³ Imprescindible en nuestro país la consulta a estos principios del artículo de Andrés Domínguez Luelmo/Henar Álvarez Álvarez, «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret*, 2009 [http://www.indret.com/pdf/654_es.pdf]. Sobre la prescripción en estos DCFR, véase la aportación de Salvatore Patti, «Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Verjährungsrecht des DCFR», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, n.º 1 (2010): 58 y ss.

¹⁴ PECL, Principles of European Contract Law (Part III); DCFR, Draft Common Frame of Reference. La última versión de los DCFR, aparece publicada en febrero de 2009 por la editorial Sellier, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law.

¹⁵ Así, se ha afirmado desde la óptica del deudor, que la prescripción se basa en la conveniencia de poner un límite al ejercicio intempestivo de los derechos que garantice a todos un momento, un estado de paz y tranquilidad en el que nos sepamos a salvo de las acciones de terceros. Así, Marín López, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil», 126.

cripción genera, amén de perseguir una finalidad de certidumbre en las relaciones jurídicas, esa pantalla de indemnidad, esa excepción *favor debitoris* que le permite a éste excepcionar frente al cumplimiento de la prestación hasta ese momento debida¹⁶. Quién paga lo hace porque debe. Quién excepciona lo hace por que puede hacerlo¹⁷.

Cortafuegos que no debilita, sino que extingue el derecho, o si se prefiere la facultad jurídica de exigir que dimana de ese derecho y que es el que acciona. Y ese cortafuegos es, paradójicamente necesario en el ordenamiento a modo de filtro natural de la existencia y duración misma de las relaciones jurídicas. Necesidad que no es incompatible con una legislación moderna, racional, flexible, clara y dinámica donde la ambigüedad, el exceso de interpretación jurisprudencial y doctrinal tengan menor cabida. Pues, ¿es lo mismo o ha de ser lo mismo la regulación sobre la prescripción aplicable a negocios jurídicos entre empresarios que cuando una de las partes es un consumidor o el contrato se celebra con consumidores? ¿han de regular algo las normas de tutela en este ámbito subjetivo en torno a la prescripción?¹⁸

Y por último, ¿qué espacio cabe dejar a la autonomía de la voluntad respecto a la prescripción y su eficacia?¹⁹, ¿debemos romper ese viejo paradigma en la prescripción tanto respecto a la renuncia, el inicio del cómputo, la duración del plazo? Pueden en suma, las partes negociar o estipular cláusulas en el contrato —más allá de un valor estético de mero estilo— que atañan, modifiquen, cambien el contenido legal-«imperativo» de la prescripción?

¿Qué inconvenientes hay, o a quién se perjudicaría, si las partes estipulasen una cláusula que durante el interin en que están negociando las consecuencias de un incumplimiento, una financiación ya vencida, suspendiese

¹⁶ Acierta Cesare M. Bianca, *Diritto civile, VII. Le garanzie reali. La prescrizione* (Milano: Giuffrè, 2012), 514 cuando afirma: «la prescrizione persegue una finalità di certezza dei rapporti giuridici, ma questa finalità si realizza tramite l'estinzione dei diritti trascurati nel tempo, in quanto secondo la valutazione normativa essi non corrispondono più ad un rilevante interesse dei titolari».

¹⁷ Como bien afirma Esther Arroyo Amayuelas, «Efectos de la prescripción extintiva», en *La prescripción extintiva*, ed. por Asociación de Profesores de Derecho Civil (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 236: «si paga la deuda prescrita, no habrá pago de lo indebido». No olvidemos la rotundidad del Artículo 121-9 del código civil catalán cuando adviera: No puede repetirse el pago efectuado en cumplimiento de una pretensión prescrita, aunque se haya hecho con desconocimiento de la prescripción.

¹⁸ Referencia indiscutible en este punto, Rubén Stiglitz, *Códigos civil y de comercio, Ley de Seguros* (Buenos Aires, 2011), 414 al analizar el epígrafe «*Quid* de la prescripción en el contrato de seguro como contrato de consumo».

¹⁹ Se preguntan Sophie Stijns/Ilse Samoy, «La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties», en *La prescription extinctive. Études de droit comparé*, ed. por Patrice Jourdain y Patrick Wéry (Bruxelles: Bruylant, 2010), 341: «L'autonomie de la volonté jouet-elle un rôle dans le fonctionnement de la prescription extinctive? Les parties contractantes peuvent-elles aménager le régime légal?».

la prescripción en curso toda vez si admitimos que no es causa interruptiva por ejemplo unos contactos verbales o conversaciones?²⁰ Si admitimos la renuncia a una prescripción consumada o ganada, ¿no puede preverse *de facto* en la fase contractual entre las partes?, ¿qué razones sustentan tamaña limitación, más allá que un genérico cumplimiento o máxima de orden público? ¿a qué intereses en definitiva responde el instituto de la prescripción? ¿Públicos, privados, ambos simultáneamente?

Ahora bien, ¿ha sido, es y sigue siendo eficiente una institución como la prescripción al menos regulada como hasta el presente? ¿acaso no puede producir o acaba produciendo resultados inequitativos el automatismo de los plazos prescriptivos?, o si bien es cierto que el titular de la pretensión puede ejercitar la acción o la facultad que exija su crédito, ¿no estaríamos en puridad ante un ejercicio abusivo si conocida la pretensión no actúa sino al final del plazo en aras de evitar la prescripción?²¹ ¿y si la obligación o el crédito generase intereses?, ¿hasta qué punto hoy es admisible una figura que amén de extinguir una relación jurídica conlleva una nota de desnaturalización en el cumplimiento de las obligaciones tanto ante un acreedor que no actúa y un deudor que guarda silencio y espera?, ¿quid con la suspensión y por qué esa preferencia por lo interruptivo?

¿A quién y a qué favorece la prescripción, al acreedor estimulándole a que actúe y conserve sus derechos o al deudor que lejos de incitar al cumplimiento aguarda el transcurso necesario del tiempo prescriptivo? ¿puede negarse quizás una situación de sacrificio para el acreedor en aras de principios mayores?²²

Acaso la prescripción ¿no está entreverada de una irracionalidad manifiesta pero también arbitraria a la hora de decidir cuáles son los plazos de esta prescripción, así como sus diferentes plazos en función del ámbito con-

²⁰ Distinguen tres periodos donde el rol de la autonomía de la voluntad podría proyectarse Stijns/Samoy, «La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties», 344, (I) el anterior al punto de partida del cómputo del plazo legal de la prescripción, (II) pendiente el curso de la prescripción y (III) el posterior a la adquisición de la prescripción y para estos tres periodos, tres interrogantes: (a) ¿el beneficiario de la prescripción puede renunciar al derecho de prescribir?, (b) ¿las partes pueden modificar el plazo legal de la prescripción y pactar un plazo más breve o más largo? y (c) ¿las partes pueden modificar a su conveniencia, las reglas legales de interrupción y de suspensión de la prescripción?

²¹ Indicaba Albaladejo, *La prescripción...*, 21 que pueda ser abusivo depende de las circunstancias, pero ¿parece que, de por sí solo, no cabrá considerar abusivo el ejercicio dentro del plazo por muy tardío que sea, pues pensar otra cosa lo que fundamentaría sería solamente al acortamiento del plazo prescriptivo?

²² Así, Marín López, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil», 18 afirma tras resaltar la enorme importancia práctica y teórica de la prescripción, como implica siempre un *sacrificio* para el acreedor solo justificado en aras de esa buscada seguridad jurídica.

tractual o extracontractual? ¿pues a qué ratio, si es que hay alguna, obedece determinar la duración de unos u otros plazos?

Inactividad frente a liberación de deuda. Actuación frente a extinción, son los genuinos caballos de batalla de esta clásica institución parece que, a día de hoy, es incuestionada. Frente al paso inexorable del tiempo, un remedio, la actuación, la acción del acreedor reclamando el cumplimiento de la obligación, las causas —en suma— que interrumpen la inercia autónoma de la prescripción²³. Presididas sin embargo por un matiz *cum grano solis*, restrictivo, taxativo, sin resquicios para la autonomía de la voluntad, salvo en la decisión de interrumpir o no actuar frente a la prescripción²⁴. Y ese remedio, sin embargo, contiene y expone un tinte de expoliación²⁵.

No cabe duda, que esta institución ambivalente, vertebral en el derecho de obligaciones, no solo privado sino también público, véase sino la importancia cada vez más creciente que tiene su estudio en el ámbito tributario, está de actualidad²⁶. Las dos últimas décadas han abordado inusitadamente el estudio de la prescripción, un intento de clarificación normativa ante el bosquejo existente, de descomplejización y agilización de la materia, de análisis conflictual, de búsqueda de certezas en el comienzo del cómputo, de los efectos, del número de años, de, en suma, tutela reequilibradora de intereses.

²³ Sobre la acción del tiempo o el transcurso del tiempo en el derecho, véase la aportación de Pierre Hébraud, «Observations sur la notion de temps dans le droit civil», en *Études offertes à Pierre Kayser*, Tome II, ed. por Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille (Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979), 13.

²⁴ Acierta plenamente Marín López, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil», 30 cuando nos ofrece el marco de lo que debería ser el estudio de la prescripción y el análisis de cada uno de los elementos que lo conforman. A saber, la duración del plazo de prescripción; el inicio del cómputo del plazo; en qué casos cabe la interrupción de la prescripción; en cuáles es posible la suspensión de la prescripción; la existencia de una fecha límite más allá de la cual el titular no puede exigir la pretensión (plazos de preclusión); y si las partes pueden, mediante pacto, facilitar o hacer más difícil la prescripción de una pretensión.

²⁵ Sobre esta última afirmación, clásica por lo demás en el derecho belga, se pronuncia Eyben, «Quels délais pour la prescription?», 3 y 4 cuando afirma que por indispensable que sea, la prescripción extintiva constituye una técnica de expoliación. Y apunta: «Elle sera forcément ressentie comme une injustice par le créancier auquel elle est opposée». ¿Es la prescripción una injusticia para el acreedor que la sufre?

²⁶ Entre otros, véase el trabajo de Rodrigo Bercovitz, «Consideraciones en torno a la regulación de la prescripción en el Código Civil y en la Ley General Tributaria», en *Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, ed. por Juan Arrieta/Miguel Ángel Collado/Juan Zornoza, (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2010), 1243 y ss.; o la aportación de Manuel Guerra Reguera, *Prescripción de deudas tributarias* (Cizur Menor: Aranzadi, 2013). Clave el estudio de la prescripción desde la óptica de derecho público de Charles Frogier, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne* (Bourdeaux: Dalloz, 2015).

Un estudio que ha supuesto o intentado, cambios en las regulaciones del Derecho de obligaciones, pero también, como hemos analizado, uniformización y armonización tanto a nivel europeo como internacional, habida cuenta de la centralidad e importancia de esta institución²⁷.

De ahí que se aplique y predique a la vez, una visión y declamación restrictiva de la prescripción^{28/29}. Una institución por sí misma con efectos radicales, corrosivos en una relación jurídica³⁰. Y esos efectos son consecuencia de la imposición de unos plazos por el legislador que en ocasiones difiere y, por tanto, puede suponer un cuestionamiento de igualdad constitucional en función de quiénes sean los sujetos, la cualidad subjetiva, consumidor o no, de alguna de las partes³¹. Plazos que no son homogéneos y sí arbitrarios, a diferencia de lo que se trata de llevar a cabo con el soft law y los normas europeas e internacionales. No cabe duda que, el factor tiempo es clave en esta suerte de ecuación económico y financiera que resulta ser el contrato de seguro, tanto en su dimensión contractual por sí misma, como en la previsibilidad de los riesgos y su cobertura³².

²⁷ Exhaustivamente nos referencia todas las reformas legales, así como sus intentos tanto a nivel europeo como principal e internacional Marín López, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil», 19-28 con un abundantísimo apartado bibliográfico y legislativo.

²⁸ Como botón de muestra la sentencia del Supremo de 22 de octubre de 2009 cuando señala en su fundamento primero al analizar precisamente la prescripción de la acción de repetición de una aseguradora: «...La prescripción, según ha reiterado la jurisprudencia, debe ser interpretada restrictivamente (STS de 14 de marzo de 2007, RC n.º 262/2000), al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho (STS de 6 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2910), RC n.º 292 /2005). El *dies a quo* [día inicial] para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el *principio actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (STS 27 de febrero de 2004). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar».

²⁹ Sumamente crítico con esta visión restrictiva, Albaladejo, *La prescripción...*, 23 y ss., y el elenco de sentencias que trae a colación.

³⁰ Tomamos prestada esta expresión «corrosion» de Alain Sériaux, introducción a *La prescription en droit de la responsabilité civile*, de Marc Bruschi (Paris: Economica, 1999), XIII, que enfatiza precisamente que este efecto radical y corrosivo de la relación jurídica se produce y es más sensible sobre todo en los cómputos breves y prescripciones muy cortas.

³¹ Reflexiona en este punto sobre si, ante esta aleatoriedad y atribución de plazos diferentes, se rozan o no límites de igualdad constitucional ante la ley, Eyben, «Quels délais pour la prescription?», 4 afirmando como el derecho de la prescripción ha venido así a convertirse en tierra fértil por la «contentieux» de la constitucionalidad de las leyes.

³² Así, Carlos Ghersi, *Contrato de seguro* (Buenos Aires: Astrea, 2007), 116 mantiene como el factor tiempo se convierte en determinante para el ejercicio de los derechos en forma individual, haciendo perder la acción para la ejecución de los derechos del acreedor.

Probablemente la manifestación del tiempo, que a priori es neutro, se exterioriza en esta institución de un modo tan intenso como taumátúrgico, extintivo³³.

Esa latencia, esa letargia del contrato provoca también que la seguridad jurídica y el tiempo estén entrelazados³⁴. Y lo hace hasta tal punto que la ley establece máximos temporales para el ejercicio de acciones, de pretensiones, transcurridos los cuáles, la relación por inacción, se extingue³⁵. Se finiquita³⁶.

Estos máximos nada tienen que ver con el plazo de preclusión máximo o límite que, en todo caso puede imponerse legalmente para ejercitar la acción en derecho. Es decir, las normas principales europeas, las normas del código civil alemán, las normas del código civil catalán, entre otras, sí imponen un plazo de posposición en el que, en todo caso, ha de ejercitarse la pretensión, transcurrido el cuál y salvo causas interruptivas, no cabe accionar ni tampoco apelar o alegar plazos prescriptivos. Un límite en suma de años que, transcurridos, diez, quince, veinte o treinta años no cabe ejercicio de pretensión alguna³⁷.

³³ Afirmaban Gaetano Azzariti/Gaetano Scarpello, *Prescrizione e decadenza. Tutela dei diritti*. Art. 2910-2969 (Bologna-Roma: Zanichelli, 1977), 201 como una de las más importantes manifestaciones de la influencia del tiempo sobre las relaciones jurídicas viene dada por el instituto de la prescripción.

³⁴ Advertían Leopoldo Alas/Demófilo De Buen/Enrique Ramos, *De la usucapión* (Madrid: Rústica Editorial, 1916), 8 que en el «derecho el concepto tiempo se enlaza con el de las variaciones de los fenómenos jurídicos, con el de la forma de sus cambios; y que al hablar del influjo del tiempo en las relaciones de Derecho no se hace referencia al influjo de un tiempo puro, abstraído de los fenómenos, considerado como algo sustantivo, sino al tiempo como medida de duración o expresión del cambio de los hechos o estados con eficacia jurídica».

³⁵ Apuntaba sin embargo Jorge Giorgi, *Tratado de las obligaciones en el derecho moderno*, tomo VII (Madrid: Editorial Reus, 1930), 334 que «no es el tiempo, como erróneamente se dice, quien extingue o crea el Derecho de la prescripción, sino la inercia del antiguo propietario o del acreedor, por lo cual, la propiedad o el crédito, ya no se manifiestan como tales, o faltan a su finalidad».

³⁶ «El tiempo, con el concurso de otros factores, puede dar lugar a la adquisición de ciertos derechos, ... o a la extinción de un derecho, a consecuencia de su no ejercicio continuado», afirmaba José Castán, *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II (Madrid: Editorial Reus, 1987), 963.

³⁷ Entre otros véase Fernando Peña López, «El dies a quo y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación», *Indret* n.º 1 (2012): 10 y ss., donde aborda analizando los PECL y el DCFR los preceptos que regulan el tiempo de duración máximo (long-stop) de la prescripción, también llamado plazo de preclusión, si bien no se trata de un plazo distinto del de prescripción. Es un plazo de tiempo duración máximo lo que supone fijar una fecha límite más allá de la cual no se puede impedir que la prescripción produzca sus efectos, por motivo de suspensión o interrupción, pero que las acciones se extinguen. El código catalán incorpora una regla que establece un «plazo de preclusión de las pretensiones» de treinta años desde su nacimiento. Este plazo de preclusión no se puede suspender, pero vuelve a computarse desde el comienzo en

Se pierde el Derecho, pues la prescripción extintiva no es sino, en puridad, una pérdida fatal del Derecho. Institución que «mata» al Derecho³⁸. Lo que no precluye blasonar hasta cierto punto de una genuina naturaleza pragmática de la prescripción³⁹. Pérdida basada en la inercia, la inactividad que a la postre se convierte en el motor y *condicio sine qua non* de la propia institución prescriptiva⁴⁰.

Quién no ejerce, quién no vela, no defiende, no conserva su pretensión o su derecho, el ordenamiento no tiene por qué hacerlo prolongando indefinidamente relaciones jurídicas⁴¹. Se liquidan relaciones o situaciones inestables —latentes— para impedir su perpetuación, pero también su revisión, su relatividad transcurrido un tiempo, por lo que se otorga certidumbre a los derechos. A sensu contrario ya declaraba la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1988 que «... cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditada, y sí, por el contrario, lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvenir sus esencias.»

Otra cuestión es cuestionar el alcance y el *tempus* intrínseco de los plazos de la propia prescripción extintiva, ¿demasiado cortos, demasiado dis-

los casos de interrupción. Vid., sobre todo, Albert Lamarca i Marqués, «Comentari art. 121-10», en *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, ed. por Antoni Vaquer/Albert Lamarca (Barcelona: Atelier, 2005), 221 y ss.

³⁸ En la contestación de Juan Morros Sardá al discurso de ingreso a la Academia Gallega de Legislación y Jurisprudencia de Manuel Taboada Roca, *La interrupción de la prescripción extintiva, provocada por actos del acreedor: su naturaleza, clases, requisitos y problemas que plantea* (La Coruña: Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, 1972), 104 define ésta como: «una institución jurídica que mata el derecho subjetivo merced al transcurso del tiempo por su inacción; pero a la vez es una exaltación de los modos defensivos frente a esta amenaza, para evitar que un derecho nacido caduque, y muera cuando puede existir un resquejido de defensa para que siga viviendo».

³⁹ Así lo ha hecho Ditonno, *La prescrizione...*, 16 al responder a la exigencia pública de conferir certeza a hechos ambiguos respecto a una ausencia de manifestación de voluntad del titular del derecho.

⁴⁰ No pierden actualidad las reflexiones de Edoardo Giusiana, «Appunti sulla prescrizione», *Rivista di Diritto Civile*, n.º I (1957): 424 y ss.

⁴¹ Afirma Taboada Roca, *La interrupción...*, 23 la Ley protege los derechos, dotándolos para ello de una acción, con objeto de que puedan ser exigidos. Pero ello en tanto esos derechos cumplan lo fines para que fueron creados. Si dejan de cumplirlos, «porque su titular no los ejercita dentro del plazo que para ello le otorga la ley, ni se preocupa de realizar los actos conservativos para mantener la vivencia de la acción que los protege, entonces, como eso derechos dejan de desempeñar su función, la ley les retira la protección que les venía dispensando; resulta innecesaria, superflua tal protección. El acreedor que no se preocupa de cobrar su crédito, o de exigir la prestación objeto de su derecho, y ni siquiera pretende mantenerlo vivo durante el plazo que se le otorga, no tiene por qué concederla la ley una protección, que aquél no quiere y, entonces, deba cesar ésta».

pares? Pero también saber a qué lógica responde la fijación de esos plazos y en base a qué criterios o sobre cuáles reposan la disparidad de plazos prescriptivos que existen en el derecho privado⁴². ¿A qué se debe esta disparidad prescriptiva? ¿a qué tanta duración diferente?⁴³

No cabe duda que, en realidad, ha sido la jurisprudencia, con su desarrollo, no siempre armónico ni coherente el que ha terminado por destilar y depurar no pocas aristas de la prescripción, pero sobre todo en su cómputo y el *dies a quo*, pero también en lo interruptivo.

Ahora bien, ¿sigue siendo válido anclar la prescripción, hoy, en esa certidumbre jurídica o debemos otear otros fundamentos⁴⁴? ¿Acaso no es efecto de la propia prescripción una suerte de *poena negligentiae* del acreedor o titular que renuncia, siquiera tácitamente, al ejercicio en tiempo y validez de su pretensión jurídica? O, ¿qué papel reservamos para la buena fe y la diligencia, máxime tanto en quién pudiendo claudica o abdica de sus derechos y sabiendo quién debe, espera para ver extinguida su relación jurídica?⁴⁵

⁴² Destaca precisamente en la estandarización y acortamiento de la duración de la prescripción la idea motriz de la reforma de 2001 de la prescripción en el BGB alemán. Amén de la subjetivación del inicio del período al desactivar el conocimiento del acreedor en combinación con un periodo objetivo más largo de prescripción (Höchstfrist), Helmut Grothe, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (München: C.H. Beck, 2006), Vorbemerkung zu § 194 BGB, Rz. 30 f.

⁴³ Así, pone de manifiesto Eyben, «Quels délais pour la prescription?», 5 como la falta de transparencia de los plazos y la complejidad de su cómputo, «qui demeure une question d'espèce», podría incitar a un acreedor poco escrupuloso a «instrumentalizar» el plazo e prescripción en determinino de su deudor. De ahí, que, como apunto el autor, la jurisprudencia ha desarrollado sus propios anticuerpos.

⁴⁴ Sobre este fundamento, la certeza de las relaciones jurídicas, tesis por otra parte dominante en la doctrina, vid. entre otros, Luca Bardaro, «Prescrizione e decadenza», en *Casi di diritto privato*, ed. por Fernando Greco (Roma: Neldiritto Editore, 2014), 51 y ss. Apunta Dittono, *La prescrizione...*, 14 como bajo esta dimensión el instituto desarrollaría la función de consolidar algunas situaciones de hecho, donde garantiza a los consociados certeza y «*affidabilità*» jurídica.

⁴⁵ Confronta el Derecho, la prescripción, la moral y la buena fe, Giorgi, *Tratado...*, 334 señalando: «La prescripción por sí misma, no es buena ni es mala en moral. Todo depende del uso que de ella se haga. Alegada por el deudor de buena fe, que cree haber pagado y extraviado el recibo, ... avalada por el silencio diario del pretendido deudor, es, no solamente una excepción legal, sino también, honrada y honesta, contra la cual ni el más severo moralista puede encontrar qué oponer... Pero en el campo de la prescripción coge el fruto prohibido por la moral, quien la opone sabiendo que no ha pagado un céntimo ... Entonces la prescripción es verdaderamente una excepción inmoral». Determina el auto de 2 de marzo de 2010 de la Audiencia Barcelona, que es criterio doctrinal: «la prescripción extintiva actúa más que por un no ejercicio por «silencio de la relación jurídica» durante el tiempo pertinente, el fundamento de la prescripción extintiva es que se entiende que abandona su derecho la persona que era su titular (STS 9 noviembre 1954). El «silencio» es el elemento fundamental de la prescripción extintiva y medida de la entidad de su eficacia frente al derecho afectado por ella; silencio y extinción son pues, términos correlativos».

Otra cuestión es plantearnos críticamente si esa riqueza doctrinal ha sido o no en verdad un mero capricho teórico o por el contrario ha estado asido a sólidas razones y justificaciones, que no lo son si éstas solo se fijan en la arbitrariedad de marcar unos plazos u otros de vida para el ejercicio de las acciones antes de que prospere la prescripción⁴⁶.

No por ello pierde complejidad pese a su elasticidad, como tampoco por ello deja de ofrecer diversas y a veces artificiosas explicaciones dogmáticas y particulares. ¿Qué decir de un concepto de prescripción?⁴⁷ Desde el estatismo de algunas visiones, sin duda, una comprensión analítica y crítica de la figura es esencial⁴⁸. Lo que no impide someterla a tensiones, cuando menos teóricas, a comparaciones, a construcciones dogmáticas, analíticas e incluso empíricas, pero sin perder el fin último y práctico que subyace y late a la misma, la exigibilidad tempestiva de un derecho.

No pierde sentido la apreciación hecha en su día por la Corte Constitucional italiana cuando en su considerando de derecho primero aseveró: «... Dato che la prescrizione é modo generale d'estinzione deu di-

⁴⁶ Crítico, Fernando Gómez Pomar, «¿Qué hay en un número? La magia de las cifras y los plazos de prescripción», *InDret*, n.º 4 (2015): 4 cuando afirma: «la impresión que uno tiene es que los plazos de prescripción general —y no solo estos, también plazos especiales— responden más bien a la inercia de la institución de la prescripción como parte del bagaje intelectual de los juristas —no solo privatistas, pues también se ha extendido al ámbito penal o tributario, entre otros—. Y la determinación concreta de uno u otro plazo obedece a la «magia» de un número, a ser posible redondo, con poco más detrás que intuiciones bienintencionadas sobre soluciones «equilibradas» y la influencia de modas académico-jurídicas o trasplantes de otros sistemas jurídicos».

⁴⁷ Oportuno y porque parte de la reforma que se experimentó en Francia, nos ofrece Kleinschmidt, «Das neue französische Verjährungsrecht», 591 un concepto dual: «Der Begriff “prescription” hat im CCF seit jeher eine doppelte Bedeutung: Er umfasst auf der einen Seite mit der prescription extinctive die Verjährung im eigentlichen Sinne und auf der anderen Seite mit der prescription acquisitive die sachenrechtliche Ersitzung. Indem er» früher «beiden Formen der prescription einen gemeinsamen Abschnitt im Gesetz widmete, folgte der CCF —ebenso wie andere Kodifikationen des Naturrechts— dem älteren ius commune. In der Tat geht es in beiden Fällen um die Folgen des Zeitablaufs für ein Recht, doch sind diese Folgen verschieden sowie systematisch unterschiedlichen Rechtsbereichen zugewiesen. Manche Vorschriften des CCF waren daher auf beide Typen der prescription anzuwenden, andere, je nach Sachzusammenhang, nur auf den einen oder den anderen Typus. Daraus ergab sich eine häufig als unbefriedigend oder “unglücklich” bezeichnete Gemengelage von Vorschriften, die gänzlich unterschiedliche Regelungsbereiche betrafen. Die französische Rechtswissenschaft hat diese Vermischung schon lange überwunden und behandelt beide Bereiche getrennt. Der Avant-projet hat freilich gleichwohl —ohne Angabe von Gründen— traditionsbewusst daran festgehalten».

⁴⁸ Apunta Bianca, *Diritto civile...*, 514: «la prescripción persigue una finalidad de certidumbre de las relaciones jurídicas, pero esta finalidad se realiza a través de la extinción de los derechos transcurridos en el tiempo, en cuanto a la valoración normativa no corresponde más que a un relevante interés de los titulares».

ritti, la garanzia costituzionale d'un diritto non vieta, di per sé, che esso si estingua per il decorso del tempo: la tutela costituzionale dà al diritto soggettivo una forza maggiore di quella che gli deriverebbe dalla legge ordinaria; ma non lo rende necessariamente perpetuo poiché, se alla base della prescrizione sta un'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, questa tocca di regola qualunque diritto, compresi quelli costituzionalmente garantiti»⁴⁹.

Exigibilidad que pende y depende de una voluntad, la posibilidad de decisión del titular de la acción y, en suma, del Derecho⁵⁰. Pero planteamos un interrogante, ¿es conveniente y útil hoy día, preservar la institución de la prescripción? ¿sigue cumpliendo la finalidad para la que nació, ser un modo de extinción de las obligaciones al tiempo que provee al deudor de una excepción perentoria?⁵¹ Debemos, por último, ¿seguir cercenando a la voluntad de las partes pactar extremos sobre el plazo, la duración, el inicio del cómputo, las causas interruptivas, o abrimos esta veta en aras a una mayor predisposición al cumplimiento de las obligaciones cualesquiera que sean los obligados y los acreedores en el seguro?

Hoy más que nunca es necesario el rigor y la crítica sobre el fundamento de esta figura pero también de la disparidad de plazos que, sobre la prescripción, prodiga un ordenamiento⁵². La rigidez interpretativa, las dudas recurrentes sobre todo en torno al *dies a quo*, y los anclajes principiales pero sumamente abstractos de su fundamento requieren cuando menos, tomar la distancia suficiente para cuestionar, proponer, rebatir y justificar

⁴⁹ Sentencia n.º 63 de 1966 de la Corte Costituzionale italiana. Puede encontrarse un extracto de esta sentencia en la dirección electrónica: <http://www.giurcost.org/decisioni/1966/0063s-66.html>

⁵⁰ Recogía el viejo § 194 BGB «El derecho de exigir de otro una acción o una omisión (pretensión) se extingue por prescripción». Añadía una nota en la traducción del BGB hecha por Carlos Melón Infante, *Código civil alemán (BGB)* (Barcelona: Bosch, 1955), 38, nota 155 una definición de pretensión, o «Anspruch» y en la que la pretensión es una facultad derivada de un derecho subjetivo; la facultad de ejercitar el contenido del derecho de que ella misma es consecuencia. El equivalente de la «Anspruch» en nuestro derecho es la acción; la equivalencia no es, sin embargo, plena, puesto que nuestra acción tiene de la «Anspruch» alemana y de la «Klage» alemana (acción propiamente dicha).

⁵¹ Como bien señala Paul Demoulin, *Étude sur la prescription en matière d'assurances terrestres* (Bruxelles: Bruylant, 1945), 94: «... elle fournit au débiteur une exception péremptoire qui lui permet d'écarter la demande».

⁵² Curiosamente hace siglo y medio ya advertía Federico Carlos Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, tomo cuarto (Madrid: F. Góngora, 1879), 191: «... los legisladores modernos han fijado para las diarias relaciones de la vida, prescripciones muy cortas, cuyos plazos corresponden perfectamente a las necesidades y también al interés bien entendido de los acreedores. Debemos, por tanto, no aumentar en derecho común la dificultad de la prescripción de treinta años y hacerla casi imposible, subordinando su punto de partida a condiciones arbitrariamente creadas».

el por qué y la esencia misma de la prescripción⁵³. Incertidumbres, vacíos y dudas se dan cita tanto en la configuración como en la proyección de la prescripción pero, sobre todo, en la ingente casuística e hipótesis que hacen de ella una institución viva.

Nos hemos detenido quizás demasiado en los aspectos menos dinámicos de la prescripción y dejado al margen la confluencia de hechos y actos jurídicos que, a la postre, producen los efectos extintivos⁵⁴.

Mas también de la duración real de la misma y la eficacia que, en su caso pueden tener plazos amplios frente a plazos más breves o exiguos⁵⁵. Y ello no podemos hacerlo sin la atención puesta en la litigiosidad, sobre todo judicial, que los plazos, los cómputos generan y que han deparado no pocas situaciones erráticas y controvertidas, lo que apunta la necesidad de perfilar aristas, interpretaciones y prácticas recurrentes que, a la postre generan tanto desconcierto como ineficiencia y abstractamente, inseguridad⁵⁶.

El debate hoy como ayer, se reconduce a una dualidad clara, a saber, una cuestión es la renuncia de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de las acciones y otra, el cuestionamiento del comienzo de los plazos prescriptivos o su transcurso. No puede renunciarse a un derecho prescriptible, es decir, si la ley configura una acción, un negocio como prescriptible, las partes no pueden inferir ni pactar la imprescriptibilidad del mismo. Y a sensu

⁵³ Pese a la reforma de 2008 en Francia, no dejó sino un regusto amargo o de cierta insatisfacción en la doctrina al no lograr reducir tipos de prescripción y plazos. Así, entre Philippe Malaurie, «La réforme de la prescription civile», *Defrénois*, n.º 18 (2008): 2029 y ss.; Anne-Marie Leroyer, «Réforme de la prescription civile», *RTD.civ* (2008): 563 y ss.; Denis Mazeaud, «La prescription extinctive dans les codifications savantes», *D.2008*: 2523 y ss.; Juliette Senchal, «La loi française sur la prescription en matière civile et l'objectif communautaire d'un droit européen des contrats plus cohérent: concordance ou dissonance?», *Revue des contrats*, n.º 4 (2008): 1472 y ss.

⁵⁴ Así lo reclamaba en su día Troisi, *La prescrizione...*, 40 cuando postulaba por la necesidad de un radical cambio de perspectiva en el estudio de la prescripción: a la tradicional visión estática debe sustituirse una perspectiva dinámica, capaz de propiciar un riguroso análisis del procedimiento de formación del tipo de prescripción.

⁵⁵ Un enfoque de esta brevedad/longitud de los plazos de prescripción, pero para el derecho penal, nos lo ofrece Yair Listokin, «Efficient Time Bars? A New Rationale for the Existence of Statutes of Limitations in Criminal Law», *Journal of Legal Studies*, vol. 31 (2002): 99 y ss.

⁵⁶ Sobre estos errores y los costes de litigación, véase la aportación de Thomas J. Miceli, «Deterrence, litigation costs, and the statute of limitations for tort suits», *International Review of Law and Economics*, vol. 20 (2000): 383 a 394, que nos ofrece una visión en la que la justificación convencional de la prescripción, es que la evidencia se deteriora con el tiempo, lo que aumenta la probabilidad de error legal. La longitud de un plazo prescriptivo óptimo equilibra este costo de una longitud más larga contra la dilución en la disuasión que resulta de una longitud más corta. Miceli desarrolla un modelo para mostrar que un plazo prescriptivo finito es óptimo incluso en un mundo sin error legal. La compensación implica solo los costos de litigio y la disuasión: una prescripción más corta reduce la disuasión, pero también ahorra en costos de litigio al limitar el número de demandas.

contrario, algo que es imprescriptible, las partes no pueden acordar la prescripción, al caer fuera de la autonomía negocial la capacidad de cuestionar o negar la imprescriptibilidad legal⁵⁷.

El nervio de la institución prescriptiva no es otro que el inejercicio de una acción para hacer valer o exigir una pretensión, un derecho. Inejercicio al que hay que sumar otra variable circunstancial, la falta de reconocimiento del derecho por la otra parte, el sujeto pasivo del derecho o deudor. La consecuencia, transcurrido un determinado umbral temporal y no exenta de una dosis cierta de seguridad jurídica que rompa la latencia de una situación, es la extinción del derecho mismo.

De ahí que el ejercicio de la acción rompa, interrumpa y, consecuentemente exija ese Derecho⁵⁸. *Actio utilis*. Solo el ejercicio tempestivo del derecho rompe la prescripción y hace valer en tiempo la pretensión. Cuestión distinta es enmarcar la prescripción en la acción o en el Derecho, esto es, centrar el objeto mismo de la prescripción, pues ¿qué prescribe la acción para hacer valer la pretensión o prescribe por el contrario el derecho mismo? O planteado de otro modo, ¿prescribe la acción para hacer valer un Derecho o directamente el Derecho mismo?⁵⁹ O prescribe la facultad jurídica que conlleva y arrastra todo Derecho subjetivo?⁶⁰

La prescripción extintiva, por su parte, «extingue» obligaciones y derechos ajenos ante la inactividad del acreedor toda vez que, temporalmente, no hace valer sus pretensiones⁶¹. Actuación y tempestividad se

⁵⁷ Así, Luis Díez-Picazo, *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid: Civitas, 2007), 63 distinguía entre prescripción consumada y prescripción futura, en base al dictado del art. 1935, artículo que impide que un derecho legalmente prescriptible se convierta en imprescriptible por voluntad de las partes.

⁵⁸ Señalaba Díez-Picazo, *La prescripción...*, 93 que esta es un «fenómeno jurídico en virtud del cual un derecho subjetivo queda extinguido en virtud del continuado inejercicio del mismo durante un determinado lapso de tiempo establecido por la ley».

⁵⁹ Así, Díez-Picazo, *La prescripción...*, 33 y ss., donde tras un rico debate teórico y comparado afirma p. 38 que el objeto directo e inmediato de la prescripción son las facultades jurídicas y, más concretamente, dentro de las que hemos llamado «facultades de exigir».

⁶⁰ Tesis que apuntó Díez-Picazo, *La prescripción...*, 37 para superar la dualidad discursiva entre si lo que prescribe es la acción, el derecho subjetivo o, en este caso tal y como argumenta el autor, la facultad de exigir. Categóricamente afirmaba: «La prescripción no afecta de modo directo e inmediato al derecho subjetivo considerado como unidad de poder, sino únicamente a las facultades. La prescripción solo afecta al derecho subjetivo mediatamente en cuanto que lo modifica, lo limita o lo reduce».

⁶¹ Aducen Yvonne Lambert-Faivre/Laurent Leveneur, *Droit des assurances* (Bordeaux: Dalloz, 2017), 256 como ésta, la prescripción extintiva constituye un medio de liberarse de las propias obligaciones y «d'êteindre» de extinguir una deuda por el transcurso de un cierto lapso temporal, bajo las condiciones determinadas por la ley. La prescripción es de orden público, y no se puede renunciar de antemano.

convierten en ejes de un derecho normalmente de crédito ante el incumplimiento de un hacer, de un dar, de un prestar por parte o bien del asegurador, o bien del asegurado.

Razones de orden público, de equidad, de equilibrio sinalagmático de las prestaciones pero también de equilibrio financiero, abonan un ámbito propicio para la prescripción. Una extinción *ministerio legis*, pero que, por otra parte, supone la eliminación y tiene el efecto de desaparición de la acción judicial que atesora pretendidamente un acreedor en aras de exigir el cumplimiento de una prestación toda vez que transcurra un tiempo específico marcado en la ley⁶².

Lo que no significa que estemos ante una figura sencilla, y donde las diferencias con la usucapición, pero sobre todo con la caducidad, abonan un campo, el de la prescripción, de enorme riqueza dogmática y constructiva⁶³. Y como en todo, el transcurso del tiempo [el silencio del derecho]⁶⁴, puede frustrar expectativas y derechos patrimoniales.

Es el inejercicio de un Derecho subjetivo, es la inactividad de quién titula una pretensión patrimonial que puede ser efectiva, la que le permite accionar o no hacerlo, en cuyo caso, la aptitud indolente o pasiva, o decidida a no ejercer sus Derechos, hace que los mismos decaigan por el mero trans-

⁶² *In extenso*, Carlos Ignacio Jaramillo, «La prescripción en el contrato de seguro», en *Derecho de seguros*, tomo IV, (Bogotá, 2012), 24 y ss. con importantes referencias doctrinales.

⁶³ Señalaba Díez-Picazo, *La prescripción...*, p. 32 como un concepto preciso y rigurosamente científico de la prescripción no puede darse, sin haber decidido antes: 1.º saber cuál es el objeto de la prescripción, es decir, saber si afecta directamente al derecho subjetivo considerado como unidad o únicamente a las acciones concedidas para hacerlo valer y defenderlo; 2.º determinar cuáles son los presupuestos de la prescripción; 3.º determinar sus efectos, lo que exige averiguar: primero, si la prescripción tiene que ser invocada por los interesados o puede, en cambio, ser acogida de oficio por el juez; segundo, si es automática o no, esto es, si sus efectos se producen o no de un modo inmediato; y, finalmente, si puede hablarse y hasta qué punto de un efecto extintivo; 4.º determinar cuáles son las verdaderas relaciones existentes entre la llamada prescripción extintiva y la llamada usucapición; por último, 5.º determinar cuáles son las verdaderas relaciones existentes entre la prescripción extintiva y la caducidad, con el fin de establecer, con la mayor claridad posible cuál es la específica diferencia que separa a la primera de la segunda. Sobre las diferencias con la caducidad, entre otros, Pedro De Pablo Contreras, «De la prescripción de las acciones», en *Código civil comentado*, tomo IV, ed. por Ana Cañizares (Cizur Menor: Civitas, 2016), 1544 y ss.

⁶⁴ Así, siguiendo a Naendrup se refería Federico De Castro, *Derecho civil de España* (Cizur Menor: Civitas, 2008), 145. El autor nos referencia como Alas-De Buen-Ramos, optaban por hablar de «silencio de la relación jurídica», referencia que también aducía Díez-Picazo, *La prescripción...*, 94, nota 4, este autor sin embargo señalaba (p. 39) que referirse al «silencio de una relación jurídica» como presupuesto de la prescripción era una idea que, sin ser inexacta, era demasiado vaga e imprecisa

curso del tiempo⁶⁵. El legitimado decidirá actuar, o no hacerlo, por lo que el ejercicio de la acción prescribirá como fruto de la inactividad o desidia del titular de la misma.

La prescripción es la plasmación más evidente que el mero transcurso del tiempo genera y provoca tanto para la adquisición como para la pérdida de derechos, según estemos ante plazos temporales de prescripción adquisitiva o, por el contrario, extintiva⁶⁶; con la prescripción, en cierto sentido, se purifican y adquieren certidumbre situaciones o relaciones jurídicas que, hasta ese momento, pendían o latían en un limbo de indefinición⁶⁷; la consolidación de una situación jurídico económica irreversible en aras de una estabilidad y seguridad jurídica necesaria⁶⁸.

¿Quid con aquellas pretensiones cuyo ejercicio extemporáneo y distanciado en el tiempo y que dimanen de hechos y situaciones jurídicas que otros han consolidado, pudieran ejercitarse en todo tiempo y en cualquier momento?

Serán hechos, materiales, fácticos, sea por cumplimiento lo sea por incumplimiento de hacer, de dar, incluso de conductas y comportamientos colaborativos los que exigirán o impedirán a la postre la consumación de una pretensión, de un derecho patrimonial en la mayoría de los supuestos de

⁶⁵ Magistral De Castro, *Derecho...*, 145 que refiriéndose a la prescripción extintiva y la usucapión afirmaba: «Con el término equívoco y poco expresivo de prescripción se conocen dos figuras ... en los que la continuada inactividad en el ejercicio del derecho subjetivo supone amenaza de su extinción. Implican una grave limitación en el ámbito de libertad que confieren los derechos subjetivos patrimoniales. Pues, a diferencia de otros derechos, ..., entregan al arbitrio del sujeto la posibilidad de ejercitarlos o no ejercitarlos».

⁶⁶ Como bien recordaba Manuel Argañarás, *La prescripción extintiva* (Buenos Aires: Editora Argentina, 1966), 7 siguiendo a Giorgi: «Un derecho que no se manifiesta ... por la inactividad del acreedor, es un derecho que falta a su finalidad y equivale para la humana justicia, a un derecho que no ha existido: lo cubre el olvido y lo sepulta el silencio de los años».

⁶⁷ La prescripción se ha fundamentado en las más variopintas bases, a saber, en el buen orden social, en la seguridad a las situaciones existentes, la evitación de pleitos, el soslayamiento de dificultades probatorias, la apariencia, la seguridad jurídica, en el mejor ambiente de la economía de mercado, pero sin duda son sobresalientes las palabras de De Castro, *Derecho...*, 146 cuando concluye: «Sea lo que fuere de esta búsqueda de un fundamento último para la prescripción, lo cierto es que actualmente se ha convertido en una figura aceptada por la sociedad, sin reservas y útil, posiblemente necesaria, para la limpieza y purificación drástica del tráfico jurídico, eliminando situaciones residuales que obstaculizarían el bien juego de las instituciones patrimoniales; aunque eso sea costa de ciertos resultados concretos injustos».

⁶⁸ Se planteaba Albaladejo, *La prescripción...*, 16 si prescribía el derecho o lo hacía la acción. Así, decía: «... no hay acuerdo sobre si realmente prescribe aquél o la acción que corresponde para hacerlo efectivo, o si lo que ocurre es que subsistiendo uno y otra, la llamada prescripción de los mismos, consiste sólo en que la ley faculta al sujeto pasivo para que, amparándose en el transcurso del tiempo, se niegue a hacer lo que debe, cuando se le reclame pasado el plazo de prescripción».

seguro. Pretensión que también puede ser liberatoria, extintiva. Un orden que, en cierto sentido, penaliza la inercia o la inactividad de una de las partes que no tutela sus propias pretensiones patrimoniales y que, latente en el tiempo, termina por purgar aunque la misma genere un perjuicio para una de las partes. Así, la necesaria inactividad del acreedor durante un específico *interim* temporal va unida a este requisito temporal clave para que se concrete la prescripción⁶⁹.

Ese transcurso temporal minorra y relaja la propia percepción del contrato y sus obligaciones, extingue o dificulta cargas probatorias, aumenta deudas, grava con intereses, etc. El tiempo consolida situaciones fácticas que no deben permanecer indefinidas *sine die*. Mas eso sí, siempre y cuando estemos ante obligaciones susceptibles de prescribir, o lo que es lo mismo a sensu contrario, que la mismas no se configuren legalmente como imprescriptibles.

Exigibilidad que pende y depende de una voluntad, la posibilidad de decisión del titular de la acción y, en suma, del derecho⁷⁰.

La prescripción no solo extingue una obligación para el deudor, normalmente de claro contenido patrimonial, sino que, sobre todo y principalmente, proporciona certeza y seguridad a las relaciones jurídicas evitando la indefinición obligacional en el tiempo⁷¹. Como veremos en ulterior epígrafe los fundamentos y el anclaje racional de esta institución han sido numerosos al tiempo que acumulados sin el menor reparo. Desde la inactividad y presunción de abandono, pasando por una suerte de expropiación

⁶⁹ Como bien señala Jaramillo, «La prescripción en el contrato de seguro», 26 esa inactividad del acreedor se traduce en la prescripción no se haya interrumpido por ningún medio idóneo, esto es, que no haya mediado circunstancia que, de acuerdo con la normativa, implique actividad por el acreedor (*opus*) y, en esa medida, renueve la contabilización o decurso del término correspondiente.

⁷⁰ Recogía el viejo § 194 BGB «El derecho de exigir de otro una acción o una omisión (pretensión) se extingue por prescripción». Añadía una nota en la traducción del BGB hecha por Melón Infante, *Código...* 38, nota 155 una definición de pretensión, o «Anspruch» y en la que la pretensión es una facultad derivada de un derecho subjetivo; la facultad de ejercitar el contenido del derecho de que ella misma es consecuencia. El equivalente de la «Anspruch» en nuestro derecho es la acción; la equivalencia no es, sin embargo, plena, puesto que nuestra acción tiene de la «Anspruch» alemana y de la «Klage» alemana (acción propiamente dicha).

⁷¹ Las razones que justifican este instituto son, para Rubén Stiglitz, *Derecho de seguros*, tomo III, 4.^a ed. (Buenos Aires: La Ley, 2005), 364 las de seguridad de las relaciones jurídicas, el interés en liquidar situaciones inestables, impedir que determinadas situaciones de hecho puedan ser revisadas después de transcurrido cierto tiempo, la certeza de los Derechos y la seguridad jurídica que se vería comprometida si el titular del derecho podría hacerlo valer «cuando ya se han borrado de la memoria de los interesados las circunstancias del acto, y cuando es probable la destrucción de los documentos comprobatorios de la extinción del derecho, o incluso ya ha fallecido el deudor y sus herederos desconocen todo lo relativo a la obligación».

penalizadora ante la desidia del acreedor, hasta la certidumbre y la seguridad jurídica⁷².

Somos conscientes de que estos son argumentos recurrentes, casi principales, pero ¿tiene sentido, a día de hoy, seguir anclando fundamentos, naturaleza, finalidades en normas o máximas de principios? Apelar al orden público, la seguridad jurídica, la certidumbre, es sin embargo, práctico, pero no podemos olvidar que en la realidad, todo dependerá del comportamiento conductual y decisonal de las partes. La prescripción no empuja al cumplimiento, puede a lo sumo, incitarla al mismo, pero si el deudor no está dispuesto a cumplir, no lo hará, al contrario, buscará beneficiarse de la prescripción, y si el acreedor no tutela su derecho, tampoco querrá ni facilitará el cumplimiento por lo que, la prescripción acabaría siendo un medio para la fatalidad de la relación jurídica.

La prescripción libera⁷³; extingue, consolida las consecuencias de una inacción, sea ésta por las causas que sean y que solo el transcurso del tiempo acaba consolidando⁷⁴. Significa y provoca la pérdida de un Derecho subjetivo. Fundamenta, paradójicamente, una excepción dándole *substantia*, dinamismo pero sobre todo, razón y argumento⁷⁵.

Mas también es comportamiento, es actitud ante una pretensión y ante una obligación, *ex ante* y durante en el primer caso, durante y *ex post* en el segundo⁷⁶. Indefectiblemente en el seguro, las acciones que se prodigan son las *in personam*, no *in rem*, dejando al margen quizás supuestos de aseguramientos sobre propiedades con derechos reales de garantía. Como es sabido el comienzo de la prescripción para las acciones *in rem* es menos contro-

⁷² Como bien señala Arroyo Amayuelas, «Efectos de la prescripción extintiva», 238, el Tribunal Supremo y las Audiencias se sirven de estos argumentos, de forma aislada o acumulativa, y, en ocasiones, con el fin de advertir del riesgo de declarar prescritas pretensiones legítimas o bien fundadas del acreedor.

⁷³ Es para Ghersi, *Contrato...*, 117 un instituto destinado a dotar de seguridad jurídica al sistema (como subsistencia social de convivencia) e integra los principios centrales del derecho común, en los que puede, por imperio de las partes (cuando hay igualdad de poder de negociación), establecerse plazos diferentes que los legales y que resultan cláusulas abusivas en favor de las empresas en los contratos masivos de estructura de adhesión.

⁷⁴ Sobre el alcance del término liberación, y los interrogantes en torno a si efectivamente la prescripción es un modo de liberación o más bien una presunción de liberación, se pronunciaba hace un siglo Leopoldo Alas/Demófilo De Buen/Enrique Ramos, *De la prescripción extintiva* (Madrid: Centro de Estudios Históricos, 1918), 42.

⁷⁵ Advertía Karl Larenz, *Derecho civil. Parte General* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978), 328 la prescripción no es una causa de extinción, sino el fundamento para una excepción.

⁷⁶ Decía José Puig Brutau, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión* (Barcelona: Bosch, 1988), 4 como el transcurso del tiempo es un elemento importante tanto en la usucapión como en la prescripción extintiva; pero lo decisivo es lo que tanto el titular de derechos reales como el acreedor hayan hecho o dejado de hacer durante su transcurso.

vertido que respecto de las acciones *in personam*. El cómputo de la prescripción de una acción personal comienza a correr en el momento en que se falta al cumplimiento de una obligación⁷⁷.

Pero, ¿es racional pensar que lo que las partes acuerdan *ex ante* es lo que verdaderamente querían ambas? Pensemos en un seguro, las partes ¿hubiesen aceptado otro acuerdo o contrato de seguro para evitar a posteriori una interpretación contractual habida cuenta que el anterior presentaba vacíos, lagunas o desnaturalizaciones? ¿voluntad hipotética o real? O es que acaso cuando proceda, si es que procede, la labor interpretativa el resultado de la misma no refleja lo que hipotética pero realmente hubieran querido las partes *ex ante*? Interpretar significa explicitar y especificar el contenido contractual. Un asegurado, como cualquier consumidor, no tiene una información completa, al menos precontractualmente, de todos los riesgos que corre, ni de su intensidad, frecuencia, siniestralidad, etc., por lo que su capacidad de análisis y evaluación está limitada. Asignar eficiente y racionalmente esos riesgos no es sencillo, ni tampoco cae cien por cien del lado de la balanza del asegurado.

Cooperar significa cesión, concesión en aras a llegar a un acuerdo final, en este caso de seguro, el límite la no desnaturalización del contrato y la ruptura del sinalagma genético que rompa el equilibrio y provoque que el mismo sea excesivamente oneroso para una de las partes. Conviene por otra parte no olvidar que, dentro de ese ideal marco de elección racionales, surgen tensiones, por lo que el seguro también presenta conflicto. Cooperación como sustento de elecciones y acuerdos racionales, donde se gana y maximiza la utilidad y el beneficio. Es obvio que, si las partes cumplen sus obligaciones y deberes, la cooperación gana, cuando el conflicto triunfa significa que la cooperación no es posible⁷⁸.

¿Cuáles son, por tanto, los costes de contratar en estos escenarios y cuáles los riesgos reales de que el contrato sea interpretado para alcanzar un acuerdo racional y verdaderamente eficiente para las partes, pero a la vez equilibrado? ¿Y los de negociar en una hipótesis de suspensión o de interrupción de la prescripción?

Frente a esos costes, serán los tribunales los que apliquen recursos de transacción exógenos que completen y también purguen ciertas condiciones o cláu-

⁷⁷ Manifestaba y añadía además Savigny, Sistema..., 189 como además hacía falta un elemento más, a saber, sin el consentimiento del titular. Indica como tampoco es necesario que el deudor haya sido requerido a cumplir su obligación y haya faltado dicho cumplimiento. De igual modo no tienen aplicación a este punto las condiciones especiales exigidas para constituir la mora.

⁷⁸ Así, Robert Axelrod, *The evolution of cooperation* (New York: Basic Books, 1984), 23 abogaba porque la cooperación no es posible si la decisión de cooperar se adopta de una vez y para siempre. Y esa imposibilidad se reduce a una razón esencial, a saber, la traición será la estrategia dominante.

sulas contractuales. Ahora bien, si esto es así, ¿saben las partes, sobre todo, el consumidor de seguros, que la racionalidad eficiente de un contrato se obtiene por esta vía?, y sobre todo, ¿le compensa *ab initio* desde el momento precontractual prever que la información asimétrica ha de completarse e interpretarse por la vía judicial interpretativa?, o ¿solo le compensa cuando cree que de no hacerlo sufrirá un perjuicio, entiéndase no indemnización, no riesgo⁷⁹?

Las partes buscan su utilidad, y esa utilidad mutua significa colaboración, cooperación, no confrontación de utilidades aunque sean disímiles cada una; significa además maximizar el beneficio o la ventaja, sea trasladando un riesgo que no se desea asumir o asumiéndolo en una base mutua y estadística que lo dispersa en un ingente número a cambio de un precio, y minimizar por tanto el daño o el perjuicio, que puede ser tanto contractual como es la infracción de ciertos deberes precontractuales como de ejecución obligacional del contrato, como los perjuicios que el siniestro supone para cada parte, para una cobrando la indemnización que de lo contrario pecharía con las consecuencias del daño sobre su propio patrimonio o persona, para el otro, dispersando ese siniestro en esa mutualidad de seguros que componen su cartera de seguros o reaseguro, habida cuenta la imposibilidad estadística de que todos los asegurados sufran un siniestro simultáneamente en el tiempo. Y significa, cómo no, evitar el perjuicio de una de las partes, o lo que es lo mismo que el beneficio no vaya en detrimento de un perjuicio para la otra.

Pero esta búsqueda también evidencia que el contrato de seguro se asiente y, por ende, debe superar problemas de desequilibrio formal y material en la generación del contrato, y ello en base a la desinformación y el distinto tratamiento que la norma dispensa para cada una de las partes del contrato ante este déficit. Información exigible como cortocircuito del desequilibrio y la desigualdad de acceso a la misma para una de las partes.

III. El fin último de la prescripción en un cuestionamiento de la figura

Pero ¿acaso la prescripción tiene como fin último y fundamento causal solo la liberación del deudor de su obligación y, por tanto, de la rela-

⁷⁹ Afirma Jules Coleman, *Riesgos y daños* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 187 como en muchos sentidos, los tribunales no estarán en una mejor posición que los individuos para determinar qué asignación de riesgos maximizará la riqueza, y en general estarán en una posición considerablemente peor. Aunque el tribunal busque promover la eficiencia mediante la aplicación de la regla supletoria relevante, no hay razón para pensar que será más eficiente que los contratantes particulares. Un tribunal con criterio intentará que los litigantes resuelvan el problema privadamente, siempre que estén en la mejor posición para resguardarse contra el fracaso del contrato.

ción jurídica?⁸⁰ O debemos por el contrario abogar ¿por una aplicación restrictiva de la propia prescripción para que, en caso de duda, favorecer la subsistencia de la acción de Derecho?⁸¹ Ahora bien, preguntémosnos a quién favorece realmente la prescripción. ¿Sabe el acreedor, sabe el deudor lo que es la prescripción, y sobre todo, si puede negociar o no su alcance?

Funcionalmente, más allá de los clásicos fundamentos y anclajes de la prescripción, se revaloriza la liberación de la contraparte ante el no hacer, ante la no reclamación del acreedor y la fuerza de la excepción del deudor⁸². Hasta cierto punto puede afirmarse que, tras el transcurso de un umbral temporal determinado y la intencionalidad de la inactividad del acreedor, el legislador ha optado por proteger al deudor⁸³.

Decide no actuar y diluir, extinguir, su pretensión. Ello no impide que, en realidad, lata en el fondo de la prescripción un cierto, cuando no mínimo, reproche moral a la desidia o desinterés del propio acreedor y un premio, la liberación, al deudor que no cumple *motu proprio*, sino que espera a que se le reclame la pretensión. ¿Son de buena fe quién pudiendo actuar no lo hace y quién pudiendo reconocer tampoco lo hace? Ello sin olvidar el carácter imperativo que algunas normas, también del seguro, otorgan y confieren al seguro⁸⁴.

Una inercia, una inactividad sostenida en el tiempo que, aunado al no reconocimiento de la deuda por el deudor, extingue el vínculo y la

⁸⁰ Para Alas/De Buen/Ramos, *De la prescripción...*, 263 la prescripción extintiva produce sus efectos *ipso iure*, y, por lo tanto, es lo mismo la renuncia realizada antes o después de haber sido alegada, siempre que la prescripción reúna todos los requisitos para producir efecto. La prescripción es un modo de liberarse que proporciona al por ella favorecido, el derecho a no cumplir la obligación.

⁸¹ La opción por mantener vivo el derecho, no es sino el corolario de abogar por una interpretación restrictiva de la prescripción liberatoria. Defensor de esta vía Ghersi, *Contrato...*, 125.

⁸² El párrafo 194 BGB al regular la prescripción parte de un axioma claro, funcional, práctico, a saber: «El derecho a exigir que otro haga o no haga (Anspruch) está sujeto a la prescripción».

⁸³ Sobre este punto y explicando los motivos e irracionalidades del comportamiento del acreedor y su intencionalidad, vid., en profundidad, Alberto Auricchio, *Appunti sulla prescrizione* (Napoli: Jovene, 1971), 33 y ss. Por su parte, Angelo Falzea, voce «Efficacia giuridica», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV (Milano: Giuffrè, 1965), 502 incluye a la prescripción desde este punto de vista liberatorio dentro de la categoría de hechos que tienen eficacia preclusiva en sentido sustancial. Crítico con esta postura, Troisi, *La prescrizione...*, 76 y ss., denostando los argumentos de la preclusión.

⁸⁴ Así, entre otras, la ley belga de 1992 de seguro que otorga en su artículo 3 un claro carácter imperativo a los artículos 34 y 35 relativos a la prescripción. Vid., entre otros, Joëlle Tinant, «Délais et prescriptions en droit des assurances», en *Les prescriptions et les délais: Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, le 25 mai 2007* (Liège: Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2007), 65 y ss.

causa obligacional⁸⁵. Dos hechos jurídicos, no solo fácticos, el no actuar y el no reconocer, eliminan la obligación. El comportamiento inerte del sujeto titular del Derecho en cuestión acaba modificando radicalmente la relación hasta el punto de la prescriptibilidad de la exigibilidad del Derecho mismo. El deudor quedará fácticamente investido de una potestad tal que su ejercicio acarreará la extinción del vínculo contractual por prescripción.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando esta actitud es debida a causas que impiden esa tutela o ejercicio de sus Derechos por el titular?⁸⁶ Los actos impositivos de una acción, de una tutela o defensa, son el parámetro opuesto a la elección o a la negligencia de no actuar y hacer valer un Derecho propio. Si no se interrumpe o no se suspende el transcurrir de la propia prescripción por quién titula el Derecho o la pretensión, el reproche culpabilístico a priori se abre paso, por el contrario, si se plantea cualesquier acto interruptivo de aquella, prima una impronta de autorresponsabilidad por parte del titular. Interrumpir la prescripción es el exponente más claro de la vitalidad del propio Derecho⁸⁷. Pero ¿es actuar autorresponsable y diligentemente en la preservación de una pretensión?⁸⁸

Un *estado de Derecho* preexistente se transforma, muta, cambia con la prescripción extintiva⁸⁹. La prescripción requiere y necesita de una actua-

⁸⁵ Admita Troisi, *La prescrizione...*, 87 como bastará observar que el principio de la certidumbre de las situaciones subjetivas constituye, por así decir, solamente el mínimo común denominador funcional de la fase llamada preliminar del procedimiento y está sobre el fondo de la llamada prescriptibilidad.

⁸⁶ Acierta Remo Caponi, «Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione», *Rivista di Diritto Civile*, vol. 6 (1996): 729 cuando afirma: «L'inattività del titolare può essere considerata un indice sicuro del suo disinteresse o comunque della sua incuria rispetto all'esercizio della propria situazione soggettiva, incuria e disinteresse che la prescrizione tende a colpire, qualora l'ordinamento attribuisca rilevanza in via generale sulla durata o sul decorso del termine di prescrizione ai fatti non imputabili che impediscono l'esercizio del diritto. Altrimenti, qualora a tali ostacoli non sia attribuita rilevanza o comunque ad essi sia attribuita una rilevanza episodica, l'inattività del soggetto possiede un'intrinseca carica di ambiguità, potendo essere sia la conseguenza della scelta del soggetto di rinunciare alla realizzazione del proprio interesse (o della sua negligenza), che la conseguenza di un impedimento (a lui non imputabile) all'esercizio del diritto».

⁸⁷ En este punto, viendo en los actos interruptivos índices de vitalidad del derecho del acreedor, Alexander Grawein, *Verjährung und gesetzliche Befristung* (Leipzig: Civilrechtliche Grundlegung, 1880, [reedición de 2013]), 55; Christian Weiss, *Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem bürgerlichen Rechte des deutschen Reichs* (München, 1905), 11 y ss.

⁸⁸ Niegan que el hecho de interrumpir la prescripción sea en realidad un acto de ejercicio, Auricchio, *Appunti...*, 93 y ss.; también Renato Oriani, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione* (Napoli: Jovene, 1977), 170 y ss.

⁸⁹ Conforme Quintus Mucius Scaevola, *Código civil*, tomo XXXII (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1965), 222 que infiere como lo que desaparece en la extintiva por prescrip-

ción subjetiva que se ve constreñida por plazos temporales de cara a transformar un estado, una situación jurídica⁹⁰. Es efectivamente el no ejercicio de esa actividad la que rompe y transforma ese *estado de Derecho* diluyéndolo, perdiendo el crédito que suele subyacer y sustentar paralelamente a esa situación jurídica obligacional, la reclamación, la indemnización, etc⁹¹. ¿Hasta qué punto sería admisible exigir al deudor la prestación, transcurridos los plazos legales que la norma marca y su conservación?⁹² ¿cómo opera a sensu contrario la mora?

Evitando la inestabilidad, la contingencia temporal de preservar real o artificiosamente en el tiempo obligaciones, por lo que, en puridad, la misma, libera. Preguntarse por la *ratio* última de la prescripción, su finalidad teleológica, la razón de ser y sobre todo, hacerlo desde la óptica dual de la dimensión subjetiva acreedor versus deudor, resulta imprescindible⁹³.

Al lado de esta inacción o abandono de derecho, del transcurso del tiempo, está también una omisión clara, pero a la vez deliberada, la falta de reconocimiento de la pretensión por parte del deudor. Mas, ¿cabe hablar hipotéticamente de ignorancia subjetiva frente a la prescripción? Todos ellos son elementos necesarios y concurrentes en el tiempo, pero son todos ¿causas eficientes de la prescripción?, es en todo caso la prescripción extintiva ¿un modo y causa de extinción de las obligaciones? Derechos que pierden su vigor, su esencia que, aunque sin desnaturalizarse se convierten solo en una *naturalis obligatio*⁹⁴. Cuestión distinta es que, en-

ción es, precisamente el estado o situación jurídica obligacional, no ejercitada en sazón. En la usucapión supone hacer adquirir el dominio a la persona que, simplemente, de *facto*, tenía la posesión de la cosa durante determinado tiempo.

⁹⁰ Nos recuerdan Azzariti/Scarpello, *Prescrizione...*, 204 como en un momento determinado la doctrina excluyó al valorar la inercia del titular del derecho, que ésta respondiera a una «mancata difesa del diritto violato», exigiendo como presupuesto indispensable para la prescriptibilidad un estado de hecho «contraddicente» al derecho.

⁹¹ Ancla la razón de la prescripción en la oportunidad de adecuación de una situación *de facto* en una situación de derecho Francesco Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile* (Napoli: Jovene, 1978), 113 y ss.

⁹² Interrogante que contesta, categórico, Caponi, «Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione», 728: «Non si può esigere infatti che il debitore conservi a distanza di anni la quietanza dei pagamenti effettuati, perché ciò renderebbe doveroso un comportamento superiore allo standard della diligenza ordinaria».

⁹³ Fundamentan esa *ratio* Milena Pafumi/Santo Spagnolo, *La prescrizione assicurativa* (Milano: Giuffrè, 2014), 3 en la certeza a las relaciones jurídicas.

⁹⁴ De ahí que autores como Gheri, *Contrato...*, 125 aún aboguen por ver en la prescripción una liberación no definitiva, pues al ser o convertirse el derecho que pierde su acción en una obligación natural, el deudor que paga su deuda le permite al acreedor retener lo abonado con justo título.

tre los efectos de la prescripción, sea el de dejar subsistente una obligación natural⁹⁵.

No cabe duda que, ésta es la posición del legislador, categórica y cerrada cuando en el artículo 1930 del código civil se asevera que «se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones de cualquier clase que sean». Indubitada la extinción o muerte del derecho, queda sin embargo por escrutar si lo que se extingue es el derecho y la acción o sólo aquél desde la óptica sustantiva o ambas desde una óptica también procesalista instrumental pues es la acción la que hace valer y canaliza la exigencia del derecho⁹⁶.

Evitar indefinidamente en el tiempo la pendencia de ciertas obligaciones y con ellas vínculos de indefinición e incertidumbre, estimular el ejercicio tempestivo de las pretensiones de todo acreedor, penalizar el no ejercicio y liberar de la deuda con todos los efectos que eso puede suponer personal, pero, sobre todo, económica y patrimonial cuando no financieramente para todo deudor, fundamentan sin duda la esencia de la prescripción.

Adviértase que, en cierto sentido, es el mero transcurso del tiempo el que opera como una causa de extinción de los Derechos y como medio de defensa extraordinariamente taumatúrgico frente a las acciones personales. Al lado habrá que analizar situaciones de auto-responsabilidad causales, en el sentido si es o no imputable al acreedor el no ejercicio del derecho o si ha habido impedimentos para llevarlo a cabo y a qué se debe, como también analizar el rol que pueden tener terceros de cara a oponerse al ejercicio o inejercicio de las partes que, tiene como consecuencia, la prescripción⁹⁷.

⁹⁵ Se cuestiona precisamente este efecto Savigny, Sistema..., pero sobre todo Alas/De Buen/Ramos, *De la prescripción...*, 257 cuando afirman que la obligación natural nace de una colisión entre las normas vigentes y el derecho justo. Éste obliga a una persona cuando aquéllas no le obligan. Y sin duda en p. 258 queda clara la posición: «Fundada la prescripción extintiva en el interés social, siendo, por lo tanto, una institución justa, debe conceder una vez cumplida derechos perfectos. ¿Qué esos derechos lesionan intereses dignos de protección? Pues mayor protección merece el interés de la sociedad entera, que exige que las relaciones jurídicas no silencien durante demasiado tiempo. Eso no obsta para que luego, el que se haya enriquecido de una manera que él repunte injusta, procure remediar la injusticia; pero esto debe ser cuestión de la íntima conciencia de cada uno, en la cual no se debe mezclar la ley».

⁹⁶ Afirman bajo el controvertido estudio del objeto de la prescripción Alas/De Buen/Ramos, *De la prescripción...*, 45 que es el derecho lo que se extingue, «pero como la acción no es otra cosa que el derecho mismo, y cuando se extingue la acción, se extingue el derecho, no hay inconveniente en decir que lo que se extingue es la acción».

⁹⁷ Sobre la oponibilidad de la prescripción por parte de terceros, fundamental el trabajo de Enrico Minervini, *La prescrizione ed i terzi* (Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994), 7 y ss.

O situaciones que, en apariencia, no deben ser imputables al titular del derecho pero que se encuentra imposibilitado, por ignorancia, por supeditación a una decisión o voluntad de la otra parte, porque el beneficiario o el tercero víctima ignoran a quién dirigir su acción en pro del resarcimiento del daño, las dificultades de cuantificar el crédito, la no comunicación y por tanto el no conocimiento de un cambio de domicilio del deudor, constituyen *per se* imposibilidades fácticas a priori para poder ejercitar el derecho o la pretensión, pero que, *per se*, no paralizan el correr de la prescripción.

Otra cuestión es el origen, la función, el planteamiento, la excepción de ésta⁹⁸. Excepción bidireccional en realidad, pues no solo el deudor puede oponer la excepción de prescripción para el no pago, también puede hacerlo el acreedor. Imaginemos el supuesto de que para evitar la mora *credendi*, el acreedor excepciona la prescripción⁹⁹.

Un instituto, el prescriptivo, que ha de invocarse por el interesado, hacerse valer, por vía de acción o por el contrario de excepción¹⁰⁰; que no opera de oficio ni automáticamente, y que lo hace, con eficacia taumática tanto en un contexto judicial como extrajudicial¹⁰¹. Y en un sentido amplio ese hacerse valer significa también plantear y enervar las causas que pueden interrumpir el decorrer prescriptivo, como medios idóneos conservativos, si quiera, coyuntural y circunstancialmente de la pretensión¹⁰².

El silencio, la inactividad lo es o puede ser tanto de pretensiones principales como de los propios medios conservativos de éstos que el Derecho

⁹⁸ Señalaba Scaevola, *Código...*, 219 que estamos en presencia de una institución que, si es unánimemente acogida y regulada por el Derecho positivo de todos los tiempos y de la generalidad de los países, no logra, a través del transcurso de aquellos ni de la cuidada regulación en los ordenamientos jurídicos, que éstos vean perfilada su fisonomía conceptual.

⁹⁹ Vid., en este punto, Troisi, *La prescrizione...*, 81.

¹⁰⁰ Crítico Albaladejo, *La prescripción...*, 21 aduce: «Sólo inexactamente cabe decir que tal transcurso permite suponerlo abandonado. Ciertamente que, aunque constase la voluntad de no abandonarlo, prescribiría igualmente. Y afirmar que es que no se admite más prueba del no abandono que la de haberlo ejercitado, es poder de relieve que realmente lo que importa no es el abandono presunto, sino el no ejercicio».

¹⁰¹ Como bien se ha argumentado la excepción supone una idea o expresión que sirve, como la acción, al derecho mismo y que por tal accesoriadad, separación conceptual y dependencia no puede técnicamente identificarse con él. Porque la acción y la excepción suponen la simple exteriorización o puesta en marcha del derecho que le sirve de soporte y contenido jurídico. Se excepciona de prescripción, como se excepciona de ausencia de personalidad en el actor, pero ésta y aquélla son facultades o defensas que sirven para hacer valer procesalmente, por medio de la excepción misma, determinados medios sustantivos por los que se prueba la improsperabilidad de la pretensión contraria. Cfr. Scaevola, *Código...*, 233.

¹⁰² Esta vía ya la anticipaba Grawein, *Verjährung...*, 55 cuando veía en la prescripción la extinción de una exigencia a consecuencia de no haber ejercitado durante un cierto tiempo ninguno de los actos considerados por la ley como causas de interrupción».

ofrece¹⁰³. Y como en cualesquiera otras instituciones, por consiguiente, la producción de la prescripción se supedita a la actividad del sujeto que resulta obligado en esa relación jurídica llamada a prescribir¹⁰⁴.

Frente a la actividad de un sujeto paradójicamente se contraponen, además, la inactividad, la abstención de sus derechos o el cuidado propio de éstos para hacerlos exigibles¹⁰⁵. Es el no ejercicio el vértice de la institución, pero ¿qué ocurre cuando el ejercicio es tardío o extemporáneo? El no ejercicio ex ante, durante y para el que ya, y salvo supuestos de renuncia del deudor a plantear la prescripción, el ejercicio ex post, que, aun siendo exigible la obligación, éste último supuesto de extemporaneidad cae en los brazos de una obligación natural y la voluntariedad en el pago del deudor. Pero si nos detenemos en realidad en esa inacción, lo que en el fondo late, es una pasividad total a la hora de plantear cualquier medida de preservación e integración de la pretensión misma, del derecho.

No es solo que el acreedor que no ejercita sus derechos no solicite el cumplimiento sino que tampoco desarrollará positivamente cualquier acto, medida que permita la seguridad, conservación, tutela e integridad de su derecho durante el plazo que la prescripción está corriendo¹⁰⁶. El acreedor, el titular de la pretensión no neutraliza el inexorable paso del tiempo en la relación jurídica «limitada», tampoco activa los medios y remedios que lo puedan paralizar para sustentar proactivamente su derecho o pretensión.

Nada tiene que ver esta situación con trazar el exacto momento en que el derecho nace y por tanto la acción activa su tutela. Momento donde la exigibilidad cobra todo su protagonismo, saber, perimetrar, conocer el momento exacto en que una obligación es exigible, lo que implica marcar el tiempo en el que la acción que la hace exigible nace y consigue o busca al menos su efectividad.

¹⁰³ Pero el silencio prolongado del acreedor, hace de él un «*créateur de croyance légitime*»? vid. sobre el comportamiento del acreedor, Stijns/Samoy, «La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties», 357.

¹⁰⁴ Nuevamente Scaevola, *Código...*, 223 afirma como la prescripción consiste en el no ejercicio del derecho durante el plazo señalado por la ley.

¹⁰⁵ Aquí radica una de las grandes diferencias entre la prescripción extintiva y la adquisitiva o usucapión. En efecto, en ésta última un titular actúa, el otro no, por lo que, aunque el titular (anterior dominical) permanezca inactivo durante el plazo temporal que traza la ley para que el dominio y otros Derechos reales prescriban, unos u otros se han extinguido. Es la posesión pacífica e ininterrumpida la que acaba consolidando sin necesidad de reclamar nada que realiza el usucapiente que preserva esa posesión con justo título y buena fe la que adquiere —actuación positiva— y de paso, extingue el derecho del antiguo titular que no ha actuado. En la extintiva es el no ejercicio del titular del crédito o Derecho el que lo acaba perjudicando por el transcurso del tiempo.

¹⁰⁶ Señalaba Grawein, *Verjährung...*, 51 con una fuerte dosis de crítica hacia la inacción y ese prescriptibilidad como si la prescripción supusiese una extinción de una exigencia por su continuado no ejercicio, sería incomprensible que una *Ansprüche* prescriptible sobreviviera al plazo de la prescripción.

Pensemos en aquellas obligaciones sometidas a condición, *pendente conditione*, ¿cómo se concilia la condición con la prescripción?¹⁰⁷ Tanto en una condición suspensiva, como resolutoria, dejemos al margen las modificativas, es necesario que la condición se dé o que el término, el plazo, transcurra¹⁰⁸. Cuando una obligación solo es en parte o parcialmente exigible, cada parte de la obligación a medida que es exigible atesora su prescripción propia del resto, que lo hará cuando la exigibilidad sea manifiesta¹⁰⁹.

Cerramos este epígrafe recalcando el embrujo en el que se interrelacionan dos dimensiones únicas y esenciales, el tiempo y el Derecho¹¹⁰. Lo hace incluso ante el silencio que, en su momento, abrigaron tanto los Códigos de comercio como el civil respecto al seguro y, donde a excepción de la prescripción para el seguro marítimo que sí regulaba el de comercio, había que acudir al plazo general de los quince años —hoy cinco— que deparaba el artículo 1964 civil o el de exiguo de un año para la responsabilidad civil aquiliana en su caso¹¹¹. Y a ese silencio, unamos, otro más próximo que no remoto, el del acreedor y el del titular, silencios an-

¹⁰⁷ Afirmaba de modo categórico Savigny, *Sistema...*, 187: «Para todas las obligaciones condicionales sin excepción, la prescripción no comienza hasta que la condición se cumple, y sin embargo, hay condiciones verdaderas cuyo cumplimiento depende únicamente de la voluntad del titular, respecto a las cuales, si se siguiera al regla antedicha, la prescripción debería comenzar antes de que la condición se cumpliera».

¹⁰⁸ Categóricos señalaban Alas/De Buen/Ramos, *De la prescripción...*, 13 la prescripción de las obligaciones comienza cuando éstas son exigibles.

¹⁰⁹ Por su parte, aduce Manuela Rinaldi, «La prescrizione in generale», en *Prescrizione e decadenza*, ed. por Luigi Viola (Milanofiori Assago: CEDAM, 2015), 45 como la condición es un elemento accidental del contrato introducido por la voluntad de las partes, con el fin de subordinar el inicio o el cese de la eficacia del mismo al verificarse el avenimiento de un cierto hecho futuro e incierto.

¹¹⁰ Desde este enfoque, véase la inteligente y casi filosófica aportación de Giacomo Travaglino, «Le stagione della prescrizione estintiva», *Questione Giustizia*, n.º 1 (2017): 49: «La prescrizione coniugata col tempo che scorre è la forma di una tutela estinta? O piuttosto di estinzione tutelata? Scopo della prescrizione è davvero quello «della difesa del presente di fronte al passato»? È forse l'immagine della estinzione tutelata che induce (nella pur probabile inconsapevolezza del legislatore) ad una prima riflessione: benché giunto all'epilogo della sua storia, alla sua estinzione per il passare del tempo, il primo significante dell'ordinamento civilistico tradizionale, il diritto soggettivo, pare ancora imporre una sorta di tutela postuma, rispettosa e sollecita (quantunque residuale, quand'anche eventuale), benché apparentemente cancellato dalla sfera del rilevante giuridico».

¹¹¹ Crítico con la técnica modificativa pero también finalista de esta modificación, Gómez Pomar, «¿Qué hay en un número? La magia de las cifras y los plazos de prescripción», 1 y ss., y con cierta ironía se pregunta: ¿Qué hay en el número 5 que lo hace ser preferido a otros mayores o menores a la hora de decidir convertirlo en el plazo general de prescripción? En un sentido parecido respecto del plazo para la prescripción en los seguros de responsabilidad civil extracontractual, Rafael La Casa, *Defensa jurídica y dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil* (Madrid: Fundación Mapfre, 2017), 22.

titéticos, pero cruciales en el devenir mismo de la institución¹¹². ¿Cuál es, en suma, el objeto real de la prescripción?¹¹³ No cabe duda en torno a los efectos del instituto, pero sobre qué se proyectan esos efectos, ¿sobre Derechos subjetivos?, ¿Derechos indisponibles?, ¿Derechos de crédito?, ¿Derechos sobre cosa ajena?¹¹⁴

IV. La derogabilidad de la prescripción y el *pactum de non petendo*.

La prescripción es una institución que asienta sus principios en el orden público, la seguridad a las relaciones jurídicas habida cuenta que al derecho le repugnan las vinculaciones perpetuas y, en cierto modo, en la imperatividad de la norma¹¹⁵. Pero sustentar y anclar una institución en principios, en retórica, deja un cierto halo de indefinición, de escasez de argumentos reales, concisos que a la postre le doten de un sentido práctico y efectivo.

Por mucho que los principios asientan y alfombran los ámbitos y parcelas de nuestras normas positivas. Señalaba la vieja sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1956 como «la prescripción de las pretensiones en general sirve a la seguridad del Derecho y a la paz jurídica, las cuales exigen que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas, ya que sin la prescripción nadie estaría a cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo».

Quedarnos solo en la vaguedad de la idea de los efectos jurídicos que tiene el plazo inexorable del tiempo es solo situar el foco y el análisis sesgadamente sobre una de las aristas de esta institución poliédrica. Es la certidumbre, la que late en el fondo y finalidad de este instituto. La certeza de relaciones que se consolidan, pero que no penden *sine die* en el tiempo con toda la relatividad, pero también, conflictividad que conlleva. Romper con

¹¹² Magistrales Alas/De Buen/Ramos, *De la prescripción...*, 51 aducían como no es un silencio físico, ciertamente. Es un silencio que por parte del acreedor se traduce en dos hechos: el no ejercicio ante los tribunales y la no reclamación extrajudicial del acreedor; y por parte del deudor, en no realizar ningún acto de reconocimiento de la deuda.

¹¹³ Afirma Troisi, *La prescrizione...*, 27: «la prescrizione si presenta come un instituto di applicazione per l'appunto generale e astratta, a dispetto di ogni possibile specificità delle concrete situazioni giuridiche soggettive; e quando delle discriminazioni vengono operate, queste, atinente peraltro alla mera disciplina, prendono in considerazioni soltanto i profili strutturali e mai quelli funzionali, certamente più rilevanti».

¹¹⁴ Defienden su proyección a todos los derechos indistintamente, Azzariti/Scarpello, *Prescrizione...*, 203 y ss. reconduciendo su aplicabilidad únicamente a los derechos de crédito, Francesco Carnelutti, «Appunti sulla prescrizione», *Riv. dir. proc. civ.*, vol. I (1933): 47.

¹¹⁵ Crítico con esta visión de orden público, paz en las relaciones jurídicas, seguridad, etc., Matthias Storme, «Perspectieven voor de bevrijdende verjaring in het vermogensrecht (Met ontwerpbepalingen voor een hervorming)», *T. P. R.*, n.º 34 (1994): 2018.

la inercia de la facticidad a situaciones de derecho definitivas¹¹⁶. Es la ley la que norma, configura y edifica el pilar prescriptivo¹¹⁷. Pero ¿cabría hablar o referenciar en la prescripción un «derecho-poder»?¹¹⁸

La que dicta y exige plazos, la que conforma los inicios de los cómputos, pero es la práctica la que rompe esquemas de unicidad y con su basta y compleja a la vez casuística. O la que permite, como en algunas regulaciones que, amén de un plazo general, las pólizas puedan establecer otro¹¹⁹.

¹¹⁶ Así, podemos leer en la sentencia del Supremo de 7 de enero de 1958 argumentos sólidos como: «la opinión científica, la legislación y la doctrina jurisprudencial reconocen la existencia de la prescripción como institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica, transformando en situación de Derecho la que sólo era de mero hecho, ya que sin este medio, la propiedad y los derechos todos estarían expuestos a la incertidumbre e inseguridad jurídica impropia de lo que constituye su esencia».

¹¹⁷ Ello no impide que esa misma norma se supedite, por ejemplo, en el ámbito del contrato de seguro, a lo que se establezca respecto de los plazos de prescripción en la propia póliza y, en ausencia, el dictado legal. Un dictado que puede no ser uniforme y que varíe, como sucede entre los distintos estados de Estados Unidos, de fechas. O a remisiones muy vagas o genéricas, como en Reino Unido en el que los contratos de seguro están supeditados a los plazos generales de Limitation Act 1980 para aquellas acciones fundadas sobre incumplimientos o rupturas de contrato (seis años), si bien la Enterprise Act 2016 «gives policyholders a legal right to enforce prompt payment of insurance claims». O en el supuesto austriaco en el que la Sección 12 de la VersVG establece un plazo generalmente de tres años, más eso sí, con la peculiaridad de que en caso de denegar la cobertura la aseguradora, ésta puede imponer al asegurado que presente una demanda dentro del plazo de un año declarando la denegación de cobertura calificada y en la que se especifican las razones de denegación de cobertura por parte de aquélla. En Canadá varía según la ley aplicable de cada Provincia; en Ontario el plazo es de dos años desde el momento en que se produce el siniestro por lo que la reclamación ha de hacerse en ese tiempo, tiempo que baja a un año en supuestos de seguros de incendio o de motor.

¹¹⁸ Sobre este punto Stijns/Samoy, «La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties», 344 y donde ejemplifican como la renuncia por medio de la prescripción puede ser calificada como derecho-poder dado que la decisión unilateral del deudor actuará sobre su posición jurídica propia y sobre la de su acreedor. Un derecho-poder es un derecho que confiere a su titular el poder de actuar sobre su propia situación jurídica o sobre la de otro por un acto unilateral que puede afectar o apuntar a la creación, a la extinción o a la modificación de la situación jurídica preexistente.

¹¹⁹ No son pocos los estados norteamericanos que establecen esta posibilidad. Así, al plazo general de seis años para presentar una demanda por incumplimiento de contrato, pero se permite que las pólizas de seguro regulen esta cuestión, situándose normalmente el umbral en doce meses. Otra cuestión es saber y marcar cuándo efectivamente arrancan estos doce meses, máxime tras ciertas declaraciones y pruebas de pérdida que el asegurado ha de realizar. Así en el estado de Arizona «permits parties to contract around the statutory time period of six years and for a shorter time period. Specifically, A.R.S. §20-1115 permits a limitation of no less than one year from the date of occurrence in property, marine, and transportation policies, and no less than two years in all other types of insurance policies. Any policy that tries to shorten the statute of limitations to under a period of one year, however, is void under Arizona law». Como podemos ver sitúa el umbral entre 1 año y 2 en función del tipo de póliza y veta todo pacto o imposición que cercene esos umbrales empeorando la situación del asegurado.

V. Acortación y alargación de plazos. Desafío convencional a una imperatividad antigua

De antiguo se ha discutido, pero también cuestionado, tanto la imperatividad de las normas positivas sobre la prescripción, como, en ese conciso ámbito, el rol o espacio de margen efectivo para la libre negociación y disposición de las partes sobre extremos de la prescripción. Mas, ¿pueden las partes en aras de la autonomía de la voluntad derogar, mudar, cambiar plazos, cómputos o incluso renunciar a la prescripción misma?^{120/121} Contundente la respuesta sin embargo que nos prodiga la sentencia del Supremo de 3 de julio de 2018 cuando en su fundamento segundo concluye:

«... que la prescripción de acciones es una excepción que se debe examinar con mucho cuidado en los casos en que la misma se alegue, como se dice en el recurso, es algo obvio para cualquier tribunal, como ocurre con cualquier otra cuestión que se someta a su consideración. *Es doctrina reiterada de esta Sala la que señala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico.* El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción.»

Y un paso más, ¿pueden hacerlo sin con ello no se causa perjuicio a ninguna de las dos partes de la relación jurídica?¹²² Y los plazos de pospo-

¹²⁰ Ofrecen las condiciones necesarias o requisitos que habría de tener semejante cláusula, así, Robert Keeton/Alan Widiss/James Fischer, *Insurance Law* (St. Paul: West Academic Publishing, 2017), 847 admitiendo este recorte temporal siempre que: «a contractual provision in an insurance policy prescribing a time period —which is shorter than the time period specified in the applicable statute of limitations— is enforceable if (1) it is clear and unambiguous, (2) is not contrary to the reasonable expectations of the insured, (3) it is not unreasonable in length, and (4) it is not unconscionable».

¹²¹ Advierte, Véronique Nicolas, *Droit des contrats d'assurances* (Paris: Editorial Económica, 2012), 353 quien en base al art. 114-3 del código de seguros, las partes del contrato de seguro no pueden, ni siquiera de común acuerdo modificar la duración de la prescripción «ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci», la contradicción y lo erróneo del artículo respecto a la posición del Code artículo 2254 en el que caben acuerdos convencionales sobre la prescripción

¹²² Véase la aportación de Andrés Domínguez Luelmo, «Alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva en derecho de obligaciones», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. I, ed. por Antonio Cabanillas (Madrid: Civitas, 2002),

sición o aquellos de preclusión necesarios que algunos ordenamientos foráneos exigen antes de que empiece a transcurrir el cómputo prescriptivo y que se traducen en algunas obligaciones de hacer?

La práctica ha conocido, sobre todo, en el pasado, supuestos de esa derogabilidad impuesta siquiera parcial y temporalmente por la parte fuerte del contrato, máxime ante los silencios lacunosos del legislador¹²³. Escapa a la voluntad de las partes, dado que la regulación es legal y no convencional, la derogación parcial o particular de la prescripción, por lo que las partes no pueden en el contrato disponer libremente de los plazos sea acortándolos, sea alargándolos, prescriptivos tasados por la ley;¹²⁴ la prescripción no es disponible, no es elástica ni plegable a la voluntad de las partes; de

473 y ss. Señalaba Joaquín Garrigues, *Contrato de seguro terrestre* (Madrid: Imprenta Aguirre, 1973), 117 como al no decir nada la ley sobre si era posible acortar los plazos a favor del asegurador y en perjuicio del asegurado «claro está que a favor de la libertad de las pólizas se puede aducir el argumento de que existe una laguna legal que deja en libertad a los contratantes para fijar el plazo de prescripción, y que ese plazo convencional ha sido objeto de examen por las autoridades de control, y lo han estimado aceptable». Contundente Antigono Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, tomo II (Milano: Giuffrè, 1954) 521 señalaba: «... non può più riconoscersi validità alle clausole sopraricordate che modificano comunque la disciplina legale (termini, decorrenza, sospensione, interruzione) della prescrizione e opportunamente le polizze ormai le omettono».

¹²³ Cuestión distinta es que una norma lo permita, como se ha reseñado en nota supra. En el caso *Zuckerman v. Transamerica Ins. Co.*, 133 Ariz. 139, 650 P.2d 441 (Ariz. 1982), la Corte Suprema del estado, guiada por los principios de equidad y orden público advirió: «[W]hile the policy condition shortening the applicable statute is valid...the insurer may be estopped from raising a defense based upon such an adhesive clause where the enforcement of the clause would work an unjust forfeiture. The key factor in the determination of this issue is the question of whether the insurer has shown prejudice by reason of the delay in filing suit. In the absence of such a showing, it is fair to say that the purpose for which the insurer was given permission to insert the clause will not be served by its enforcement».

¹²⁴ Cuestión distinta es cuando la flexibilidad y disponibilidad permite que la legislación establezca unos plazos genéricos y que los concretos términos de una póliza señalen otros diferentes. En algunas legislaciones estatales estadounidenses se permite esto, incluso que la póliza acorte ese plazo normalmente a un año frente a los cuatro o seis genéricos. Contrasta sin embargo con la legislación de Texas en la que según la sección o párrafo 16.070(a) de the Texas Civil Practice & Remedies Code states that a person may not enter a contract or agreement «that purports to limit the time in which to bring suit on the . . . contract to a period shorter than two years». Policy provisions establishing a contractual limitations period less than two years and subject to this statute are void and unenforceable. Es decir, si la póliza establece un plazo menor, el pacto es nulo. Así, por ejemplo, Noah Nadler, 1 de abril de 2019, «Is an insurance policy's statute of limitation clause enforceable?», *Lexology*, 28 de octubre de 2013, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4c1982f9-ed6d-435c-854b-ee0acaec54a4>, pregunta: «Cuando el período de limitaciones contractuales —prescripción— de una póliza es nulo, la pregunta se convierte en: ¿qué plazo de prescripción se aplica a una reclamación por incumplimiento de contrato? Si la disposición de limitaciones contractuales no contiene una *savings clause*, se aplicará el período de limitación legal predeterminado para el incumplimiento de las reclamaciones contractuales».

lo contrario se distorsiona la finalidad misma y esencia del instituto que, se ha caracterizado por el rigor y cierta impermeabilidad dogmática¹²⁵. Pero ¿debería cambiar esta premisa máxime teniendo en cuenta el dictado de las normas principiales en el derecho comunitario y el sentido de alguna de las reformas operadas en algún país próximo?¹²⁶

Acortar plazos si éstos son de suyo ya breves perjudica al acreedor, si no se interrumpe la pretensión del acreedor y beneficia al deudor, y alargarlos, perjudica la expectativa de liberación del deudor, pero ¿es más onerosa la acortación de plazos?¹²⁷, o en cambio, ¿lo sería una prolongación encadenada de los mismos?¹²⁸ ¿Qué espacio queda entonces para esta derogabilidad convencional de las partes alargando o acortando plazos prescriptivos? Verdaderamente ¿se produce un perjuicio si se alarga el plazo? Y en este caso, ¿para quién?¹²⁹

¹²⁵ No pierden al menos curiosidad las palabras sobre el giro que hubo en la negociabilidad en los condicionados de Jean Carbonnier, «Notes sur la prescription extinctive», *RTD-civ.*, vol. 50 (1952): 176: «L'expérience [écrivait-il] a montré que le péril avait changé de camp, et que, dans des contrats d'adhésion, des débiteurs tout-puissants pouvaient imposer à leurs créanciers des prescriptions conventionnelles d'une brièveté captieuse. Le législateur a dû intervenir pour prohiber ces clauses abrégées là où l'abus en avait été particulièrement criant, dans le contrat d'assurance».

¹²⁶ Indica Anna Guégan, «La prescription en droit des assurances», en *La prescription extinctive. Études de droit comparé*, editado por Patrice Jourdain y Patrick Wéry (Bruxelles: Bruylant, 2010), 596: «Ce ne sont pourtant pas les appels à la réforme de la prescription biennale qui manquaient, qu'il s'agisse de ceux de la doctrine ou même de ceux de la Cour de cassation, qu'il s'agisse d'allonger le délai de prescription, ou bien de le rendre asymétrique en l'allongeant pour les assurés tout en le raccourcissant pour les assureurs, ou bien encore d'ajouter des dispositions favorables aux assurés trop souvent malmenés par une prescription dont ils ne saisissent pas les travers et dont ils maîtrisent mal le fonctionnement».

¹²⁷ A favor del acortamiento, no del alargamiento, Alas/De Buen/Ramos, *De la prescripción...*, 261: «no vemos inconveniente para ello. Las partes pueden acordar que el transcurso de la prescripción extintiva sea más corto, sin faltar a la finalidad primordial de la prescripción extintiva, que es la seguridad de las relaciones de derecho».

¹²⁸ Para Alas/De Buen/Ramos, *De la prescripción...*, 260 alargar el plazo más allá del acordado por la ley, significaría en realidad una renuncia parcial a las ventajas que la prescripción extintiva reporta, ya que se sujetaría a mayores dificultades el cumplimiento de la prescripción. Advierten que el riesgo de este alargamiento sería el de llegar por un procedimiento indirecto, a una renuncia anticipada.

¹²⁹ Categóricos sobre esta interdicción d'allonger, Stijns/Samoy, «La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties», 345 para quienes están prohibidas por la ley, constituyendo una renuncia parcial al beneficio de una prescripción futura, por lo que estas cláusulas pactadas en la conclusión del contrato, son alcanzadas por la prohibición del art. 2220 del Code civil. Ellas frenan el decurso natural de la prescripción y van en contra del dictado del legislador de evitar la negligencia de los acreedores. Tal cláusula podría «même aboutir, par une prolongation considérable de la durée du délai, à empêcher la prescription de se produire».

Acortar es renunciar a una prescripción futura y aún no ganada, pero, ¿realmente es esto así y se puede decir que causa un perjuicio o debemos por el contrario permitir su licitud?¹³⁰ Abreviar el plazo parece, al menos, que se beneficia al deudor, se le refuerza en su protección dado que, transcurrido un plazo más breve, la liberación es más próxima¹³¹. ¿Supone un abuso en la autonomía contractual? Pensemos en cualquier otro ámbito del derecho financiero, como préstamos con interés. Así, tomar como punto de partida del cómputo del plazo un evento o una fecha anterior, sin duda, acorta el plazo, sin que necesariamente el mismo sea más breve, simplemente el inicio del cómputo se retrotrae a un hecho o a una fecha que es anterior a aquél que, en puridad configura el derecho accionable y, por ende, tutelable.

Pero admitir el acortamiento de plazos solo es dable si efectivamente las normas sobre la prescripción en el código civil y mercantil, pues no las hay en la LCS salvo la brevedad del artículo 23 para marcar la dualidad de años en función de los dos clásicos ramos, se conciben como derecho dispositivo por voluntad y acuerdo de las partes y no normas imperativas o de orden público. Y es dable además si el acreedor que todavía no lo es seguramente en el momento de negociar este acortamiento, tendría en su caso un tiempo o *tempus* suficiente y razonable para ejercer sus derechos o, cuando menos, accionar una causa interruptiva que rompa o quiebre totalmente el decorrer prescriptivo.

Si el acreedor no tuviere la posibilidad real de ejercitar y tutelar, exigiendo su pretensión, la misma sería abusiva, inequitativa y desproporcional por su onerosidad para una de las partes de la relación jurídica¹³². Cabe, en un terreno ahora mismo de hipótesis hacer la siguiente comparación, a saber, si comparamos el acortamiento de plazos con la posibilidad de que

¹³⁰ A favor de esta licitud para las cláusulas que abrevian los plazos prescriptivos, Bénédicte Humblet/Raphaël Davin, «La prescription extinctive en droit civil», en *Les prescriptions et les délais* (Liège: Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2007), 11. También, Maxime Merchandise, «La prescription libératoire en matière civile», *Doss. du J.T.*, n.º 64 (2007): 65.

¹³¹ Observa Carbonnier, «Notes sur la prescription extinctive», 176 como la experiencia muestra el peligro y los cambios que se vieron en los contratos de adhesión, en el que los deudores todopoderosos, pueden imponer a sus acreedores prescripciones convencionales de una brevedad «captieuse ou trompeuse». Señalan Stijns/Samoy, «La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties», 347: «Pour la même raison, une clause qui prend comme point de départ du délai un fait ou une date antérieurs à l'événement visé par la loi, revient indirectement à une réduction du délai de prescription et est valable».

¹³² Stijns/Samoy, «La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties», 348 traen a colación una póliza de seguro que previó que «sera prescrite par un an écoulé à partir du jour de l'accident, toute réclamation de garantie ou d'indemnité qui n'ayant pas été admise, n'aura pas été portée devant le tribunal compétent». Señalan los autores que para la Corte de apelación de Mons, semejante cláusula de acortar el plazo es nula en tanto «qu'elle vise l'action en garantie».

las partes puedan suspender de mutuo acuerdo la prescripción ya iniciada porque entre ellas han decidido iniciar conversaciones, o incluso que dirima el potencial conflicto crediticio un tercero experto, ¿acaso no es, *mutatis mutandis*, una situación similar a la del acortamiento de plazos?¹³³

Alargar es renunciar parcialmente al beneficio de una prescripción futura¹³⁴. Y alargar también se puede realizar de un modo indirecto, al manipular, obstruir o tratar de cambiar o evitar pautas claras y concisas en la enorme pragmatidad y riqueza casuística que tiene el seguro, el inicio del cómputo para la prescripción¹³⁵. Pero ¿acaso y si en una renegociación, aunque la misma sea impuesta, acaso no es factible que las partes acuerden la sustitución o novación de una obligación por otra convirtiendo la prescripción en una quimera? Si bien conviene no confundir que un mero, pero explícito, reconocimiento de deuda por parte del obligado en modo alguno puede convertirse en una novación de la obligación, por lo que las partes hacen no es en puridad prolongar la relación jurídica primigenia, sino novarla, objetivamente, renegociando la parte económica o más onerosa de la relación.

VI. Conclusión

Esta centenaria institución cobra hoy, en 2019, todo su protagonismo y fundamento. Por mucho que se busque éste, no es sino la más genuina expresión de un efecto negativo que el transcurso del tiempo depara para una relación jurídica. Cómo y por qué de una figura que es el espejo de implícita expropiación de valor de un crédito ante la inactividad del titular del mismo.

¹³³ Por esta vía apuntan Marchandise, «La prescription libératoire en matière civile», 25; también, Bernard Dubuisson/Vincent Callewaert, «La prescription en droit des assurances», *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, vol. 84 (2011): 637 y lo hacen porque el derecho civil, no se opone a esta situación y, por tanto, cabría extrapolarla al contrato de seguro.

¹³⁴ Semejantes cláusulas rompen el equilibrio y hacen muy oneroso para una de ellas, el desarrollo normal y lógico de la prescripción y en todo caso, son un mecanismo que premia, al alargar el plazo, la inactividad, por tanto, la negligencia de los acreedores. En parecidos términos, Stijns/Samoy, «La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties», 346 que señala como una tal cláusula podría asimismo conducir a una prolongación considerable de la duración del plazo prescriptivo. Así, el Tratado CMR en un ontrato de trasporste no permite excepciones a la corta prescripción de seis meses del artículo 9 de la Ley del Transporte, y reemplazarlos por los plazos más largos del Tratado.

¹³⁵ Alerta de estas maniobras indirectas que buscan por esta vía este alargamiento de los plazos de prescripción, Stijns/Samoy, «La prescription extinctive: le rôle de la volonté et du comportement des parties», 346, no obstante señala: «Par contre, la prohibition ne touche pas l'hypothèse où les parties substituent une obligation à une autre, dont la prescription est soumise à délais plus court et où elles modifient, dès lors, le titre de la dette».

Sin embargo, las aristas, los problemas, las dificultades interpretativas siguen, hoy al igual que ayer, presentes. Nada tienen que ver las viejas regulaciones codiciales con los nuevos impulsos que trae el *soft law* a través de corpus principiales que están aggiornando la prescripción [significativamente los PECL y el DCFR]. Sin embargo, una vez más, nuestro país, a diferencia de lo que está sucediendo en otros, tanto a nivel comunitario, como internacional comparado está al margen del gran debate reformador de la prescripción al menos de *lege ferenda* que no doctrinalmente.

Debilita y extingue un derecho, pero presenta no obstante una riqueza dogmática y práctica, inconmensurable, al tiempo de que su razón de ser no se funda precisamente en anclajes de justicia o equidad intrínseca. Equidad que va más allá del alargamiento o por el contrario, acortamiento de plazos que analizamos en este artículo.

Sobre el autor

Abel B. Veiga Copo (Madrid, 1972) es profesor propio agregado de Derecho Mercantil de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE). Se doctoró en Derecho por la misma Universidad y estudió en la UNED la Licenciatura en Ciencias Políticas y Sociología. Sus áreas de trabajo en derecho mercantil se centran en el derecho del seguro, con su monumental Tratado de contrato de seguro (sexta edición-junio de 2019 y 4.800 páginas), así como el derecho de garantías mobiliarias, el derecho concursal y el derecho de sociedades. De 2013 a 2016 fue Director de Internacionalización en la Xunta de Galicia (Igapé). Es columnista de opinión en una veintena de periódicos nacionales y alguno internacional.

About the Author

Abel B. Veiga Copo (Madrid, 1972) is Professor of Commercial Law at the Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE). He received his doctorate in Law from the same University and studied at the UNED a degree in Political Science and Sociology. His areas of work in commercial law are focused on insurance law, with his monumental Insurance Contract Treaty (sixth edition-June 2019 and 4,800 pages), as well as the law of security interests, the bankruptcy law and the law to societies. From 2013 to 2016 he was Director of Internationalization in the Xunta de Galicia (Igapé). He is an opinion columnist in a score of national and international newspapers.

Otros Estudios

La inaplicación de la cláusula arbitral del Tratado sobre la Carta de la Energía a las inversiones intra-europeas: una piroqueta jurídica de la Comisión en su comunicación sobre protección de la inversión intra-UE de 19 de julio de 2018

No Enforcement of the Energy Charter Treaty Arbitration Clause on Intra European Investments: A Legal Pirouette from the Commission through its Communication on the Protection of Intra-EU Investment (19 July 2018)

Enric R. Bartlett Castellá

Profesor de Derecho público en ESADE Business & Law Schools
Universitat Ramon Llull
enric.bartlett@esade.edu

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019pp169-194>

Recibido el 29 de marzo de 2019
Aceptado el 3 de julio de 2019.

Sumario: I. Introducción.—II. La aplicación por la Comisión Europea de la sentencia Achmea al Tratado de la Carta de la Energía.—III. Algunas valoraciones de la Comunicación y el caso particular de la retirada de ayudas a las energías renovables en España.—IV. La garantía de las inversiones intra-UE.—V. Ni los tribunales arbitrales establecen jurisprudencia, ni el artículo 344 TFUE se refiere a personas privadas.—VI. Los tribunales arbitrales, el TCE y la interpretación de los Tratados Fundacionales.—VII. Los efectos derivados de que la Unión Europea también sea parte del TCE.—VIII. El Tratado de la Carta de la Energía es un acuerdo multilateral en que todas las partes contratantes participan en pie de igualdad.—IX. Dejar sin efecto los laudos dictados o impedir la continuidad de los procesos arbitrales iniciados supone una denegación de justicia a los inversores.—X. Conclusiones

Resumen: El 19 de julio de 2018 la Comisión Europea hizo pública su comunicación sobre protección de inversiones intra-UE. En la misma, atribuye a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Achmea, de 6 de marzo de 2018, el efecto de considerar inexistente la cláusula arbitral prevista en el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía entre inversor y Estado, cuando se trate de inversores de un Estado miembro de la Unión Europea y otro Estado miembro de la Unión Europea. Este comentario se refiere a esta comunicación y contrasta su congruencia con el Derecho de la Unión y el Derecho Internacional.

Palabras clave: Arbitraje de inversión, Comunicación de la Comisión Europea sobre protección de inversiones intra-UE, Principio de confianza legítima, Sentencia Achmea, Derecho de la Unión Europea.

Abstract: *On 19 July 2018 the European Commission published its communication on intra-EU investment protection. The communication refers to the ruling of the Court of Justice of the European Union on the Achmea case (6 March 2018) in considering non-existent the arbitration clause provided for in Article 26 of the Energy Charter Treaty between investors and the state, in cases of investors from Member States and other Member States. This paper refers to this communication and assesses its congruence with EU law and international law.*

Keywords: *Investment arbitration, Communication from the European Commission on Protection of Intra-EU Investment, Legitimate expectations, Achmea ruling, European Union Law.*

I. Introducción

No es infrecuente que una sentencia produzca efectos más allá de los límites de la controversia concreta que ha sido llamada a resolver. En este sentido, Achmea ha devenido un caso paradigmático en relación con el sistema de resolución arbitral de conflictos de inversión en el sector energético en la Unión Europea. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso Achmea, de 6 de marzo de 2018,¹ concluye (párrafo 60) que es contraria a los artículos 267 TFUE y 344 TFUE «una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI), entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro».

El TJUE resuelve así, una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania, en relación con la compatibilidad de los mencionados artículos 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento

¹ El autor quiere agradecer a los profesores Beatriz Añoveros, Miquel Montañá y Jordi Sellarés, sus muy sugerentes comentarios sobre una versión inicial de este trabajo.

ECLI:EU:C:2018:158 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1443232>

de la Unión Europea² (TFUE) con el artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI), entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca³, que sigue siendo aplicable entre el primero y la República Eslovaca. La petición al TJUE se planteó en el proceso de resolución del recurso de casación interpuesto por Eslovaquia frente a la denegación, por parte del Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Fráncfort, de su recurso de anulación de un laudo arbitral dictado en esa ciudad que fue escogida como sede del arbitraje, lo que determinó que los tribunales alemanes fueran los competentes para pronunciarse sobre su validez.

La argumentación del TJUE se basa en la necesidad de garantizar la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial sobre las cuestiones de Derecho de la Unión que pueden llegar a tratarse en el asunto de inversión controvertido (art. 267 TFUE), con el fin de garantizar una aplicación uniforme de dicho Derecho (50). Parte pues de la afirmación que el procedimiento de remisión prejudicial, en tanto que mecanismo para reconducir a la unidad de la interpretación del ordenamiento jurídico de la UE, es una garantía del principio de autonomía de éste.

En la medida que sólo los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden formular cuestiones prejudiciales al TJUE y que éste

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>

El artículo 267 TFUE, párrafos primero a tercero, dispone:

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados,
b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Quando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Quando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.[...]

El artículo 344 TFUE establece que «los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos».

³ Celebrado el 29 de abril de 1991, entró en vigor el 1 de octubre de 1992. Texto disponible en lengua inglesa en el sitio Internet de la UNCTAD <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/treaty/2650>

Article 8

«1) All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.

2) Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement».

considera que los tribunales arbitrales no lo son y, por tanto, no son parte del sistema judicial de la Unión, les queda vedado solicitar su intervención vía cuestión prejudicial. Afirmación esta última no compartida por el Abogado General que, a partir de un conjunto de elementos, llega a la conclusión contraria y afirma dicho carácter de órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al TJUE. El razonamiento del Abogado General considera «*el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia*», así como que «*ante él esté pendiente un litigio y que deba adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional*»⁴.

También aborda la sentencia Achmea si el mencionado artículo 344 del TFUE se aplica a las controversias entre inversores y Estados. La doctrina, mayoritariamente, ha entendido que no⁵, que sólo es de aplicación a las que tienen lugar entre Estados miembros o entre éstos y la UE. No obstante, el TJUE, al concluir que las disposiciones de un TBI entre Estados miembros que prevén el arbitraje inversor-estado son incompatibles con aquél (60), contradice sin lugar a dudas esta posición doctrinal mayoritaria aunque no se pronuncie expresamente al respecto⁶.

⁴ Conclusiones de 19 de septiembre de 2017. Ver en particular las numeradas 86 a 131 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194583&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1340255>

⁵ En este sentido Hanno Wehland, «Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: is European Community Law and Obstacle?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, (2009): 318-319 señala que si bien en el caso *MOX Plant C-459/03S* relativo a los procedimientos arbitrales puestos en marcha por Irlanda contra el Reino Unido bajo la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el TJUE recuerda que, de acuerdo con los tratados, su jurisdicción sobre el Derecho de la Unión es exclusiva, el artículo correspondiente (artículo 292 TEC en aquel momento) «*sólo menciona disputas sometidas por Estados miembros, y que no aplicaría*» (a las planteados por inversores privados). La traducción es mía. En el mismo sentido, se pronuncia Ana Mercedes López Rodríguez «El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 57 (2017): 47, al comentar la propuesta de creación de un Tribunal Internacional de Inversiones «*la doctrina ya ha avanzado que algunos obstáculos serían fácilmente salvables, como por ejemplo, la referencia al art. 344 TFUE, que solo se aplica a controversias entre los Estados Miembros, dejando fuera a las controversias entre inversor-Estado, como las que serían objeto del Sistema de Tribunales de Inversión*».

⁶ Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga «La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *La Ley Unión Europea*, núm. 60, (2018): 8 tras admitir que «*puede haber argumentos que cuestionen la conclusión alcanzada por el Tribunal*» dice «*la considero, en términos generales, acertada. En primer lugar, nada de los dispuesto en la sentencia de MOX Plant, el Dictamen 1/09 y el Dictamen 2/13 conduce necesaria e inexorablemente a descartar la inclusión de los litigios entre particulares y Estados miembros en el art. 344 TFUE. En*

El TJUE entiende que las controversias de las que debe conocer el tribunal arbitral previsto en el artículo 8 del TBI considerado, pueden estar relacionadas con la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión, «*en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales*» (42).

Por último, el TJUE analiza si el laudo está sujeto, en las cuestiones relativas al Derecho de la Unión que pudiera tener que tratar el tribunal arbitral, al control indirecto del TJUE, en el marco de un procedimiento prejudicial, a partir de la revisión que ejerza un órgano jurisdiccional de un Estado miembro (50).

En mérito de la distinción entre arbitraje de inversiones y comercial, llega a una conclusión negativa, razonando que se puede admitir como suficiente el carácter limitado del control en el arbitraje comercial, con origen en la autonomía de la voluntad de las partes, pero no en el de inversiones que «*resulta de un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión (...) los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese Derecho*»⁷.

Tras presentar las consideraciones del TJUE, este trabajo procede en dos partes. La primera, apartados II, III y IV, comenta la aplicación por la Comisión Europea de Achmea al Tratado de la Carta de la Energía, que no fue objeto del litigio, así como sus importantes consecuencias en relación con conflictos en que el Estado español es parte. A continuación, sigue un análisis crítico de la interpretación efectuada por la Comisión.

Los apartados V a VIII integran la segunda parte. El V parte del rol que, común y pacíficamente, se atribuye a los tribunales arbitrales en materia de inversión y de la no aplicación a los particulares del artículo 344 del TFUE. El apartado VI trata de poner en valor la enorme labor desarrollada

segundo lugar, tratándose, la del art. 344, de una obligación dirigida exclusivamente a los Estados miembros, en tanto que manifestación específica del principio de cooperación leal, la decisión de extender su aplicación al arbitraje de inversiones supone reconocer la importancia del consentimiento del Estado miembro, manifestado en el propio APPRI, en tanto que elemento fundamental y necesario (junto al consentimiento del propio inversor) para la asignación de controversias a tribunales arbitrales ajenos al sistema jurisdiccional de la UE».

⁷ Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, «La sentencia del TJUE... *op cit.* (2018):9 ha señalado que «*esta argumentación, sin mayor explicación, no resulta del todo convincente (...)*» en la medida que deja con el interrogante de si el principio de autonomía del derecho de la Unión «*cede ante los intereses relacionados con la eficacia de los laudos comerciales*».

a lo largo de décadas por el TJUE interpretando la libertad de circulación de capitales.

Los apartados VII y VIII, íntimamente relacionados, pretenden extraer las consecuencias de que la propia Unión Europea sea parte de un Tratado internacional multilateral. El apartado IX, muy brevemente, a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales, llama la atención sobre los efectos que contra el orden jurídico de la Unión que se dice defender, tendría una aplicación como la pretendida por la Comisión.

Las conclusiones, finalmente, reúnen los distintos mimbres que se han ido trenzando en los apartados precedentes para proponer unas medidas concretas que, por una parte, bloqueen los efectos claramente contrarios al ordenamiento jurídico internacional y europeo a que conduce determinada interpretación de Achmea y, por otra, brinden al TJUE la oportunidad de corregir sus excesos.

II. La aplicación por la Comisión Europea de la sentencia Achmea al Tratado de la Carta de la Energía

No valoraré la interpretación del TJUE en relación con si los tribunales arbitrales tienen o no el carácter de órgano jurisdiccional de los Estados miembros y su conclusión negativa, que los priva de participar en el diálogo jurisdiccional con el mismo, sino que a efectos dialécticos la aceptaré en la medida que el objeto prioritario de este comentario no es la Sentencia del TJUE, sino la interpretación que de la misma ha efectuado la Comisión Europea en relación con el Tratado de la Carta de la Energía. En concreto, en su Comunicación de 19 de julio de 2018⁸ sobre la protección de la Inversión intra-UE, en la que sostiene:

«La sentencia Achmea también es relevante para el mecanismo de arbitraje entre inversor y Estado establecido en el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía en lo referente a las relaciones intra-UE»

Entiende la Comisión que «correctamente interpretada, esta disposición no prevé una cláusula arbitral entre inversor y Estado aplicable entre inversores de un Estado miembro de la UE y otro Estado miembro de la UE. Dada la primacía del Derecho de la Unión, si se interpretase que es aplicable con carácter intra-UE, esta cláusula sería incompatible con el Derecho primario de la UE y, por tanto, inaplicable.»

⁸ Código CELEX: 52018DC0547

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=EN>
Comunicación, en adelante

Añade la comunicación que *«el hecho de que la UE también sea parte en el Tratado sobre la Carta de la Energía no afecta a esta conclusión: la participación de la UE en este Tratado solo ha creado derechos y obligaciones entre la UE y países terceros y no ha afectado a las relaciones entre los Estados miembros de la UE»*. (...) ⁹

A partir de estas premisas es lógico deducir que, en opinión de la Comisión, también serán aplicables a los arbitrajes intra-EU en mérito del artículo 26 del Tratado de la Carta de la Energía (TCE) ¹⁰ las conclusiones a que la comunicación llega en relación con los TBI: *«esto implica que todas las cláusulas arbitrales entre inversor y Estado de los TBI intra-UE son inaplicables, y que todo tribunal arbitral establecido sobre la base de estas cláusulas carece de jurisdicción, dada la ausencia de un acuerdo de arbitraje válido. Por consiguiente, los tribunales nacionales tienen la obligación de anular cualquier laudo arbitral dictado sobre esta base y deben rehusar aplicarlo»* (...) ¹¹. En definitiva, la Comisión considera nula la cláusula

⁹ Comunicación, p.3-4

¹⁰ <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>

Artículo 26. Solución de controversias entre un inversor y una Parte Contratante.

Artículo 26. «1. En la medida de lo posible, se resolverán amigablemente las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquélla de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera.

2. Si dichas controversias no pueden resolverse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 en un plazo de tres meses a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes en conflicto hubiera solicitado una solución amigable, el inversor afectado podrá optar por someter una controversia para su solución:

a) Ante los Tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante implicada en la controversia, o

b) De acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado, o

c) De acuerdo con los siguientes apartados del presente artículo.

3. a) Salvo lo establecido en las letras b) y c), las Partes Contratantes consienten incondicionalmente en someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.

b) i) Las Partes Contratantes incluidas en el anexo ID no darán su consentimiento incondicional en el caso de que el inversor haya recurrido previamente a los procedimientos indicados en las letras a) o b) del apartado 2.

ii) En aras de una mayor transparencia, las Partes Contratantes incluidas en el anexo ID deben especificar por escrito a la Secretaría, no más tarde de la fecha en que se deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación con arreglo al artículo 39, sus políticas, prácticas y condiciones que se apliquen al respecto o depositará su instrumento de adhesión con arreglo al artículo 41.

c) Las Partes Contratantes incluidas en el anexo IA no darán su consentimiento incondicional con respecto a una controversia suscitada en torno a la última frase del apartado 1 del artículo 10.

¹¹ Comunicación, p.4

sula arbitral del TCE en el ámbito intra-EU y entiende que deben anularse los laudos dictados en mérito de la misma.

III. Algunas valoraciones de la Comunicación y el caso particular de la retirada de ayudas a las energías renovables en España

La Comunicación, que se puede comparar sin exageración como un torpedero en la línea de flotación del sistema de resolución arbitral de controversias sobre inversiones en el sector energético europeo, ha sido saludada con entusiasmo por algunos Estados miembros, entre ellos España, que tiene pendientes un número considerable de casos en base al citado artículo 26 TCE¹² con unos importes en juego de unos ocho mil millones de euros y que ya ha perdido algunos¹³.

En síntesis, la reacción de estos Estados ha sido argumentar que ya se venían oponiendo a la jurisdicción de los tribunales arbitrales, mediante una excepción de jurisdicción que éstos no aceptaban¹⁴ y que, a la vista de la sentencia Achmea, lógicamente, piden la anulación de los laudos ante los tribunales estatales competentes para decidir sobre su validez en base a recursos de nulidad. Igualmente, cuando se solicita por una parte la ejecución del laudo en un Estado distinto al correspondiente a la sede donde se dictó, piden a sus tribunales que impidan la misma¹⁵.

¹² Lo recuerda el Abogado General en sus conclusiones de 19 de septiembre de 2017 al señalar que el Reino de España ha sido citada como parte demandada 33 veces (en aquél momento) en procedimientos de arbitraje sobre procedimientos internos de inversión

¹³ Por todos, ver *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg v. Reino de España* Caso CIADI N.º ARB/13/36, enviado a las partes 4.05.2017, consideraciones 389 a 418. <https://www.italaw.com/cases/5721>

¹⁴ En este sentido se puede ver *Charanne B.V y Construction Investments S.A.R.L v. Reino de España* Arbitraje 062/2012 Cámara de Comercio de Estocolmo, cuyo laudo se dictó el 21.01.2016, consideraciones 207 a 224 para las alegaciones de las partes y 424 a 450 para las consideraciones del Tribunal Arbitral <https://www.mincotur.gob.es/es-es/gabineteprensa/notasprensa/2016/documents/laudo%20final%20arb%20062-2012.pdf>

Para un comentario sobre el contenido de este laudo en concreto, ver Víctor Rafael Hernández-Mendible «El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energía renovables. Caso Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. vs. Reino de España», *Revista de Administración Pública*, n.º 202, (2017): 223-253

¹⁵ Así lo ha hecho el Reino de España ante los tribunales suecos en relación con el Laudo en el caso Novenergia que fue resuelto sobre la base de las Reglas de la Corte de Arbitraje de Estocolmo. Pendiente la resolución, la justicia sueca ha suspendido la ejecución. Puede leerse el comentario de Joel Dahlquist en *Aquiescencia Blog* de derecho internacional de Carlos Espósito, que lleva por título «España impugna el laudo arbitral Novenergia ante los tribunales suecos sobre la base de la sentencia Achmea» (2018)

Se ha escrito con anterioridad que parecía discriminatorio que los inversores nacionales en desacuerdo con decisiones del Estado español, que vehiculaban su inversión a través de una persona jurídica con sede en otro Estado miembro, pudieran escoger entre acudir a los tribunales españoles o plantear su disconformidad en tribunales arbitrales, mientras que los que mantenían su nacionalidad carecían de esa facultad de opción y sólo podían dirigirse a los tribunales estatales¹⁶.

Es cierto que la atribución de la nacionalidad, también la de las personas jurídicas, es competencia de los Estados. No lo es menos que a la hora de estructurar la compañía que efectúa una inversión, hay quien aconseja valorar si tiene sentido que la misma tenga la consideración de nacional de un Estado que sea parte de un tratado de inversiones, para beneficiarse de su protección.

Dada la dificultad de probar que la estructura inversora es un mero cascarón vacío al servicio de la finalidad de ganar la protección de un tratado de inversión, me parece que se deberían concretar los supuestos en que el control directo o indirecto por nacionales del Estado en que se invierte, impliquen que no se la pueda considerar inversor extranjero a los efectos de gozar de la protección del tratado. No me parece empresa fácil; pero entiendo que vale la pena acometerla porque de lo contrario, se da pie a que el procedimiento arbitral de protección de inversiones extranjeras pueda ser visto como una fórmula por la que los económicamente poderosos se autoexcluyen del pacto social que nos iguala a todos ante la ley. Así, el uso fraudulento, a mi modo de ver, de unos pocos, perjudica la imagen de un sistema que ha acreditado sobradamente su utilidad para resolver conflictos concretos y promover la inversión internacional.

En lugar de cuestionar la posibilidad de circunvalar el impedimento de nacionalidad mediante la creación de personas jurídicas en otro Estado, la Comisión equipara a la baja las garantías de todos al excluir la posibilidad de acudir al arbitraje intra-UE. La creación de personas jurídicas fuera de la Unión, como vehículos para articular las inversiones en materia energética en la UE, aunque más costosa que la creación en otro Estado miembro, está al alcance de los grandes inversores, ya sea en

<https://aquiescencia.net/2018/05/23/espana-impugna-el-laudo-arbitral-novenergia-ante-los-tribunales-suecos-sobre-la-base-de-la-sentencia-achmea/>.

Al haber solicitado Novenergia la ejecución en EEUU, las autoridades españolas han solicitado desestimarla al tribunal federal del Distrito de Columbia, <http://ciarglobal.com/espana-pide-a-tribunal-de-ee-uu-desestimar-demanda-de-ejecucion-de-laudo-novenergia/>

¹⁶ Enric R. Bartlett Castellá «Inequidad Manifiesta». *La Vanguardia* 27 de junio de 2016, <https://www.lavanguardia.com/opinion/20160627/402783138510/inequidad-manifiesta.html>

Japón, por poner un ejemplo de otro Estado que ha suscrito y ratificado el TCE y está bien alejado de la frontera exterior de la Unión, o bien en Suiza que es colindante.

La discriminación entre grandes y pequeños inversores en relación con las acciones de defensa disponible, que no se elimina de futuro si pueden acudir al arbitraje los inversores extra UE, se hace más patente cuando, mirando hacia atrás, las demandas de indemnización por modificaciones de la regulación son rechazadas en los tribunales españoles en base a la doctrina del riesgo regulatorio¹⁷ y, en cambio, se aceptan por los tribunales arbitrales por entender que se han vulnerado las legítimas expectativas del inversor.

La argumentación de la jurisprudencia española que no nace derecho a indemnización derivado del cambio de la regulación, se basa en que el inversor que opera acogiéndose a un marco de regulación y renunciando al mercado y a sus oscilaciones, debe asumir que si las circunstancias que justificaron su aprobación cambian, también lo puede hacer, sin compensación alguna, el marco regulatorio. Son diversas y contundentes las críticas que la doctrina española ha efectuado de esta posición jurisprudencial relativa al riesgo regulatorio¹⁸ en las que no voy a abundar. Me limitaré a un análisis sumario sobre la interpretación que la Comisión ha efectuado de la sentencia Achmea y a plantear si es posible otra distinta.

¹⁷ Ver Sentencia del Tribunal Supremo 2320/2012, de 12 de abril, ECLI: ES: TS: 2012:2320. FJ4 <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasearch=TS&reference=6347999&links=&optimize=20120427&publicinterface=true>

¹⁸ Entre otros: Santiago Rodríguez Bajón, «El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites», *Revista de Administración Pública*, n.º 188 (2012): 195; Ángel Garcés Sanagustín, «La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 43-44 (2014): 22; Estanislao Arana García, «La nueva Ley del Sector Eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo de las energías renovables», en el vol. col. *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*. Dir. por José Francisco Alenza García (Navarra: Aranzadi, Cizur Menor, 2014), 133-155. Arana García, «La nueva Ley del Sector Eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo de las energías renovables», 151; Irene Ruiz Olmo y Francisco Delgado Piqueras, «La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico» en el vol. col. *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático, op.cit.* Ruiz Olmo y Delgado Piqueras, «La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico», 71; José Francisco Alenza García, «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 280/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 55 (2016): 17-18.

IV. La garantía de las inversiones intra-UE

La Comisión afirma que *«la legislación de la UE, desarrollada de manera progresiva a lo largo de décadas, proporciona a los inversores un alto nivel de protección»*, si bien admite que *«no puede resolver todos los problemas que afrontan sus actividades»*¹⁹.

Es una afirmación que comparto. No obstante, qué ocurriría si reformulamos la cuestión en los siguientes términos: ¿Los inversores consideran que sus derechos están mejor protegidos por los órganos jurisdiccionales o por los tribunales arbitrales? Ignoro si se ha efectuado una encuesta así y, por tanto, su eventual resultado. No tengo duda que si fuera un inversor en generación eléctrica con energías renovables en España, afectado por los cambios regulatorios efectuados por el Real Decreto-Ley 9/2013 y normas posteriores, a la vista de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y las decisiones de los tribunales arbitrales llamados a intervenir en mérito del artículo 26 del TCE, mi respuesta sería: los tribunales arbitrales defienden mejor los derechos de los inversores²⁰.

Otra pregunta posible sería si la opción de acudir a un tribunal arbitral es un estímulo a la hora de decidir una inversión en Europa. Tampoco conozco una encuesta en estos términos; pero si efectivamente fuera un motivo importante para decidir la inversión, ya no digamos determinante, la interpretación de la Comisión en la Comunicación comentada desaconsejaría inversiones futuras.

¿Qué ocurre con las inversiones ya decididas en base a la vigencia del TCE, cláusula arbitral incluida? ¿Podemos hablar de una vulneración del principio de confianza legítima, de un cambio de reglas de juego a medio partido que defrauda las legítimas expectativas de los inversores? En opinión de la Comisión no, ya que la interpretación que efectúa es, a su modo de ver, la única correcta. Una opinión que es fácil concluir no comparten los inversores que son parte en esos procesos arbitrales.

En los apartados siguientes analizaré si hay maneras de evitar la posible des-incentivación de inversiones intra-UE en el sector energético, fruto de eliminar la posibilidad de arbitrajes y, en consecuencia, si cabe una interpretación distinta a la de la Comisión, tanto para inversiones futuras como para aquellas ya efectuadas, hayan dado lugar o no éstas últimas a un proceso arbitral ya finalizado o todavía en curso.

¹⁹ Comunicación, p.1

²⁰ Esta circunstancia está en la base de no pocas de las críticas que se hacen al sistema arbitral de inversiones. Un repaso de las mismas en Ana Mercedes López Rodríguez, «El Sistema de Tribunales de Inversión...*op.cit.*(2017): 35-37.

V. Ni los tribunales arbitrales establecen jurisprudencia, ni el artículo 344 TFUE se refiere a personas privadas

Afirmar que las cláusulas arbitrales en el TCE son una amenaza al orden jurídico de la Unión Europea, en la medida que ponen en riesgo la aplicación uniforme del derecho de la Unión, ya que los tribunales arbitrales no pueden referir cuestiones prejudiciales al TJUE, se viene sosteniendo desde hace algunos años²¹. Me parece una interpretación muy amplia, por dos razones:

Primera, los tribunales arbitrales no pueden establecer precedentes ni en materia de derecho de la Unión ni en ningún otro.

Segunda, opino que efectivamente, el artículo 344 TFU se refiere a los Estados miembros y no a personas privadas.

La primera afirmación no parece que requiera especial desarrollo. Se deriva del entendimiento generalmente admitido de qué sea un arbitraje. Aunque se vale de la interpretación y aplicación correcta del Derecho, que deviene así el medio o instrumento que utiliza, la finalidad de un arbitraje es resolver conflictos, controversias específicas, y no el crear normas públicas (jurisprudencia).

En relación con la no creación de precedentes por el arbitraje, resulta iluminador el razonamiento efectuado por Victor Ferreres Comella, comentando la obra de Owen Fiss en lo relativo a la conexión entre el arbitraje, la construcción de un sistema de precedentes y los controles democráticos que han de poder ejercer los poderes públicos. Recuerda que para que se desarrolle un sistema de precedentes se deben dar tres condiciones: «a) las decisiones deben estar expresadas en resoluciones escritas y motivadas; b) esas resoluciones deben publicarse; y c) debe existir un órgano central con capacidad para armonizar las interpretaciones discordantes de los distintos decisores». Tras exponer la evolución del arbitraje, concluye que no se da la c) y, a menudo, tampoco la b). A la pregunta de «si deberíamos estar preocupados por el «déficit de precedentes» que exhibe el proceso arbitral», contesta que, en general, la respuesta es negativa, que la comunidad política no debe inquietarse por ello, ya que «los tribunales tienen sobre sus mesas de trabajo un volumen suficiente de controversias para producir precedentes a partir de ellas» y subraya sus aspectos positivos diciendo que «en realidad, es potencialmente ventajoso que los árbitros puedan resolver los casos sin la «carga» de contribuir a un sistema de precedentes: pueden sentirse más dispuestos a ensayar nuevas soluciones a los problemas jurídicos, en la medida en que los efectos

²¹ En este sentido Laurens Ankersmit, (2016) «Is ISDS in EU Trade Agreements Legal under EU Law?» *Investment Treaty News* (2016) <https://www.iisd.org/itn/es/2016/02/29/isds-in-eu-trade-agreements-legal-under-eu-law-laurens-ankersmit/>

*de sus decisiones están limitados a las controversias específicas y no vinculan, por ello, a otros decisores»*²².

Es cierto que incluso las resoluciones arbitrales que no se publican, por pedirlo así una de las partes, normalmente la que ve desestimadas sus pretensiones, se acaban filtrando. También lo es que la petición de no publicidad trae causa de un deseo de evitar el efecto «precedente» para otros casos pendientes. Igualmente, es frecuente que las resoluciones en arbitraje de inversión hagan referencia a resoluciones anteriores, en apoyo de la propia argumentación o intentando justificar porqué se difiere de ellas en una forma similar a la habitual en las sentencias judiciales. Pero pese a todo y las apariencias resultantes, es incontrovertido que los arbitrajes no crean jurisprudencia.

La segunda razón por la que entiendo que es una interpretación muy amplia la de considerar que las cláusulas arbitrales en el TCE son una amenaza al orden jurídico de la Unión Europea, radica en que contamos con un desarrollo del propio TJUE en resoluciones anteriores para dilucidar si el artículo 344 TFUE es aplicable a procedimientos arbitrales entre inversores y Estados Miembros de la UE. Un desarrollo que, como mínimo, permite sugerir que el TJUE no lo ha considerado así en alguno de sus razonamientos precedentes. Así, puede traerse a colación el dictamen 2/13 TJUE (Adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH), de 18 de diciembre de 2014²³.

El artículo 6 del Tratado Unión Europea (TUE), apartado 2 prevé la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)²⁴. En el dictamen 2/13²⁵ que concluye que el acuerdo de adhesión es incompatible con el derecho de la Unión y obliga a revisarlo, se analiza la conformidad del mismo con el artículo 344 TFUE²⁶. En ese análisis, pese a la amplitud de la solicitud de dictamen formulado por la Comisión, sólo

²² Victor Ferreres Comella, «Arbitraje, Democracia y Estado de Derecho: Algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss», *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. 140. (2014): 8-10. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/140

²³ EU: C: 2014: 2454 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=es>

²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12016M006>

²⁵ ECLI: EU : C: 2014 : 2454 De 18 de Diciembre de 2014, que da respuesta a la cuestión planteada por la Comisión en los siguientes términos: «¿Es compatible con los Tratados el Proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950; en lo sucesivo, «CEDH»]?»

²⁶ Paras 201 a 214

se consideran las controversias entre Estados miembros cuando es evidente que la adhesión sería incompatible con el artículo 344 TFUE si las controversias entre particulares y Estados miembros, que son las más típicas de las que conoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), estuvieran incluidas en esta última disposición. En palabras del Abogado General en sus conclusiones en el caso Achmea (152) *«Éste es el motivo por el que, en los apartados 201 a 214 de dicho dictamen, el Tribunal de Justicia se limitó a examinar, desde el punto de vista del artículo 344 TFUE, las controversias entre Estados miembros y entre los Estados miembros y la Unión»*²⁷, (110) *pese a ser consciente del hecho de que, por mor de su adhesión al CEDH, la Unión quedaría vinculada por el artículo 34, primera frase, de éste, el cual establece que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) «podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las [partes contratantes] de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos».* (111)»

Si no plantea problemas al orden jurídico europeo que el TEDH no formule cuestiones prejudiciales al TJUE en relación con los litigios planteados por personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares, no parece que deba plantearlos la intervención de tribunales arbitrales que, a diferencia del TEDH, no establecen jurisprudencia, en supuestos suscitados por la misma categoría de sujetos. Solamente se puede sostener que esto es así en la medida que el artículo 344 TFUE, efectivamente, se refiera solamente a controversias entre Estados miembros.

VI. Los tribunales arbitrales, el TCE y la interpretación de los Tratados Fundacionales

Parece evidente que cualquier controversia en la que, eventualmente, deba aplicarse derecho de la Unión, como lo es el Tratado de la Carta de la Energía por mor de haber sido suscrito no sólo por los Estados miembros

²⁷ «212. Por consiguiente, el hecho mismo de que los Estados miembros o la Unión tengan la posibilidad de interponer una demanda ante el TEDH puede frustrar el objetivo del artículo 344 TFUE y es, además, contrario a la propia naturaleza del Derecho de la Unión, que, como se ha recordado en el apartado 193 del presente dictamen, impone que las relaciones entre los Estados miembros se rijan por ese Derecho, con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho.

213. En tales circunstancias, únicamente sería compatible con el artículo 344 TFUE una exclusión expresa de la competencia del TEDH resultante del artículo 33 del CEDH respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión.»

bros sino por la Unión Europea misma no implica, me atrevería a decir que afortunadamente, una duda relativa a la interpretación o aplicación del Derecho primario de la Unión²⁸. Si fuera normal que suscitara esa incertidumbre, el número de cuestiones prejudiciales referidas al TJUE, por una población de unos quinientos millones de habitantes (antes del Brexit) debería crecer exponencialmente sobre las aproximadamente quinientas/año actuales.

De la jurisprudencia del TJUE se deriva que los tratados internacionales ocupan, jerárquicamente, una posición intermedia entre las fuentes de Derecho primario europeo y las de Derecho derivado²⁹, de ahí que me refiera exclusivamente a la eventual contradicción con el primero.

Es habitual que los tribunales de los Estados miembros dejen de aplicar leyes de los mismos por contradicción con el Derecho de la Unión que es prevalente. En España, por ejemplo, la eventual contradicción con la Constitución de una ley posterior a aquella exige al tribunal que la aprecia el plantear, en todo caso, cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En cambio, si la contradicción lo es con una directiva o reglamento europeos y, a juicio del tribunal estatal, no hay duda sobre la interpretación de aquéllos, puede y de hecho deja de aplicar las leyes españolas directamente sin remitir una cuestión prejudicial al TJUE³⁰. En conclusión, a falta de dudas no es preciso remitir el asunto al TJUE.

La protección de las inversiones, que es uno de los objetivos del TCE, se puede reconducir, en sentido amplio, al libre movimiento de capitales. No obstante, nos podemos preguntar si estamos frente un interrogante sobre cómo interpretar el artículo 63 TFUE cada vez que se cuestiona por un inversor, de acuerdo con el TCE, una decisión de un Estado miembro que o bien entiende no respeta sus previsiones sobre otorgar al inversor extranjero un trato justo y equitativo (artículo 10.1 TCE), o bien el no expropiarle sin indemnizarle (artículo 13.1 TCE). Francamente, a la vista de la suficiente jurisprudencia del TJUE sobre el citado artículo, me parece que la respuesta ha de ser negativa y me inclino a pensar que no tiene sentido afirmar que un tribunal arbitral no puede valorar al resolver un asunto de acuerdo al TCE si se plantean dudas en relación con la interpretación o aplicación del Derecho primario de la Unión.

²⁸ Artículo 216 TFEU

²⁹ Ágoston Mohay, «The Status of International Agreements concluded by the European Union in the EU Legal Order», *Pravni Vjesnik*, Volume 33, n.º 3-4 (2017): 157.

³⁰ Viene siendo una práctica frecuente en relación con la regulación, precisamente, del sector energético. En este sentido, entre otras STS 1425/2012, ECLI ES:TS:2012:1425 <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6315061&links=%22419%2F2010%22&optimize=20120323&publicinterface=true>

Pero es que además, si aceptáramos como premisa la prohibición, que niego, de que un Estado miembro se someta a un arbitraje planteado por una persona privada en base al TCE, porque eso se entiende implica habilitar a una posible interpretación de los tratados de UE y FUE por órganos distintos a los jurisdiccionales internos europeos, los efectos del caso *Achmea* rebasarían las fronteras europeas. Salvo que se afirme que la interpretación del TCE sólo, hipotéticamente, puede chocar con la del TFUE si el inversor que demanda a un Estado miembro europeo también es europeo, no sé ver en base a qué argumento podría excluirse de esta prohibición a los arbitrajes planteados por inversores de Estados no europeos parte del TCE. Y si esto fuera así, y no se les pudiera excluir de la prohibición ¿qué sentido tendría que los Estados no miembros se comprometieran a aceptar arbitrajes promovidos por personas europeas, sin obtener la reciprocidad para sus ciudadanos? Casi que parecería un supuesto de resultado manifiestamente absurdo o irrazonable en los términos del artículo 32 b) de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados³¹.

Prohibir en todo caso la intervención del tribunal arbitral, por si se plantean dudas en relación con la interpretación de los tratados y garantizar la autonomía del orden jurídico europeo, equivale a ponerse la venda antes de la herida³². Sólo lo justificaría si negáramos a los tribunales arbitrales la competencia técnica necesaria para identificar el derecho aplicable. Una negativa que se compadece mal con aceptar su intervención en otros casos, así litigios que enfrenten a no europeos con Estados miembros, y reconocer efectos jurídicos internos a lo que decidan en ellos.

En los procesos arbitrales de inversiones no es extraño que el Tribunal arbitral considere que mientras su análisis debe ceñirse al posible incumplimiento del tratado de inversión correspondiente, en caso de ser necesaria alguna interpretación del derecho interno, la considerará como una cuestión meramente fáctica. Esta misma solución se propone en el acuerdo de libre comercio con Canadá en relación con el Tribunal de Inversiones que prevé para dirimir controversias³³.

³¹ http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf

³² En relación con los TBI intra-UE, el abogado general en sus conclusiones (44) dice que «(...) de cada 62 procedimientos arbitrales internos de la UE cerrados en un período de varias décadas, los inversores sólo han ganado 10 veces (...)» y que en esos casos, (45) «los tribunales arbitrales dieron a la Comisión amplias posibilidades de intervenir en los arbitrajes y, por lo que yo sé, en ninguno de esos 10 asuntos tuvieron que controlar la validez de los actos de la Unión o la compatibilidad de actos de los Estados miembros con el Derecho de la Unión (...)».

³³ Ver el comentario de Ana Mercedes López Rodríguez, «El Sistema de Tribunales de Inversión... *op.cit.*(2017): 48-50, a propósito del artículo 8.31, apartado 2 CETA: «El tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que

Si en un caso que enfrente a un inversor no europeo con un Estado miembro, la eventual aplicación incorrecta del derecho de la Unión por el tribunal arbitral, que no crea jurisprudencia, se puede considerar una cuestión de hecho y, por tanto, que no afecta a la autonomía de este ordenamiento, ¿por qué no considerarla así en el supuesto de arbitraje intra-UE? Además, tanto en un supuesto como en otro, la Comisión retiene su competencia de iniciar un procedimiento contra el Estado miembro que a su juicio, en ejecución del laudo, estuviera vulnerando el derecho de la Unión y, llegado el caso, de demandarlo ante el TJUE.

VII. Los efectos derivados de que la Unión Europea también sea parte del TCE

El hecho que el TCE no sea un tratado bilateral, sino multilateral y, desde la óptica europea, un acuerdo mixto en el que junto a los Estados miembros es parte contratante la Unión, permite sostener que, contrariamente a la opinión de la Comisión, la sentencia Achmea en relación con los TBI es inaplicable al TCE.

El Derecho primario europeo no se refiere expresamente a los denominados acuerdos mixtos, en que tanto la Unión como los Estados miembros son Partes³⁴. En principio, estos acuerdos internacionales recaen sobre áreas en que las competencias de ambos, Unión y Estados miembros, están íntimamente relacionadas, como sería en energía, materia que se configura como una competencia compartida (artículo 4.2.i TFUE).

Para cumplir los compromisos asumidos en dichos acuerdos, las instituciones respectivas de una y otros han de cooperar estrechamente. Una cooperación que incluye la obligación de un Estado miembro de consultar o

supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte. Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte».

³⁴ Así, por ejemplo, el acuerdo de la Organización Mundial del Comercio. Decisión 94/800/EC del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) [OJ 1994 L336]

de informar a las instituciones competentes de la Unión, antes de iniciar un procedimiento de arreglo de disputas establecido en los mismos³⁵.

Las dos cuestiones más importantes en relación con los acuerdos internacionales concluidos por la Unión, mixtos o no, son la posición que ocupan en la jerarquía de fuentes del Derecho de la Unión y si tienen efecto directo, esto es, si confieren derechos y obligaciones a los individuos, que pueden accionar ante los tribunales estatales y las autoridades.

A partir de la disposición que «*Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados*»³⁶ se ha concluido que ocupan una posición intermedia, por debajo de las fuentes primarias; pero por encima de las secundarias. El TJUE ha venido argumentado que en este sentido, «*la primacía de los Acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad sobre las disposiciones de Derecho comunitario derivado impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos Acuerdos*». ³⁷

La cuestión de los efectos directos de los Acuerdos internacionales concluidos por la Unión no está exenta de complejidad. Tiene particular relieve que el TJUE haya sentenciado que los acuerdos del GATT-OMC, que regulan el comercio internacional, a la vez que son vinculantes para la Unión y los Estados miembros, no tienen efectos directos, sino que «*es preciso ponderar simultáneamente el espíritu, el sistema y la letra del Acuerdo General*»³⁸. De esta manera, se impide que los tribunales de los Estados miembros los apliquen directamente y tienen que estar a la interpretación que de los mismos efectúan las instituciones comunitarias a través de reglamentos.

Esta misma jurisprudencia permite sostener que el TCE, a la vista de su propósito y estructura, sí tiene efectos directos. Esto es, crea derechos que los particulares pueden accionar directamente sin esperar a un acto de ejecución por las Partes signatarias. La redacción de su artículo 26 no requiere una ponderación de espíritu, sistema y letra, para deducir que concede al inversor un derecho a optar entre acudir a los Tribunales de la Parte Contra-

³⁵ Ágoston Mohay «The Status of...» *op.cit.*(2017):153 que cita la STJUE de 30 de mayo de 2006 en el caso MOX, C-459/03 paras 176 a 180 ECLI:EU:C:2006:345

³⁶ Artículo 216.2. TFUE

³⁷ C-61/94 Comisión contra República Federal de Alemania, Sentencia de 10 de septiembre de 1996, ECLI:EU:C:1996:313, para 52.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99644&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9713018>

³⁸ C-280/93 República Federal de Alemania contra Consejo de la Unión Europea, Sentencia de 5 de octubre de 1994, ECLI:EU:C:1994:367, para 110. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99101&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9713018>

tante implicada o a un procedimiento de solución de controversias. A mayor abundamiento, uno de los acuerdos del Acta final, expresamente señala que las previsiones del mencionado artículo no requieren una incorporación a la legislación estatal ³⁹.

El propio TJUE en la sentencia *Achmea*, distingue entre un Tratado celebrado por ciertos Estados miembros y un Tratado celebrado por la Unión, a los efectos de valorar la conformidad con el ordenamiento de la Unión de cláusulas arbitrales. Una distinción que trae causa del lugar que ocupa dicho Tratado en el sistema de fuentes del Derecho de la Unión y que se modula en función del carácter directo de sus efectos. Así, cobra todo su sentido la consideración 58⁴⁰ de la Sentencia *Achmea* que permite sostener la legitimidad de someter a un organismo arbitral las controversias a que se refiere el TCE pese a que, a juicio del Tribunal, dicho organismo no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión.

En qué medida el arbitraje puede afectar a la Unión o a los Estados miembros es otra cuestión. En este sentido, la declaración de la Unión Europea (entonces Comunidades) al Secretariado del TCE en relación con el artículo 26(3) (b)(ii)⁴¹ especifica que «*las Comunidades y los Estados miembros afectados determinarán, si es necesario, quién de ellos es la parte demandada en los procedimientos de arbitraje incoados por un inversor de otra Parte contratante*». Igualmente, indica que por lo que respecta al arbitraje internacional, las disposiciones del CIADI no permiten a las Comunidades ser parte en él. Así queda claro que la aplicación del TCE, que han celebrado y del cumplimiento de cuyas obligaciones son responsables internacionalmente tanto la organización regional de integración económica como sus Estados miembros, experimenta modulaciones en función de cuál de los sujetos se encuentre afectado por un caso concreto en el que el Tratado deba aplicarse.

³⁹ «Con respecto a la letra a) del apartado 2) del artículo 26, No deberá interpretarse que la letra a) del apartado 2) del artículo 26 exige a una Parte Contratante incorporar la Parte III del Tratado a su legislación nacional».

⁴⁰ «No obstante, en el presente asunto, además de que (...), la posibilidad de someter estos litigios a un organismo que no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión está establecida por un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros.»

Que de este extremo debía partir la reflexión acerca del modo en que la sentencia *Achmea* podía afectar a la resolución de los arbitrajes pendientes frente a España ante el CIADI, se había apuntado ya en Ibon Hualde López y Victoria Sánchez Pos, «El arbitraje de inversión en España tras la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.10, n.º2 (2018): 870 (para 13).

⁴¹ DOCE L69/116 9.3.98

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ%3AL%3A1998%3A069%3A>
TOC

VIII. El Tratado de la Carta de la Energía es un acuerdo multilateral en que todas las partes contratantes participan en pie de igualdad

Como es bien sabido, el TCE es un acuerdo multilateral, no bilateral, que expresa la voluntad colectiva de las partes signatarias, Unión Europea incluida, «*en que todas las partes contratantes participan en pie de igualdad*»⁴². Se trata de un acuerdo internacional que establece un esquema multilateral para la cooperación transfronteriza en la industria de la energía y cubre todos los aspectos de las actividades relativas a este sector, no sólo la protección de inversiones. Incluye, además de inversión, el comercio, el tránsito, y la eficiencia energética. Ha sido firmado por 52 Estados, la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, si bien tres de ellos, Australia, Bielorrusia y Noruega no lo han ratificado todavía⁴³.

El artículo 26. 3.a) TCE dice que «*las Partes Contratantes consienten incondicionalmente en someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo*».

Que el TCE no permita reservas⁴⁴ y que el incumplimiento del derecho interno de un Estado no pueda ser alegado por el mismo como vicio de su consentimiento⁴⁵, condiciona la interpretación de la declaración sometida por la Unión (Comunidades Europeas en ese momento) al secretariado del Tratado de la Carta de la Energía en relación con el artículo 26(3)(b)(ii) que recuerda el papel del TJU como intérprete de los tratados internacionales suscritos por la Unión (las Comunidades en ese momento) y los Estados miembros y que está publicada el año 1998 en el mismo Diario Oficial que la Carta⁴⁶. En este contexto me parece que no se puede aducir para sostener que las otras partes contratantes conocían que no se admitían arbitrajes intra-comunitarios. Aceptar este argumento en base a una «cláusula de desconexión implícita» equivale a dar por bueno que cualquier obligación internacional asumida por la Unión, o sus Estados miembros, puede quedar sin efecto, unilateralmente, en cualquier momento, sin necesidad de poner en

⁴² Así lo ponen de manifiesto las conclusiones del Abogado General, de 17 septiembre de 2017 (35), que más adelante (43) recuerda que «si ninguna institución de la Unión ni ningún Estado miembro ha solicitado al Tribunal de Justicia un dictamen acerca de la compatibilidad de dicho Tratado con los Tratados UE y FUE, ha sido porque no existía la menor sospecha de una supuesta incompatibilidad».

⁴³ <https://energycharter.org/who-we-are/members-ervers/>

⁴⁴ Artículo 46 del TCE.

⁴⁵ Artículo 27 en relación con el artículo 47 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

⁴⁶ DOCE L69/116 9.3.98

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ%3AL%3A1998%3A069%3A>
TOC

marcha los mecanismos de retirada o modificación de los tratados⁴⁷, lo cual, obviamente, no es aceptable en base a los principios del Derecho Internacional.

Es razonable que si la Unión o/y los Estados miembros consideran que las previsiones del TCE no convienen a sus intereses o/y que vulneran el ordenamiento legal europeo, ejerzan las acciones de retirada o de modificación, en el bien entendido que ésta última requeriría el acuerdo de las otras partes. No me lo parece, en cambio, invocar una «cláusula de desconexión implícita» para retrotraer veinte años una nueva interpretación que permita sostener la anulación o no aplicación de los laudos dictados en base al TCE. Una interpretación que lleva más allá del límite la flexibilidad ínsita en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, cuando establece que éstos han de interpretarse de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de darse a sus términos en el contexto de los mismos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Pensando en las consecuencias de la interpretación de la Comisión, no es baladí recordar que vulnerar el principio de buena fe, que debe presidir la interpretación de los Tratados por parte de los Estados y Organizaciones internacionales que los suscriben, puede dar lugar a situaciones de responsabilidad internacional por incumplimiento sobrevenido. En este caso, lo más chocante sería que esta posible violación de obligaciones internacionales, de constatarse, podría serlo por razones ajenas a la voluntad de los Estados signatarios. En este sentido, podemos imaginar que un Estado miembro quiera cumplir una resolución arbitral dictada en el marco del TCE y que se vea compelido a no hacerlo.⁴⁸

En definitiva, nada hacía pensar en la interpretación de la Comisión, con pretendidos efectos *ex tunc*⁴⁹, adoptada para conmemorar, diría un cínico, el 20 aniversario del Tratado⁵⁰. Pretender extender los efectos de la Sentencia Achmea al TCE con carácter *ex tunc*, en base a la interpretación

⁴⁷ Artículo 59 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

⁴⁸ Así los Estados que, fundamentalmente, son origen de los inversores (República Federal de Alemania, la República Francesa, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria y la República de Finlandia, relacionados en la consideración 34 de las del Abogado General) sería ilógico que asumieran con gusto el punto de vista de la Comisión en las raras ocasiones que son demandados, desprotegiendo a sus nacionales demandantes.

⁴⁹ En este sentido, se había escrito por Hanno Wehland, «Intra Eu-Investment Agreements...*op.cit.* (2009):319, que «el hecho que la Comunidad Europea misma hubiera aceptado CIADI (y otros) arbitrajes de inversión a través de su ratificación del Tratado de la Carta de la Energía constituía una fuerte indicación de que esta forma de resolución de disputas no es irreconciliable con el Derecho comunitario» (traducción del autor)

⁵⁰ Se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 9 de marzo de 1998. La sentencia es de 6 de marzo de 2018 y se publicó en el diario oficial del 7 de mayo.

propuesta por la Comisión Europea, me parece además, una vulneración del principio de confianza legítima en relación con los inversores europeos, que deriva de un signo externo tan significativo como la firma de un tratado internacional multilateral cuya aplicación ha tenido lugar, pacíficamente, durante veinte años.

IX. Dejar sin efecto los laudos dictados o impedir la continuidad de los procesos arbitrales iniciados supone una denegación de justicia a los inversores

Por último, una consideración en términos de Derecho Primario Europeo. El TCE establece un plazo de tres meses desde que se planteó una solución amical para que cualquiera de las partes pueda optar entre accionar ante los tribunales estatales o acudir al arbitraje. Si se dejara sin efecto el desarrollo arbitral escogido, los inversores se encontrarían con la prescripción de acciones para acudir a los tribunales del Estado concernido, lo cual atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 47) que, en virtud del artículo 6 TUE, apartado 1, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados.

En la medida que, como ha señalado el TJUE, el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta constituye un requisito de legalidad de los actos de la Unión, de suerte que no pueden admitirse en la Unión medidas incompatibles con esos mismos derechos⁵¹, en base a la pretendida defensa de su autonomía se estaría vulnerando gravemente el Derecho de la Unión.

X. Conclusiones

La Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2018, en el caso Achmea, resuelve las cuestiones pre-judiciales planteadas por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania, en relación con un artículo de un Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre un Estado miembro (Reino de los Países Bajos) y otro que no lo era (República de Checoslovaquia) y en cuyos

⁵¹ Véanse las sentencias ERT, C-260/89, EU:C:1991:254, apartado 41; Kremzow, C-299/95, EU:C:1997:254, apartado 14; Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, apartado 73, y Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, EU:C:2008:461, apartados 283 y 284, citadas todas ellas en la consideración 169 del Dictamen 2/13 ECLI:EU:C:2014:2454

efectos se subroga, por secesión y consiguiente sucesión, la República de Eslovaquia que accede, posteriormente, a la Unión.

En ningún momento el TJUE se refiere al Tratado de la Carta de la Energía. Pese a ello, la Comisión Europea, en su comunicación sobre Protección de la inversión intra-UE de 19 de julio de 2018, entiende que el artículo 26 del TCE no es compatible con los artículos 257 y 344 del TFUE. Aplica así la conclusión del TJUE relativa al artículo 8 del TBI analizado, que prevé —como el primero— la posibilidad de que un inversor de cualquiera de esos Estados acuda a un arbitraje de inversiones frente a otro Estado miembro.

Esta interpretación de la Comisión, que se pretende *ex tunc* desde la firma del TCE, no tiene presente que el mismo no es un acuerdo bilateral de inversiones sino multilateral y en el que, además, es parte la Unión Europea, lo que la consideración 58 de la sentencia parece indicar abre la vía a pactar sistemas arbitrales. Tampoco considera la comunicación de la Comisión que el tratado no admite reservas, circunstancia que, de por sí, no requiere más comentarios.

Teniendo en cuenta que un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de darse a sus términos en el contexto del mismo y teniendo en cuenta su objeto y fin, de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, es difícil admitir una cláusula de desconexión implícita que altere el sentido del artículo 26. 3.a) TCE de consentir incondicionalmente en someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional.

La Comisión parece sostener que cualquier controversia relativa a una decisión de un Estado miembro, que un inversor de otro Estado miembro entiende no respeta las determinaciones del TCE relativas a trato justo y equitativo (artículo 10.1), o bien no expropiación sin indemnización (artículo 13.1), implica en todo caso la necesidad de resolver dudas sobre la interpretación del artículo 63 TFUE relativo al libre movimiento de capitales. Ni el examen de los casos presentados y resueltos por tribunales arbitrales lo corrobora ni, por otra parte, es coherente con la eficacia que a las decisiones de dichos tribunales se da en el orden jurídico de la Unión cuando resuelven litigios entre inversores no europeos y Estados miembros. Un reconocimiento de eficacia que presupone la competencia técnica necesaria para discernir si una duda sobre la interpretación del TFUE tiene lugar y, en consecuencia, si fuera el caso, decidir abstenerse de intervenir.

Además, si esa necesidad —que niego— de interpretar en todo caso el artículo 63 TFUE se planteara, no se entiende cómo podría mantenerse que la competencia de dichos tribunales arbitrales no vulnera el orden jurídico europeo cuando los inversores no son europeos. Si para soslayar esta dificultad no se aceptara su competencia tampoco en esos casos, no alcanzo

a comprender, entonces, la finalidad del TCE para los Estados no miembros en sus relaciones con la Unión o los Estados miembros, ya que no habría reciprocidad en la protección de las inversiones de sus nacionales.

En definitiva, la interpretación consistente en extender los efectos de una resolución que examina un tratado bilateral al tratado multilateral de la carta de la energía, me parece una pirueta jurídica que vulnera dos principios del Derecho de la Unión: primero, el principio de confianza legítima, concretado en la expectativa de los inversores europeos en que las controversias en la aplicación del Tratado de la Carta de la Energía en relación con inversiones efectuadas en otro Estado miembro, son susceptibles, a su elección, de plantearse en vía arbitral y, en segundo lugar, precisamente el derecho a la tutela judicial efectiva que, indirectamente, se pretende proteger con la interpretación discutida.

Por todo ello me permito sugerir las siguientes propuestas:

- a) Que no se cuestione, en ningún caso, con base en la sentencia *Achmea*, la efectividad de los laudos dictados con anterioridad a la misma.
- b) Que no se pongan en cuestión, tampoco, aquellos otros en que el examen de la cuestión de jurisdicción, por parte del tribunal arbitral, había sido resuelto con anterioridad a la publicación de dicha sentencia.
- c) Que se pregunte al TJUE si el artículo 26 TCE es contrario a los artículos 267 TFUE y 344 TFUE en unos términos que, caso que llegara a concluir su incompatibilidad, exijan su pronunciamiento sobre el impacto de su resolución sobre los procesos arbitrales iniciados con anterioridad y en que la cuestión de jurisdicción se haya resuelto posteriormente. En particular, pidiendo se indique cómo compaginar la eventual inviabilidad de la vía arbitral con la pérdida de acción por prescripción ante los tribunales estatales, para evitar incurrir en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Bibliografía

- Alenza García, José Francisco, «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 280/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 55 (2016): 1-19.
- Ankersmit, Laurens «Is ISDS in EU Trade Agreements Legal under EU Law?» *Investment Treaty News* (2016), <https://www.iisd.org/itn/es/2016/02/29/is-isds-in-eu-trade-agreements-legal-under-eu-law-laurens-ankersmit/>

- Ankersmit, Laurens, «Achmea: ¿El Comienzo del Fin de la ISDS en y con Europa?» *Investment Treaty News* (2018), <https://www.iisd.org/itn/es/2018/04/24/achmea-the-beginning-of-the-end-for-isds-in-and-with-europe-laurens-ankersmit/>
- Arana García, Estanislao, «La nueva Ley del Sector Eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo de las energías renovables», en *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, dir. por José Francisco Alenza García, 133-155. (Navarra: Aranzadi, Cizur Menor, 2014).
- Dahlquist, Joel, «España impugna el laudo arbitral Novenergia ante los tribunales suecos sobre la base de la sentencia Achmea» (2018) *Aquiescencia Blog de derecho internacional de Carlos Espósito*, <https://aquiescencia.net/2018/05/23/espana-impugna-el-laudo-arbitral-novenergia-ante-los-tribunales-suecos-sobre-la-base-de-la-sentencia-achmea/>
- Ferreres Comella, Víctor, «Arbitraje, Democracia y Estado de Derecho: Algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss» (2014). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 140*, http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/140
- Garcés Sanagustín, Ángel, «La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 43-44, (2014): 9-70.
- Hernández-Mendible, Víctor Rafael, «El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energía renovables. Caso Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. vs. Reino de España», *Revista de Administración Pública*, n.º 202 (2017): 223-253.
- Hualde López, Ibon y Victoria Sánchez Pos, «El arbitraje de inversión en España tras la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.10, N.º 2 (2018): 866-872.
- Iruretagoiena Agirreabalaga, Iñigo, «La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *La Ley Unión Europea*, n.º 60, (2018):1-23.
- López Rodríguez, Ana Mercedes, «El Sistema de Tribunales de Inversión». Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 57 (2017): 29-68, <http://dx.doi.org/10.18543/ced-57-2017pp29-68>
- Mohay, Ágoston «The Status of International Agreements concluded by the European Union in the EU Legal Order», *Pravni Vjesnik*, Vol. 33, n.º 3-4, (2017):151-164(14), DOI: <https://doi.org/10.25234/pv/5534>
- Rodríguez Bajón, Santiago «El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites», *Revista de Administración Pública*, n.º 188, (2012): 189-205.
- Ruiz Olmo, Irene y Francisco Delgado Piqueras, «La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico» en el vol. col. *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, dir. por Alenza García, José Francisco, 59-96. (Navarra: Aranzadi, Cizur Menor, 2014)
- Wehland, Hanno, «Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: is European Community Law and Obstacle?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, (2009):297-320.

Sobre el autor

Enric. R. Bartlett Castellá es profesor de Derecho Público en ESADE Business & Law Schools (Universitat Ramon Llull), donde enseña Derecho Administrativo, Derecho Urbanístico y Medio Ambiental y dirige el Seminario de Derechos Humanos. Fue Decano de la Facultad. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (1998) ha desarrollado parte de su carrera profesional en el sector público. Primero, como secretario-interventor de Administración Local, actividad que ejerció durante seis años en el Ayuntamiento de Monistrol de Montserrat (Barcelona), luego en el Síndic de Greuges (Ombudsman) de Cataluña, institución de la que fue asesor, secretario general y adjunto al Síndic. Sus publicaciones más recientes tratan de la lucha contra la pobreza energética desde la regulación, europea y estatal, del sector eléctrico. Sus líneas de estudio actuales son Derecho público de la economía, con particular atención a la transición energética, y Derechos humanos y cohesión social.

About the author

Enric. R. Bartlett Castellá is a lecturer in public law at ESADE Business & Law Schools (Universitat Ramon Llull), where he teaches administrative law, urban planning and environmental law and leads the Human Rights Seminar. He has served as dean of the faculty. He has a PhD in law from the University of Barcelona (1998) and has developed part of his professional career in the public sector. Firstly, as secretary-controller of local administration in the City Hall of Monistrol de Montserrat (Barcelona) for six years, and then in the office of the Catalan ombudsman (Síndic de Greuges) as advisor, general secretary, and deputy ombudsman. His most recent publications deal with the fight against energy poverty and the European and state regulation of the electricity sector. His current lines of study are public law in the economy, with a focus on energy transition, human rights, and social cohesion.

Jurisprudencia

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Case Law Review of the Court of Justice of the European Union

David Ordóñez Solís

Magistrado y miembro de la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019pp197-230>

Sumario: I. Introducción.—II. Primera parte. Los desarrollos Jurisprudenciales del Derecho de la Unión Europea 1. Los aspectos constitucionales e institucionales de la Unión Europea a) La compatibilidad del Acuerdo entre la UE y Canadá con el Derecho constitucional de la Unión b) La independencia de los gobernadores en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) c) Las garantías de los procedimientos de protección frente al acoso en las instituciones europeas 2. Las personas y las fronteras en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia 3. El mercado único europeo a) Las restricciones a las libertades económicas y el ejercicio de la prostitución b) La complejidad del régimen de ayudas de Estado y la indemnización de las empresas competidoras c) Las restricciones al ejercicio de la profesión de abogado d) El mantenimiento del derecho de los trabajadores en caso de transmisión de empresas y el empleo público.—III. Segunda parte. La Jurisprudencia Europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el Derecho Interno 1. La independencia económica de los jueces españoles: *sentencia Escribano Vindel* 2. La protección de los consumidores: las cláusulas abusivas, las denominaciones de origen del queso manchego, el seguro de automóviles y el transporte aéreo 3. La protección de los derechos de los trabajadores: la jornada laboral, los trabajadores temporales y la pensión de las trabajadoras a tiempo parcial 4. La armonización fiscal de IVA: *sentencia Nestrade* y *sentencia Oro Efectivo* 5. La Directiva de servicios y la «bomboa de butano» 6. Los derechos exclusivos en materia de servicios postales 7. Las contribuciones de las empresas de telecomunicaciones en la financiación de la radiotelevisión pública.—IV. Relación de las sentencias comentadas

I. Introducción

En 2018 el Tribunal de Justicia dictó 462 sentencias y 101 autos jurisdiccionales, de los cuales 354 sentencias y 35 autos respondían reenvíos prejudiciales. El predominio de las cuestiones prejudiciales resulta apabullante y revela la importancia de la cooperación de los tribunales nacionales con el Tribunal de Justicia.

Esto explica la importancia que en otros tribunales se le empieza a dar a la cooperación de los jueces nacionales con los jueces supranacionales. Así resulta de la primera respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en forma de dictamen de la Gran Sala, de 10 de abril de 2019. Es la primera vez que se utiliza este procedimiento en Estrasburgo. El 12 de octubre de 2018 el Tribunal de Casación francés (demanda n.º P16-2018-001) le pregunta al Tribunal Europeo sobre la espionosa cuestión del reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente.

Este procedimiento prejudicial en Estrasburgo fue posible gracias a que el Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos había entrado en vigor el 1 de agosto de 2018. En estos momentos solo son parte 13 (entre los que destacan Francia y los Países Bajos) de los 47 Estados del Consejo de Europa. No estaría mal que España imitase a su vecino del Norte.

En su dictamen el Tribunal Europeo recuerda que su función no consiste en pronunciarse, como en los procedimientos contradictorios, mediante una sentencia vinculante sino más bien en proporcionar, en el plazo más breve posible, al órgano jurisdiccional solicitante una orientación que le permita garantizar el respeto de los derechos consagrados en el Convenio a la hora de resolver el asunto del que conoce (apartado 35 del dictamen).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un formato muy sencillo, que convendría que se adoptase en sustitución de sus recargadas sentencias habituales, constata que «la falta de reconocimiento de una relación jurídica entre un niño nacido a través de un acuerdo de gestación subrogada llevado a cabo en el extranjero y la madre comitente tiene [u]n impacto negativo en varios aspectos del derecho de ese niño al respeto de su vida privada» (apartado 40).

Por tanto, el Tribunal de Estrasburgo concluye considerando que el derecho del niño al respeto de su vida privada, reconocido por el artículo 8 del Convenio, exige que la legislación francesa prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, aunque este reconocimiento puede adoptar la forma de inscripción en el regis-

tro civil u otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento se aplique con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño.

La vía prejudicial es la que ha dado consistencia a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia desde Luxemburgo y permite elaborar esta *Crónica* atendiendo a algunas de las líneas jurisprudenciales más significativas (primera parte) y a las respuestas a las preguntas prejudiciales de los tribunales españoles con carácter más exhaustivo (segunda parte).

II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del Derecho de la Unión Europea

La *Crónica* debe seguir la evolución de las respuestas a las cuestiones prejudiciales, sin perjuicio de tener en cuenta, en menor medida, algún recurso directo e incluso un dictamen sobre la celebración de un tratado internacional con Canadá.

Esta parte debe ser necesariamente selectiva y, de alguna manera, representativa por lo que me ocupo de los desarrollos institucionales, de las personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia; y, en fin, del mercado único europeo. A tal efecto, debo subrayar que el espacio de libertad, seguridad y justicia sigue acaparando una máxima atención lo que se refleja en las estadísticas de 2018; año en el que 67 sentencias y 7 autos se refirieron a esta cuestión; mientras que las siguientes más destacadas fueron la fiscalidad (56 sentencias y 2 autos) y la política social (37 sentencias y 5 autos).

1. *Los aspectos constitucionales e institucionales de la Unión Europea*

El Tribunal de Justicia se encarga de velar por el sistema constitucional de la Unión y por la estructura institucional de la Unión Europea que desborda el tradicional triángulo Comisión, Parlamento y Consejo.

Es conveniente reparar en tres aspectos que ha tratado el Tribunal de Justicia: el primero se contiene en un nuevo dictamen sobre la compatibilidad de un tratado internacional con Canadá con el Derecho de la Unión; el segundo afecta a la estructura de la Unión Económica y Monetaria, se trata de una sentencia relativa a la independencia de un gobernador del Banco central de Letonia; y en tercer lugar, otra sentencia muestra de qué modo se resuelven cuestiones del personal al servicio de las instituciones y organismos de la Unión, en este caso la denuncia de acoso por una empleada del Banco Europeo de Inversiones (BEI).

a) La compatibilidad del Acuerdo entre la UE y Canadá con el Derecho constitucional de la Unión

El dictamen 1/17, adoptado por el Pleno del Tribunal de Justicia el 30 de abril de 2019 considera que Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, *Comprehensive Economic and Trade Agreement*) de la UE con Canadá es compatible con el Derecho primario de la Unión.

El dictamen lo solicitó Bélgica y pretendía saber si las previsiones sobre el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados (SDIE) eran compatibles con los derechos fundamentales de la Unión.

Como señalaba en sus Conclusiones el abogado general Yves Bot, seguidas en lo sustancial por el Tribunal de Justicia, se trata de un acuerdo de libre comercio de «nueva generación» «en la medida en que, además de las disposiciones tradicionales relativas a la reducción de los derechos de aduana y de los obstáculos no arancelarios que afectan al comercio de mercancías y de servicios, contiene disposiciones, en particular, en materia de inversiones, contratación pública, competencia, protección de la propiedad intelectual y desarrollo sostenible». Asimismo, con este mecanismo la Unión trata de llevar a cabo una reforma global del modelo de solución de diferencias entre inversores y Estados mediante la evolución del actual régimen, basado en los principios del arbitraje, hacia un modelo, que finalizaría con la creación de un tribunal multilateral permanente (apartado 8).

Por tanto, la consulta de Bélgica tenía gran importancia para esta política comercial de la Unión Europea porque, como insiste el AG Bot, «la Unión se ha visto obligada a abordar con pragmatismo las negociaciones con terceros Estados a este respecto, habida cuenta de que tanto sus socios como los propios inversores consideran el arbitraje entre inversores y Estados un elemento indispensable para garantizar la protección de estos últimos» (apartado 19).

De modo que la respuesta del Tribunal de Justicia, que en anteriores ocasiones había sido reticente a este tipo de estructuras arbitrales o judiciales que le pudieran hacer sombra, era decisiva.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia examina la compatibilidad del SDIE con la autonomía del Derecho de la Unión. El punto de partida de sus razonamientos es que una interpretación maximalista supondría un aislamiento de la Unión Europea. Sin embargo, como recuerda el AG Bot, «la salvaguarda de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión no es sinónimo de autarquía» o, citando expresamente un estudio del propio presidente del Tribunal de Justicia, K. Lenaerts, «la autonomía constitucional de la Unión no incluye entre sus rasgos característicos una finalidad aislacionista» (nota 48 de las Conclusiones).

A tal efecto, el Tribunal de Justicia recuerda que tal autonomía «existe tanto en relación con el Derecho de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional, se deriva de las características esenciales de la Unión y de su Derecho». Y también recuerda las características de este Derecho enunciando los lugares comunes al respecto: «por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a esos mismos Estados y a sus nacionales. Estas características han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, así como a los Estados miembros entre sí» (apartado 109). Asimismo, la autonomía supone que la Unión está dotada de un marco constitucional propio (apartado 110) y que cuenta con un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión (apartado 111).

Ahora bien, el Tribunal de Justicia comprueba que el mecanismo SDIE se encuentra fuera del sistema jurisdiccional de la Unión y el Tribunal y el Tribunal de Apelación del CETA no tienen competencia para interpretar y aplicar normas del Derecho de la Unión que no sean las disposiciones del CETA.

Asimismo, el Tribunal de Justicia subraya que los tribunales del CETA no interpretan el Derecho de la Unión sino que toman en consideración este Derecho como elemento de hecho y están obligados a seguir la interpretación dominante de ese Derecho realizada por los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la Unión, y dichos órganos jurisdiccionales y autoridades no estarán vinculados, por lo demás, por el sentido que dé a ese Derecho interno el Tribunal CETA.

También el Tribunal de Justicia insiste en que los tribunales del CETA no pueden ser competentes para dictar laudos en los que se declare incompatible con el CETA el trato a un inversor canadiense debido al nivel de protección de un interés público fijado por las instituciones de la Unión porque eso comprometería la capacidad de la Unión de actuar de manera autónoma en su propio marco constitucional.

En fin, el Tribunal de Justicia salva la objeción planteada por Bélgica de que el trato de los inversores canadienses en la Unión sería discriminatorio. Por una parte, el Tribunal de Justicia admite discriminaciones por razón de la nacionalidad dado que «el artículo 20 de la Carta no obliga a la Unión a otorgar, en sus relaciones exteriores, un trato igual a los distintos Estados terceros» (apartado 173). En cambio, por otra parte, el principio de igualdad de trato ante la ley «exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté objetivamente justificado» (apartado 176).

Y así lo resuelve el Tribunal de Justicia: «las empresas y las personas físicas canadienses que invierten en la Unión se encuentran en una situación comparable a la de las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en Canadá, su situación no es comparable, en cambio, con la de las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en la Unión» (apartado 180).

Por último, el Tribunal de Justicia examina la compatibilidad del SDIE con el derecho a acceder a un tribunal independiente. Y sobre este particular, recuerda su jurisprudencia anterior conforme a la cual las «garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, el nombramiento, la duración del mandato y las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio» (apartado 204).

A tal efecto, el Tribunal de Justicia examina y llega a la conclusión de que las normas de accesibilidad a los tribunales del CETA, en materia de costas de manera especial, son conformes con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 47 de la Carta. También considera el Tribunal de Justicia, siempre y cuando se tengan en cuenta algunas adaptaciones en materia de retribución de los miembros de los tribunales del CETA, que el acuerdo del CETA es compatible con la exigencia de independencia.

Este dictamen ha supuesto un alivio para la política comercial de la Unión Europea y permite albergar esperanzas de que la autosuficiencia y el solipsismo que desde la perspectiva europea se critica en numerosos tribunales nacionales no sean notas comunes del propio Tribunal de Justicia.

b) La independencia de los gobernadores en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC)

La credibilidad del Sistema Monetario Europeo depende del funcionamiento de sistema institucional que lo dirige, es decir, del Banco Central Europeo (BCE) y del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC).

El Tribunal de Justicia ha resuelto en su *sentencia Rimšēvičs, C-202/18* y *C-238/18*, la delicada cuestión de la independencia de los Gobernadores de los Bancos centrales. En este caso se planteaba si era compatible con el estatuto de independencia de estos Gobernadores una decisión de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de Letonia que prohibía cautelarmente al Sr. Ilmārs Rimšēvičs ejercer sus funciones de gobernador del Banco de Letonia puesto para el que había sido nombrado en 2013 y por un período de seis años.

La suspensión del gobernador letón tenía su origen en la acusación de haber solicitado y aceptado en 2013 un soborno para que ejerciera su influencia de gobernador en beneficio de un banco privado de Letonia.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia resuelve dos recursos directos planteados contra Letonia por el Sr. Rimšēvičs y por el BCE y anula la resolución de la Oficina Letona de Lucha contra la Corrupción en la medida en que prohibía al Sr. Ilmārs Rimšēvičs ejercer sus funciones de gobernador.

Frente a la alegación de falta de competencia invocada por Letonia, el Tribunal de Justicia subraya que los Estados miembros, a través de los Tratados constitutivos, confiaron «directamente al Tribunal de Justicia la competencia para conocer de la legalidad de la decisión de relevar de su mandato al gobernador de un banco central nacional» y «pusieron de manifiesto la importancia que conceden a la independencia de los titulares de dichas funciones».

En cuanto a los recursos formulados prudentemente por el Sr. Rimšēvičs y por el BCE, el Tribunal de Justicia no duda en recalificarlos como recursos de anulación, o como dice la sentencia: «se desprende de un análisis sistemático que la especificidad del artículo 14.2 de los Estatutos del SEBC y del BCE no es incompatible con las características del recurso de anulación» (apartado 68).

No obstante, el Tribunal de Justicia es consciente de que el poder de anulación se refiere a un acto jurídico nacional por lo que explica: «el SEBC constituye en Derecho de la Unión una construcción jurídica original en la que participan y cooperan estrechamente las instituciones nacionales, esto es, los bancos centrales nacionales, y una institución de la Unión, a saber, el BCE, y en el que prima una articulación diferente y una distinción menos pronunciada entre el ordenamiento jurídico de la Unión y los ordenamientos jurídicos internos» (apartado 69).

El Tribunal de Justicia insiste en que este control directo de la legalidad de los actos de los Estados miembros, lo que incluye como ocurrió también en este caso las medidas cautelares, es necesario para garantizar la eficacia de la decisión judicial porque de otro modo «no se daría respuesta de manera satisfactoria a las intenciones de los autores de los Estatutos del SEBC y del BCE si la sentencia [...] tuviera carácter declarativo y si sus efectos dependieran de su ejecución por parte de las autoridades nacionales» (apartado 74).

Por último, el Tribunal de Justicia resuelve el problema de la legalidad de la suspensión del gobernador del Banco central de Letonia acusado de un grave crimen en el sentido de que «corresponde al Tribunal de Justicia [...] comprobar que únicamente se adopte una prohibición provisional al gobernador afectado de ejercer sus funciones si existen indicios suficientes de que ha incurrido en una falta grave que pueda justificar tal medida» (apartado 92).

Ahora bien y en este caso, el propio Tribunal de Justicia en el procedimiento judicial requirió a Letonia para que presentase pruebas pero «ninguno de los documentos aportados por la República de Letonia tras la vista contiene elementos probatorios que permitan demostrar la existencia de indicios suficientes del fundamento de las acusaciones formuladas contra el interesado» (apartado 94).

Por tanto, el Tribunal de Justicia consideró injustificada la suspensión del gobernador del Banco de Letonia, anuló el acto nacional adoptado en tal sentido y reconoció el derecho del Sr. Rimšēvičs de ejercer sus funciones.

c) Las garantías de los procedimientos de protección frente al acoso en las instituciones europeas

La intrahistoria de las instituciones de la Unión Europea resulta de gran importancia y, de hecho, el sostenimiento del aparato burocrático europeo forma parte de su identidad. Ahora bien, la gestión de los empleados de la Unión Europea, muy inspirado en la tradición administrativa francesa, ha sido controlada por el Tribunal de Justicia, en instancia por un Tribunal de la Función Pública, absorbido ahora por el Tribunal General. En primera instancia un 11% de los litigios ante el Tribunal General se refieren a la función pública (en 2018 resolvió 92 asuntos de esta clase de un total de 834) y al Tribunal de Justicia llega ya solo el 19% (cuando la media total de recursos también en 2018 fue del 27%).

El Tribunal de Justicia ha dictado la interesante *sentencia OZ / BEI*, C-558/17 P, referida al procedimiento por acoso laboral en el Banco Europeo de Inversiones (BEI) con sede en Luxemburgo. El Tribunal de Justicia corrige la sentencia desestimatoria del Tribunal General aunque, finalmente, desestima la solicitud de indemnización de la empleada que había denunciado el acoso.

La clave de la sentencia de casación radica en una interpretación conforme a la cual a un procedimiento seguido con motivo de la denuncia de acoso laboral no se aplica el artículo 47 de la Carta, de derecho a la tutela judicial efectiva porque ni el comité de investigación, instancia *ad hoc*, cuyos miembros designa el presidente del BEI y formula recomendaciones no vinculantes sobre el resultado de una investigación, ni el presidente del BEI, cumplen los criterios precisados por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia para definir el concepto de «tribunal».

En cambio, es aplicable el artículo 41 de la Carta sobre el derecho a una buena administración de manera que toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable, y también incluye el derecho de toda persona a ser oída antes de que se adopte en contra suya una medida

individual que la afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, y la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

Por tanto, a juicio del Tribunal de Justicia el artículo 41 de la Carta debe interpretarse en estos términos: «el derecho a ser oído garantiza a cualquier persona la posibilidad de expresar de manera adecuada y efectiva su punto de vista durante el procedimiento administrativo y antes de que se adopte cualquier decisión que pueda afectar desfavorablemente a sus intereses».

El Tribunal de Justicia lo explica detalladamente en estos términos: «el Tribunal General incurrió en error de Derecho al no declarar que era contrario a las exigencias derivadas del artículo 41 de la Carta el hecho de que no se hubiera comunicado a la recurrente [...] al menos un resumen de las declaraciones de la persona acusada de acoso y de los diferentes testigos y que no hubiera podido ser oída sobre estas, de modo que no había podido formular útilmente observaciones sobre su contenido antes de que el comité de investigación presentara sus recomendaciones al presidente del BEI y, en cualquier caso, antes de que este adoptara la decisión controvertida, que la afectaba desfavorablemente» (apartado 59).

Ahora bien y en cuanto al fondo del asunto, aun cuando el Tribunal de Justicia anula la decisión adoptada por el BEI, rechaza que se hubiese violado el derecho al respeto a la vida privada reconocido por el artículo 7 de la Carta en la medida en que, por una parte, el procedimiento controvertido responde a un objetivo de interés general, a saber, la identificación de posibles prácticas de acoso, en particular sexual, que atentan contra la dignidad humana; y, por otra parte, las referencias a elementos correspondientes a la vida privada de la recurrente en casación, incluidos en el informe del comité de investigación y en la decisión litigiosa, no fueron excesivos ni carentes de pertinencia.

Por tanto, el Tribunal de Justicia termina anulando la decisión del BEI pero considera que tal anulación constituye una reparación adecuada de cualquier perjuicio moral que la recurrente pudiera haber sufrido.

2. Las personas y las fronteras en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia

El Tribunal de Justicia se ha esforzado por establecer un estatuto de la ciudadanía de la Unión y una equiparación, en la mayor medida posible, entre nacionales, ciudadanos de la Unión y nacionales de terceros países. Asimismo este espacio europeo se está construyendo gracias a la aplicación de los principios de confianza recíproca y de reconocimiento mutuo. Análisis

la distinción entre fronteras exteriores e interiores de la Unión y de los numerosos casos relativos al espacio de libertad, seguridad y justicia, examino situaciones vinculadas a los ciudadanos de la Unión, a los nacionales de terceros países y a los refugiados.

Al aplicar el Derecho europeo a los extranjeros ya no son lo mismo las fronteras interiores que las fronteras exteriores de la Unión. Así lo pone de manifiesto el Tribunal de Justicia en la *sentencia Arib*, C-444/17, referida a un control de extranjeros precisamente en la frontera franco-española.

El litigio tenía su origen en la detención por las autoridades francesas del marroquí Abdelaziz Arib que procedente de España había entrado ilegalmente en Francia. No obstante, el Juez de Perpiñán anuló la detención preventiva de la Prefectura para su internamiento y expulsión al considerar que el cruce se había producido en las fronteras interiores. Esta resolución judicial fue confirmada en apelación y el Tribunal de Casación de París planteó la cuestión al Tribunal de Justicia.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia considera que Directiva 2008/115 para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular permite a las autoridades nacionales continuar aplicando en sus fronteras exteriores procedimientos de retorno simplificados, sin tener que completar todas las fases procedimentales establecidas en la Directiva y poder así expulsar con mayor rapidez a los nacionales de terceros países interceptados al cruzar estas fronteras. Sin embargo, esta excepción no es aplicable cuando los extranjeros son interceptados en las fronteras interiores porque los conceptos de «fronteras interiores» y «fronteras exteriores» se excluyen mutuamente.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia recuerda que la Directiva 2008/115 no se opone a la detención de un nacional de un tercer país en situación irregular cuando tal medida se adopta porque dicho nacional es sospechoso de haber cometido otro delito distinto de su mera entrada ilegal en el territorio nacional, por ejemplo, un delito que pueda constituir una amenaza para el orden público o la seguridad interior.

En cuanto a la ciudadanía de la Unión, es muy significativa la *sentencia Tjebbes*, C-221/17, donde la Gran Sala del Tribunal de Justicia admite la legitimidad de la pérdida de la nacionalidad holandesa por residencia fuera de los Países Bajos y de la Unión Europea por un tiempo superior a 10 años. No obstante, esta legislación holandesa, en la medida en que afecta al estatuto de ciudadanía de la Unión, queda sometida al principio de proporcionalidad por lo que «incumbe especialmente a las autoridades nacionales competentes —y, en su caso, a los tribunales nacionales— verificar si la pérdida de la nacionalidad resulta conforme con los derechos fundamentales consagrados en la Carta cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia y, muy especialmente, con el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se formula en el artículo 7 de la propia Carta, que debe interpretarse en re-

lación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño» (apartado 45).

Respecto de los refugiados, en la *sentencia Jawo*, C-163/17, se plantea la cuestión del traslado de un gambiano de Alemania a Italia en aplicación del *procedimiento de Dublín III* y sus derechos fundamentales. En este caso y frente a la oposición del gambiano de perder calidad de vida en el traslado de Alemania a Italia, el Tribunal de Justicia puntualiza: «el mero hecho de que la protección social o las condiciones de vida sean más favorables en el Estado miembro requirente que en el Estado miembro en principio responsable del examen de la solicitud de protección internacional no permite afianzar la conclusión de que la persona interesada se verá expuesta, en caso de ser trasladada a este último Estado miembro, a un riesgo real de sufrir un trato contrario al artículo 4 de la Carta» (apartado 97).

También en relación con palestinos apátridas residentes en Siria que entraron por Bulgaria y con un checheno que entró por Polonia y terminaron su periplo en Alemania, la *sentencia Ibrahim y Magamadov*, C-297/17, C-318/17, C-319/17 y C-438/17, establece el principio conforme al cual: «en el contexto del sistema europeo común de asilo, debe presumirse que el trato dispensado a los solicitantes de protección internacional en cada Estado miembro es conforme con las exigencias de la Carta, de la Convención de Ginebra y del CEDH».

En la *sentencia H. y R.*, C-582/17 y C-583/17, referida a la determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional de acuerdo con el Reglamento (UE) n.º 604/2013 o *procedimiento de Dublín III*, muestra la pugna entre las autoridades holandesas y alemanas por deshacerse de dos solicitantes de asilo que, no obstante, habían presentado la primera solicitud en Alemania.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia considera que ambos casos se refieren al procedimiento de readmisión y no a un procedimiento de toma a cargo. Por tanto, si un nacional de un tercer país que ha presentado una solicitud de protección internacional en Alemania y que posteriormente abandona Alemania y presenta a continuación una nueva solicitud de protección internacional en los Países Bajos, no podrá, en principio, invocar el criterio de responsabilidad y solo excepcionalmente podrá invocarlo si le transmitió datos que demuestren manifiestamente su responsabilidad.

En dos sentencias prácticamente iguales el Tribunal de Justicia señala quién puede emitir euro-órdenes consolidando, de este modo, el espacio de libertad, seguridad y justicia mediante la aplicación de los principios de confianza recíproca y de reconocimiento mutuo. En la *sentencia OG y PI (Fiscalía de Lübeck y Fiscalía de Zwickau)*, C-508/18 y C-82/19 PPU, el Tribunal de Justicia considera que los Fiscales alemanes no pueden emitir órdenes europeas de detención y entrega; en cambio, en la *sentencia PF*

(*Fiscal General de Lituania*), C-509/18, el Tribunal de Justicia determina que los Fiscales lituanos sí lo pueden hacer.

Las cuestiones prejudiciales procedían de Irlanda, del Tribunal Supremo y de la High Court, que debían resolver sobre la oposición a la solicitud de sendas órdenes de detención y entrega formuladas en procedimientos penales desde Alemania (respecto de un lituano y un rumano) y desde Lituania (respecto de un lituano).

El punto de partida del Tribunal de Justicia es que la orden de detención europea es la primera concreción en el ámbito del Derecho penal del principio de reconocimiento mutuo.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia constata que el concepto de «autoridad judicial» puede englobar a las autoridades nacionales que, sin ser necesariamente jueces o tribunales, participan en la administración de la justicia penal de cada Estado miembro.

En tercer lugar, ambas sentencias reconocen que una autoridad, como una fiscalía, que tiene competencia, en el marco del procedimiento penal, para ejercer la acción penal contra una persona sospechosa de haber cometido un delito a fin de que sea llevada ante un tribunal, participa en la administración de la justicia de cada Estado miembro.

Sin embargo, a partir de aquí las dos sentencias del Tribunal de Justicia examinan la independencia respecto del Ejecutivo de las Fiscalías alemana y lituana, llegando a resultados sustancialmente diferentes.

En cuanto a Alemania, el Tribunal de Justicia comprueba en la *sentencia OG y PI* que las Fiscalías están expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, en este caso de un ministro regional de Justicia, en el marco de la adopción de una decisión relativa a la emisión de una orden de detención europea. Por tanto y desde Alemania sus fiscalías no podrían emitir órdenes europeas de detención.

En cambio, en la *sentencia PF* se constata que el Fiscal General de Lituania puede ser calificado de «autoridad judicial emisora» habida cuenta de que su estatuto le garantiza no solo la objetividad de sus misiones sino que le confiere la independencia frente al poder ejecutivo a la hora de emitir las órdenes de detención europea.

3. *El mercado único europeo*

El alcance del mercado interior incluye las libertades económicas fundamentales, la política de la competencia, en particular las ayudas de Estado, y la armonización de las legislaciones nacionales, que merecen el comentario de algunas sentencias destacadas de este primer semestre de 2019.

a) Las restricciones a las libertades económicas y el ejercicio de la prostitución

La *sentencia PI / Landespolizeidirektion Tirol, C-230/18*, hace un análisis muy interesante de lo que supone el mercado europeo en relación con los servicios de prostitución y los límites que tienen las prohibiciones y restricciones que sobre el particular impongan las autoridades nacionales.

El litigio había surgido en Innsbruck, en el Tirol austriaco, donde una ciudadana búlgara tenía licencia para ofrecer servicios de masajes desde 2011. No obstante, la Policía tirolesa comprobó en 2017 durante una inspección que, en realidad, en ese negocio se ofrecían servicios sexuales por lo que cerró y precintó el local, sin permitir el acceso de su propietaria y sin responder a un recurso administrativo. Planteado el litigio ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Tirol, este acude al Tribunal de Justicia que le hace varias observaciones de gran interés.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia observa que la ciudadana búlgara está ejerciendo su derecho de establecimiento y goza de la libertad de empresa en Austria pero cabe que se establezcan restricciones a los derechos y libertades consagrados en los artículos 15 y 16 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión siempre y cuando «tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

La justificación de las restricciones se basaba, según las autoridades austriacas, en la prevención de actividades delictivas relacionadas con la prostitución y para proteger la salud humana. Aun cuando la prostitución no está prohibida en el Tirol, el Tribunal de Justicia consideró que la normativa tirolesa y la actuación de su policía debían considerarse justificadas por razones imperiosas de interés general y adecuadas para garantizar la realización de los objetivos perseguidos por dicha normativa.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia examina el alcance de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y de defensa de los artículos 47 y 48 de la Carta, cuyo corolario es «la obligación de motivar una decisión de modo suficientemente específico y concreto para que el interesado pueda comprender las razones de la denegación que se opone a su solicitud».

En este caso el Tribunal de Justicia comprueba que la decisión de cierre con efecto inmediato del establecimiento comercial no estaba debidamente motivada fáctica y jurídicamente por escrito ni se había comunicado a la interesada. Asimismo, el Tribunal de Justicia le recuerda al tribunal tiroles que el cierre decretado podía ser anulado siempre y cuando se aportase

la autorización de explotación de un prostíbulo o se garantizase que cesaría este tipo de actividad.

b) La complejidad del régimen de ayudas de Estado y la indemnización de las empresas competidoras

El régimen europeo de las ayudas de Estado sigue siendo uno de los pilares del mercado único y, por ende, de la integración europea. Sin embargo, es necesario reconocer la maraña burocrática que tanto resta de seguridad jurídica y el tiempo que cuestiones relativamente sencillas necesitan para resolver los litigios, centrados fundamentalmente en la ilegalidad de las ayudas (por no haberse notificado convenientemente a la Comisión), la incompatibilidad de las ayudas (en manos exclusivamente de la Comisión, bajo el control del Tribunal General y del Tribunal de Justicia) y, en fin, la casi imposible recuperación de las ayudas ilegales e incompatibles. Pero también es importante la aplicación del régimen europeo de ayudas de Estado con el fin de que los perjudicados sean indemnizados en caso de incumplimiento del Derecho de la Unión sin que las autoridades nacionales susciten dificultades insalvables y en un plazo razonable.

La realidad dista de este deseo como demuestra la saga de la empresa Traghetti del Mediterraneo que se vio perjudicada en 1974 por la concesión de ayudas ilegales a una empresa competidora por parte de las autoridades italianas y que ha sufrido un verdadero calvario de más de cuatro decenios. En efecto, para determinar la ilegalidad de la concesión de las ayudas y para resarcirse de los daños que la condujeron al concurso de acreedores habrá requerido que pasen más de 45 años.

Las ayudas ilegales concedidas a la competidora, Tirrenia, son de 1976 a 1980, la primera demanda de Traghetti del Mediterraneo contra su competidora se presentó ante los tribunales de Nápoles sin éxito alguno y la nueva reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Estado se inició en 2002. En 2012 en instancia y en 2014 en apelación los tribunales italianos reconocieron la responsabilidad del Estado italiano por conceder ayudas ilegales y habían fijado la indemnización en 2.330.355,78 euros.

La sentencia de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391), fue dictada por el Tribunal de Justicia a requerimiento del Tribunal de Génova que conocía en instancia de una reclamación patrimonial contra el Estado italiano. La sentencia de 10 de junio de 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-140/09, EU:C:2010:335) se pronunció en Luxemburgo en respuesta a una prejudicial del Tribunal de Apelaciones de Génova. En fin, en 2019 el Tribunal de Justicia ha adoptado la *sentencia Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, C-387/17, la tercera de la saga, en respuesta a las preguntas del Tribunal Supremo italiano.

En esta tercera *sentencia Fallimento Traghetti del Mediterraneo* el Tribunal de Justicia subraya la importancia que tienen los jueces nacionales en la aplicación de las normas europeas sobre ayudas de Estado: por una parte, su función es complementaria de la de la Comisión Europea; y, por otra parte, el incumplimiento de la obligación de notificar las ayudas puede acarrear la responsabilidad de las empresas beneficiarias de las ayudas ilegales.

Con el fin de obstaculizar la indemnización concedida en instancia y en apelación a la concursada Traghetti del Mediterraneo, el Gobierno italiano invocaba que las ayudas concedidas eran ayudas existentes porque el ámbito del transporte marítimo no estaba liberalizado en 1974 cuando se concedieron las ayudas o porque había prescrito el procedimiento de recuperación de ayudas ilegales que podía iniciar la Comisión Europea.

El Tribunal de Justicia parte de una premisa en materia de ayudas de Estado que es preciso señalar: «en el sistema de control de las ayudas de Estado, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen un papel particular y disfrutan de un cierto grado de independencia frente a la Comisión, en particular cuando conocen de una demanda de indemnización de daños y perjuicios, sin que exista una decisión de la Comisión» (apartado 53).

A continuación, el Tribunal de Justicia señala las competencias diferentes y complementarias de los jueces nacionales y de la Comisión Europea. Y esto es así porque: «so pena de vulnerar el efecto directo del artículo [108.3, última frase, TFUE] y de ignorar los intereses de los justiciables que estos órganos jurisdiccionales tienen la misión de proteger, una decisión de la Comisión por la que se declara la compatibilidad de una ayuda no notificada con el mercado interior no produce el efecto de regularizar, *a posteriori*, los actos de ejecución que fueran inválidos por haber sido adoptados incumpliendo la prohibición prevista en tal artículo. Cualquier otra interpretación conduciría a fomentar la inobservancia, por parte del Estado miembro interesado, de dicha disposición y la privaría de su efecto útil» (apartado 59).

Esto significa que la prescripción de la recuperación de las ayudas ilegales por haber transcurrido 10 años no es relevante en este caso dado que la reclamación de indemnización de las ayudas ilegales ante los tribunales nacionales está sometida al plazo de prescripción de las normas nacionales, interpretado a la luz de los principios de efectividad y de equivalencia.

Por tanto, termina el Tribunal de Justicia reconociendo que cuando se hayan otorgado ayudas ilegales, es decir, incumpliendo la obligación de notificación previa, las entidades estatales no pueden invocar el principio de protección de la confianza legítima.

Parece que la saga Traghetti del Mediterraneo terminará en el Tribunal de Casación italiano reconociendo la responsabilidad patrimonial del Estado frente a la empresa en concurso de acreedores. Por tanto, más de 40

años después de cometida la ilegalidad parece que llegará la reparación a una empresa en quiebra.

A pesar de que haya triunfado la razón jurídica, tanto tiempo transcurrido nos obliga a preguntarnos si realmente los jueces, italianos y europeo, han comprendido las debilidades propias del régimen de ayudas de Estado con una regulación particularmente compleja y llena de trampas que al común de los mortales le es imposible sortear o, siquiera, aguantar por el inexorable paso del tiempo pues si 20 años no es nada, según el tango, 40 años son difíciles de resistir para cualquier persona física o jurídica.

En este caso, por tanto y en los términos que avalan las propias Conclusiones del Abogado General Nils Wahl, en las que se inspira plenamente la sentencia, «esta “saga” jurisprudencial se explica, sin duda, porque las autoridades italianas han mostrado cierta pasividad —y en este contexto, han rivalizado en inventiva y audacia en la elaboración de argumentos jurídicos— a la hora de extraer todas las consecuencias de la calificación de las medidas controvertidas como ayudas de Estado concedidas de manera ilegal».

Con menos comedimiento podría decirse que el Estado italiano es doblemente responsable por infringir el régimen de ayudas de Estado y por su contumacia en tratar de eludir hasta la última instancia su responsabilidad frente a los perjuicios causados a una empresa como Traghetti del Mediterraneo. Aunque también podría decirse que sería conveniente que las instituciones europeas, incluida la Comisión e incluso el Tribunal de Justicia, fuesen más claros y menos oraculares.

c) Las restricciones al ejercicio de la profesión de abogado

La *sentencia Monje Ireneo*, C-431/17, se refiere a la prohibición del Colegio de Abogados de Atenas para que un monje con título obtenido en Chipre ejerciese la profesión de abogado en Grecia.

El Consejo de Estado griego le explicó al Tribunal de Justicia las objeciones que en Grecia suscitaban al ejercicio por un monje de la profesión de abogado dado no permite ofrecer determinadas garantías de un abogado en cuanto a su independencia de las autoridades eclesiásticas, la dedicación a la abogacía, la capacidad para gestionar asuntos conflictivos, la fijación de su establecimiento real en la demarcación de un tribunal de primera instancia y dada la prohibición de prestar servicios a título gratuito.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 98/5/CE que facilita el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título y considera que esta Directiva realiza una armonización completa de los requisitos previos exigidos para el ejercicio de esta profesión. Esto significa que el único requisito al que debe supeditarse la inscripción para ejercer la pro-

fesión es la presentación a la autoridad griega de una certificación de inscripción de la autoridad chipriota, sin perjuicio de que quede sometido a las normas profesionales y deontológicas aplicables a los abogados en Grecia, dado que estas normas no han sido armonizadas.

El Tribunal de Justicia reconoce que el legislador griego puede establecer garantías con el fin de evitar que surjan conflictos de intereses para el ejercicio de la abogacía y debe procurar que los abogados estén en una situación de independencia frente a las autoridades, de las que conviene que no reciban influencia alguna; pero subraya que estas garantías no pueden constituir requisitos suplementarios a los requisitos previos exigidos para la inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida.

Por tanto, el Tribunal de Justicia declara que la normativa griega es contraria a la Directiva al prohibir a un abogado inscrito en Chipre inscribirse en un colegio de abogados griego para ejercer la profesión por el hecho de ser monje.

d) El mantenimiento del derecho de los trabajadores en caso de transmisión de empresas y el empleo público

La *sentencia Correia Moreira*, C-317/18, se refiere a una cuestión de gran importancia en materia de empleo público. En este caso se trataba de una trabajadora de una empresa que fue disuelta y cuyos trabajadores fueron cedidos al Ayuntamiento portugués de Portimão.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia deja claro que es aplicable la Directiva 2001/23/CE relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas cuando las actividades de una empresa municipal se transmiten a un ayuntamiento siempre que la identidad de la empresa se mantenga después de la transmisión. A juicio del Tribunal de Justicia, la Directiva se limita a garantizar que la protección de que disfruta una persona en virtud de la legislación nacional no se deteriore por el mero hecho de la transmisión.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia matiza que la transmisión debe afectar a una entidad que ejerza una actividad económica, con o sin ánimo de lucro, y que, en principio, se excluyen las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas del poder público. Ahora bien, en los casos en que se aplique la Directiva no cabe exigir que los trabajadores cedidos se sometan a un procedimiento público de selección ni queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario, ni que la transmisión suponga una disminución del salario de los trabajadores.

En tercer lugar, el Tribunal de Primera Instancia de Faro también preguntaba si en este caso podía invocarse el artículo 4.2 TUE sobre la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitu-

cionales de los Estados miembros, en la medida en que el artículo 47.2 de la Constitución portuguesa dispone: «Todos los ciudadanos tendrán derecho a acceder a la función pública, en condiciones de igualdad y libertad, en general mediante convocatoria pública».

Sin embargo, el Tribunal de Justicia fue inflexible al señalar: «en un ámbito en el que los Estados miembros han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, [no cabe, invocando la identidad nacional,] privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión».

III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el derecho interno

La Constitución de 1978 supuso una conmoción para la decimonónica estructura judicial en España al introducir la aplicación de la norma suprema y la interpretación y defensa de los derechos fundamentales como los elementos definitorios de la función de juzgar. La ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (4 de octubre de 1979) y la interpretación del Tribunal de Estrasburgo (la primera sentencia fue dictada el 6 de diciembre de 1998 en el *asunto Barberà, Messegue y Jabardo / España*) profundizaron en la senda de la garantía judicial de los derechos fundamentales. Y la integración en las Comunidades Europeas desde el 1 de enero de 1986 supuso una definitiva modernización de las estructuras legales y administrativas de España, a la que han contribuido los jueces españoles paulatinamente y con el inestimable apoyo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En esta tarea modernizadora el Consejo General del Poder Judicial ha impulsado dos iniciativas que se instrumentan a través del Reglamento 1/2018, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional (*BOE* núm. 249, de 15 de octubre de 2018): la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE) y la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea (REDUE).

La REJUE tiene la misión la «asistir a los órganos judiciales españoles que lo soliciten en cuantas peticiones de cooperación judicial internacional emitan o reciban en el ejercicio de su actividad jurisdiccional y auxiliar a otros miembros de redes de cooperación judicial». La REJUE surge en el Consejo General del Poder Judicial en 1999, responde, entre otras, a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en mayo de 1999 y su objetivo ha sido «la creación de una red de coordinadores especializados en cooperación jurídica internacional en todo el territorio nacional con cometidos operativos».

En el año 2000 se selecciona a sus miembros que anualmente celebran un seminario en Murcia (primero en La Manga del Mar Menor y desde 2007 en Águilas, donde en mayo de 2019 se celebró su XIX Encuentro). La REJUE tiene dos divisiones, la Civil y la Penal, y está integrada por unos 60 jueces procurándose una distribución equitativa a nivel geográfico de sus miembros.

La REDUE tiene como objetivo asistir «a los órganos judiciales en todo lo concerniente a la aplicación del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con una especial atención a todo lo relacionado con las cuestiones prejudiciales».

La REDUE fue creada en 2006 por el Consejo General del Poder Judicial y su impulso vino del juez español y entonces abogado general en Luxemburgo Dámaso Ruiz-Jarabo. Su primera reunión, simultánea con la REJUE, se celebró en Águilas, Murcia, en 2007; el 28 de mayo de 2019 celebró su XIII Encuentro. Sus miembros han sido elegidos mediante sendas convocatorias públicas en junio de 2006, enero de 2012 y noviembre de 2018.

En las dos primeras convocatorias la REDUE estuvo integrada por 10 jueces, dos por cada una de las cinco divisiones (civil, mercantil, penal, administrativo y social) y a partir de 2019 han sido designados 18 jueces, tres por cada una de las seis divisiones, las anteriores que se corresponden con las especializaciones jurisdiccionales (civil, mercantil, penal, contencioso-administrativa y social) más una transversal (aspectos generales del Derecho de la Unión Europea).

El caudal de sentencias y autos dictados a instancias de los tribunales españoles vuelve a ser considerable. En 2018 los tribunales españoles plantearon 67 cuestiones prejudiciales, solo por detrás de los jueces alemanes (78) e italianos (68).

La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional español contribuirá a intensificar la cooperación prejudicial de los tribunales ordinarios. En efecto, según la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este amparará frente a aquellos tribunales ordinarios que, a la vista de una norma del Derecho de la Unión Europea, inapliquen una ley española sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial.

La sentencia 37/2019 del Pleno del Tribunal Constitucional español, ES:TC:2019:37, ponente, González-Trevijano Sánchez, concede amparo y anula una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo por no haber planteado una cuestión prejudicial y, sin embargo, a la vista de la Directiva 2009/72/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, haber inaplicado el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico.

El propio Tribunal Constitucional resume su jurisprudencia sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el planteamiento de una cuestión prejudicial, por lo que procede el amparo en estos casos:

a) si los jueces inaplican una norma interna (tenga esta rango de ley o no) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia cuando exista una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción;

b) si los jueces inaplican una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del «acto aclarado», en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que «la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo», según la *jurisprudencia Cilfit*;

c) si los jueces inaplican el Derecho de la Unión cuando existe una interpretación auténtica del propio Tribunal de Justicia y se procede a una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso»; no obstante, si los jueces aplican una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión sin plantear la cuestión prejudicial siempre sin una exégesis racional de la legalidad ordinaria (FJ 4).

Pues bien, esta doctrina constitucional, como pone de manifiesto el voto particular del magistrado Ollero Tassara, resulta poco afortunada y, en realidad, «utiliza la *doctrina Cilfit* para favorecer la aplicación de la ley nacional en detrimento del Derecho de la Unión Europea».

La cuestión prejudicial es un mecanismo de cooperación entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia en el que todo parece indicar que no puede intervenir el Tribunal Constitucional ni siquiera para vigilar que se cumpla el Derecho de la Unión o la *jurisprudencia Cilfit*. Para eso ya existen mecanismos de la Unión Europea, como el recurso por incumplimiento, y de ese modo no hace falta que el Tribunal Constitucional se erija en garante último de la aplicación del Derecho de la Unión. Es preciso puntualizar que, a mi juicio y en aplicación del Derecho de la Unión tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia, de la anterior doctrina solo se salvaría la regla conforme a la cual el Tribunal Constitucional debería amparar aquellos casos en que, cuando existe una interpretación definitiva del Derecho de la Unión, los jueces españoles se nieguen de manera irrazonable y arbitraria a aplicarla o cuando existiendo dudas razonables sobre la interpretación del Derecho de la Unión, un juez español, contra cuya decisión no quepa, recurso ordinario, no someta la cuestión a la interpretación del Tribunal de Justicia.

Esta doctrina, sin embargo, es mucho más limitada que la consagrada por el Tribunal Constitucional que obliga innecesariamente a un planteamiento generalizado de cuestiones prejudiciales en todos los niveles jurisdiccionales o, en último caso, obligaría al Tribunal Constitucional a plantear él mismo si en el Derecho de la Unión las cosas están claras, aclaradas o necesitadas de más luz.

En el primer semestre de 2019 las cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia en relación con España son de la más diversa naturaleza lo que obliga a un examen individualizado. No obstante, debe subrayarse que donde los tribunales españoles han mostrado una especial querencia ha sido por la interpretación de los derechos de los consumidores y los derechos sociales de los trabajadores.

1. *La independencia económica de los jueces españoles: sentencia Escribano Vindel*

El Tribunal de Justicia ha hecho un canto a la independencia de los jueces nacionales y a su importancia en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea repitiendo en la sentencia *Escribano Vindel*, C-49/18, lo que un año antes había afirmado la Gran Sala en la *sentencia Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117.

El litigio lo había planteado ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña un magistrado de Barcelona que impugnaba los recortes superiores al 9% de sus retribuciones aplicados en las nóminas de 2011 como consecuencia de la lucha contra el déficit público. El magistrado se quejaba de que los recortes eran mayores cuanto más antigüedad tenía el juez por lo que podrían incurrir en una discriminación por razón de la edad y podrían constituir un atentado a la independencia judicial.

En cuanto a la discriminación por razón de la edad, el Tribunal de Justicia señala que no es equiparable a la pretendida discriminación por razón de la antigüedad. Además y aun cuando reconoce que la Directiva 2000/78/CE relativa a la igualdad de trato en el empleo se aplica a las retribuciones de los jueces y, en particular, prohíbe toda discriminación por razón de la edad, en el caso concreto del magistrado Escribano Vindel no se había probado que existiese tal discriminación en materia salarial.

Por lo que se refiere a la independencia económica de los jueces, el Tribunal de Justicia insiste en la jurisprudencia anterior y, en particular, señala: «La noción de independencia supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones. Pues bien, al igual que la inamovilidad de los miembros del órgano en cuestión, el hecho de que estos perciban un nivel de retribuciones en consonancia con

la importancia de las funciones que ejercen constituye una garantía inherente a la independencia judicial».

Ahora bien y en el caso concreto, la reducción salarial no se aplicó únicamente al juez reclamante o solo a los jueces españoles sino que las medidas tuvieron mayor amplitud afectando «a una serie de cargos públicos y de personas que ejercían funciones en el sector público, incluidos los representantes de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial». Se trató, por tanto, de «medidas generales destinadas a lograr que un conjunto de miembros de la función pública nacional contribuya al esfuerzo de austeridad impuesto por las exigencias imperativas de supresión del déficit presupuestario excesivo del Estado español».

Así pues, a juicio del Tribunal de Justicia la legislación española no ha violado el principio de independencia judicial garantizado por el artículo 19.1.2 TUE.

2. *La protección de los consumidores: las cláusulas abusivas, las denominaciones de origen del queso manchego, el seguro de automóviles y el transporte aéreo*

Al Tribunal de Justicia llegan cuestiones cuya solución afecta a nuestra vida cotidiana especialmente como consumidores en relación con las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios, en relación con el consumo del queso, a veces manchego, y como beneficiarios del seguro del automóvil. En otros casos se plantea la cuestión de qué tribunales son competentes para que los pasajeros del transporte aéreo reclamen sus derechos.

Se hizo esperar la *sentencia Abanca Corporación Bancaria, C-70/17* y *C-179/1*, dictada por la Gran Sala, que tuvo su origen en sendas cuestiones prejudiciales planteadas por la jurisdicción civil, la Sala de Primera del Tribunal Supremo y el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Barcelona, y que interpreta la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores respecto de préstamos hipotecarios concedidos por los bancos.

En los dos casos se había pactado una cláusula abusiva que consistía en el vencimiento anticipado del préstamo en caso de impago de una cuota y se planteaba cuál era el efecto de la declaración como abusiva.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera abusivas las cláusulas controvertidas en la medida en que, pese a estar inspiradas en la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «establecen que la entidad financiera puede declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir la devolución del préstamo en caso de que el deudor deje de pagar una mensualidad». Por tanto, estas cláusulas no pueden ser aplicadas por los jueces.

En segundo lugar, tampoco cabe que el juez mantenga siquiera parcialmente la aplicación de la cláusula abusiva en la medida en que se menoscabaría directamente el efecto disuasorio dado que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los profesionales.

En tercer lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, la Directiva no impide que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional cuando la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización. La razón de esta regla es reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas. En este caso, la anulación del contrato exigiría el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, lo cual resulta, por lo general, inasumible para un consumidor ordinario.

Por último, el Tribunal de Justicia subraya que el juez nacional debe valorar cuáles son las consecuencias de la anulación de la cláusula abusiva o simplemente de la sustitución de la cláusula abusiva por una normativa española más favorable en caso de seguir el procedimiento de ejecución hipotecaria en vez del procedimiento de ejecución ordinaria.

En definitiva, el Tribunal de Justicia obliga a los jueces españoles a realizar una tarea de protección activa de los consumidores con el fin de que no se produzca el deterioro de la posición procesal de estos consumidores.

El Tribunal de Justicia, a requerimiento de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha interpretado el Reglamento (CE) 510/2006 sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos alimenticios (DOP) mediante la *sentencia Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego*, C-614/17.

El litigio planteado se refería al uso por una empresa de ciertas etiquetas («Adarga de Oro», «Super Rocinante» y «Rocinante» o «Quesos Rocinante») para comercializar quesos que no son de la DOP «queso manchego».

Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial de Albacete consideraron que el uso en el etiquetado de estos quesos de paisajes manchegos y de figuras propias de La Mancha lleva a que el consumidor piense en la región de La Mancha, pero no necesariamente en el queso amparado por la DOP

«queso manchego». No obstante, el Tribunal Supremo acudió al Tribunal de Justicia para preguntarle por el alcance de la evocación y por el consumidor medio, europeo o nacional.

Por una parte, el Tribunal de Justicia considera que «no cabe excluir por principio la posibilidad de que unos signos figurativos sean capaces de traer directamente a la mente del consumidor, como imagen de referencia, los productos amparados por una denominación registrada en razón de su proximidad conceptual a tal denominación».

Por otra parte y a juicio del Tribunal de Justicia, el concepto de consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, a cuya percepción ha de atender el tribunal nacional para determinar si existe una «evocación», debe entenderse referido a los consumidores europeos, incluidos en este caso los consumidores de España donde se fabrica el queso que da lugar a la evocación de la denominación protegida de «queso manchego» o al que tal denominación está vinculada geográficamente, La Mancha, donde este queso se consume mayoritariamente.

El otro caso tiene su origen también en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y la pregunta se refiere a la interpretación de la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de automóviles. La *sentencia Línea Directa Aseguradora*, C-100/18, resuelve la cuestión de quién debe responder por el incendio de un vehículo prácticamente nuevo que ardió en el mismo garaje donde estaba aparcado debido a fallos en su propio circuito eléctrico.

De acuerdo con su propia jurisprudencia, el Tribunal de Justicia recuerda que el concepto de «circulación de vehículos» que figura en la Directiva 2009/103/CE no se limita a las situaciones de circulación vial, es decir, a la circulación por la vía pública sino que incluye cualquier utilización de un vehículo que sea conforme con su función habitual. El estacionamiento y el período de inmovilización del vehículo son estadios naturales y necesarios que forman parte integrante de su utilización como medio de transporte.

Por tanto, la Directiva 2009/103 se aplica a un vehículo estacionado en un garaje privado de un inmueble que comenzó a arder, provocando un incendio que se originó en el circuito eléctrico del vehículo y causando daños en el inmueble, aun cuando el vehículo llevara más de 24 horas parado en el momento en que se produjo el incendio.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Gerona le preguntó al Tribunal de Justicia por la competencia para conocer de un litigio de reclamación de indemnización por retraso en un vuelo de un consumidor que había comprado en línea un billete de avión para un vuelo entre Oporto y Barcelona operado por Ryanair. El demandante no reside en España y la compañía aérea tiene su sede en Irlanda y en Gerona solo tiene una sucursal.

En la *sentencia ZX / Ryanair*, C-464/18, el Tribunal de Justicia interpreta el Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y llega a la conclusión de que «será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado». En este caso, sin embargo, Ryanair no compareció y el demandante no había tenido ninguna relación con la sucursal de Ryanair en Gerona pues había adquirido el billete en línea. Por tanto, a juicio del Tribunal de Justicia el Juzgado gerundense no es competente para conocer del litigio en cuestión.

3. *La protección de los derechos de los trabajadores: la jornada laboral, los trabajadores temporales y la pensión de las trabajadoras a tiempo parcial*

La dimensión social del mercado único europeo está teniendo unos efectos extraordinarios en el Derecho español. El Tribunal de Justicia no ha dejado de ampliar con su interpretación prejudicial los derechos de los trabajadores en los tradicionales ámbitos de la jornada laboral, la protección de los empleados temporales y de las trabajadoras a tiempo parcial.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en un conflicto colectivo entre el sindicato Comisiones Obreras y la empresa Deutsche Bank sobre el establecimiento de un sistema de registro de la jornada laboral diaria que realiza su plantilla con el fin de comprobar el cumplimiento de los horarios y las horas extraordinarias. En su reenvío prejudicial la Audiencia Nacional cuestiona la interpretación que sostiene el propio Tribunal Supremo.

En la *sentencia CCOO / Deutsche Bank*, C-55/18, la Gran Sala del Tribunal de Justicia parte de la consagración de un derecho fundamental de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal para, a continuación, interpretar la Directiva 2003/88/CE relativa a la ordenación del tiempo de trabajo.

Después de un interesante razonamiento sobre la posición de debilidad de los trabajadores en la relación laboral («el trabajador debe ser considerado la parte débil de la relación laboral, de modo que es necesario impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos»), el Tribunal de Justicia concluye que para garantizar el efecto útil de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88 y del derecho fundamental consagrado en el artículo 31.2 de la Carta, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

Finalmente, el Tribunal de Justicia insiste en que ni el coste económico de la medida ni la interpretación distinta del Tribunal Supremo español son obstáculo para la aplicación la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

En dos sentencias y un auto del Tribunal de Justicia se aborda la aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada por lo que se refiere a la indemnización por cese del personal temporal y la carrera profesional de los empleados públicos.

La *sentencia Cobra Servicios Auxiliares / FOGASA y otros*, C-29/18, C-30/18 y C-44/18, resuelve sendos reenvíos prejudiciales remitidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que preguntaba si se producía discriminación entre trabajadores fijos y temporales a la hora de recibir una indemnización por finalización del contrato de trabajo, en el primer caso como consecuencia de un despido colectivo, y en el segundo por haber llegado a término el contrato. En el caso de los fijos la indemnización es de 20 días por año de servicio y en el de los temporales por obra o servicio la indemnización está fijada en 12 días por año.

En este caso el Tribunal de Justicia interpreta la cláusula 4.^a del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada incorporado en la Directiva 1999/70/CE y, teniendo en cuenta los más recientes desarrollos de 2018 (*sentencias Montero Mateos*, C-677/16, EU:C:2018:393, *Grupo Norte Facility*, C-574/16, EU:C:2018:390; y *de Diego Porras*, C-619/17, EU:C:2018:936), indica que la legislación española está justificada porque las partes de un contrato de trabajo de duración determinada conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determina su término; en cambio, en el supuesto de un despido colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de los trabajadores fijos es preciso compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación laboral por una causa de esta índole y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador pueda albergar, en tal fecha, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación.

En el *auto CCOO / UGT de Galicia y otros (Universidad de Santiago de Compostela)*, el Tribunal de Justicia, aplicando la *jurisprudencia Montero Mateos*, llega a la conclusión de que la normativa española que no prevé conceder indemnización alguna al término de los contratos laborales predoctorales está justificada.

La equiparación de los empleados públicos temporales con los fijos no ofrece margen alguno de aplicación a los jueces españoles. En realidad, la cláusula 4.1 del Acuerdo opera como límite a la configuración de las condiciones de trabajo que establezca la legislación española que queda sometida al control permanente por los jueces españoles.

La *sentencia Ustariz Aróstegui*, C-72/18, responde una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Pamplona en relación con la reserva de la carrera profesional en Navarra únicamente a los funcionarios de carrera, dejando fuera a los contratados en régimen administrativo.

Un profesor que presta servicios desde 2007 en centros educativos de Navarra en régimen de contratación administrativa y que, por tanto, excluido por la legislación autonómica navarra del régimen de carrera profesional, reclamaba este complemento retributivo.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia anterior en relación con casos españoles y respecto de los trienios, los sexenios por formación permanente, la participación en un plan de evaluación profesional y los correspondientes incentivos económicos en caso de evaluación positiva y la participación en un régimen de carrera profesional horizontal que da lugar al abono de un complemento retributivo, equiparando a empleados públicos temporales y fijos.

En este caso y frente a las objeciones planteadas por el Gobierno español y el Gobierno navarro sobre las peculiaridades de la función pública respecto de las relaciones contractuales (administrativos y laborales), el Tribunal de Justicia puntualizó: «basta con que los trabajadores con un contrato de duración determinada sean tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentren en una situación comparable para que los primeros puedan reivindicar que se les aplique dicha cláusula [de equiparación entre temporales y fijos]».

El Tribunal de Justicia admite que los funcionarios públicos tengan una regulación específica en materia de acceso a la condición de funcionarios de carrera y sus condiciones de trabajo, sin embargo, considera contrario a la jurisprudencia europea un requisito genérico y abstracto según el cual una persona debe ser funcionario de carrera para poder tener derecho al complemento retributivo de carrera profesional o del grado, según la terminología de la legislación navarra. En efecto, la clave de la equiparación entre funcionarios de carrera y otros empleados públicos temporales está en que el complemento retributivo controvertido se concede a los funcionarios por el mero hecho de haber cubierto el tiempo de servicios requerido y no afecta a su posición en el sistema de carrera profesional. La perversión del sistema de carrera profesional reservada en exclusiva a funcionarios de carrera o a laborales fijos se pone de manifiesto cuando, como ocurre en Navarra, el tiempo de servicios prestados mediante contratos en régimen administrativo de duración determinada se tiene en cuenta íntegramente en el momento del nombramiento definitivo como funcionario de carrera.

En fin, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la igualdad entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social y considera, en su *senten-*

cia *Villar Láiz*, C-161/18, que la legislación española para el cálculo de la pensión de jubilación de trabajadoras a tiempo parcial es contraria a la Directiva 79/7/CEE sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato.

Sobre esta misma cuestión ya se había pronunciado el Tribunal de Justicia en 2012 con la *sentencia Elbal Moreno*, C-385/11, EU:C:2012:746, y en 2015 con la *sentencia Cachaldora Fernández*, C-527/13, EU:C:2015:215, que habían obligado a cambiar la legislación española que discriminaba a las trabajadoras a tiempo parcial.

Pues bien, la Sala de lo Social del Tribunal Superior castellano-leonés cuestionó ante el Tribunal de Justicia el nuevo modo de calcular la pensión de jubilación de una trabajadora que en parte de su vida laboral había trabajado a tiempo parcial. Aunque el Tribunal castellano con sede en Valladolid había invocado la Carta, el Tribunal de Justicia solo considera necesario interpretar la Directiva 79/7/CEE.

Siguiendo la argumentación del Tribunal vallisoletano, el Tribunal de Justicia sostiene que lo discriminatorio de la legislación española de Seguridad Social está «en la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial [porque] va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis*».

4. *La armonización fiscal de IVA: sentencia Nestrade y sentencia Oro Efectivo*

En este semestre destacan dos sentencias prejudiciales relativas al IVA: una sobre los límites de la devolución de ingresos indebidos y la otra sobre la compatibilidad del IVA con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales aplicable a la compra de oro a los particulares.

En primer lugar, la *sentencia Nestrade*, C-562/17, es una respuesta a un reenvío prejudicial de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional referido a la aplicación de la Directiva 86/560/CEE, es decir, la 13.^a Directiva sobre el IVA y la devolución a los sujetos pasivos no establecidos en la Unión.

En este caso se planteaba la aplicación del derecho a la devolución del IVA por una sociedad establecida en Suiza respecto de dos facturas cuya devolución ya había sido denegada mediante una resolución firme de la Agencia Tributaria, por no haber atendido Nestrade los requerimientos de

información de la Agencia ni haber recurrido la resolución denegatoria de la devolución dentro del plazo.

A juicio del Tribunal de Justicia, «la posibilidad de presentar una solicitud de devolución del excedente del IVA sin ninguna limitación temporal sería contraria al principio de seguridad jurídica, que exige que la situación fiscal del sujeto pasivo, en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones frente a la Administración tributaria, no pueda cuestionarse indefinidamente».

No obstante, este principio tiene límites dado que los plazos que se establezcan deben ser razonables y en interés de la seguridad jurídica, que protege tanto al contribuyente como a la Administración.

Para ello el Tribunal de Justicia examina si los plazos del Derecho tributario español cumplen los principios de equivalencia y efectividad.

Por una parte, a juicio del Tribunal de Justicia la Agencia Tributaria no vulneró el principio de equivalencia dado que la firmeza del acto derivada del artículo 219 de la Ley General Tributaria no se aplica de manera diferente en función de que se trate del Derecho de la Unión o del Derecho español.

Y, por otra parte, tampoco la Agencia Tributaria conculcó el principio de efectividad dado que los plazos para remitir la información requerida o para recurrir la resolución tributaria desestimatoria «no hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, aun cuando, por definición, el transcurso de estos plazos dé lugar a la desestimación, total o parcial, de la acción ejercitada».

En segundo lugar, en la *sentencia Oro Efectivo*, C-185/18, el Tribunal de Justicia contesta una cuestión prejudicial de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y considera compatible el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP), aplicable a la adquisición de oro de particulares sin que quepa aplicar las deducciones correspondientes, con el IVA que se aplica en el momento de su reintroducción en el circuito comercial.

A preguntas del Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia recuerda que el ITP no tiene el carácter de IVA. Asimismo, confirma que la aplicación simultánea del ITP y del IVA puede vulnerar el principio de neutralidad fiscal en materia de IVA. Sin embargo, el ITP es un impuesto no armonizado en el marco de la Directiva sobre el IVA por lo que no es posible que vulnere la neutralidad del sistema común del IVA. De modo que la armonización fiscal europea no impide que haya una normativa española sobre el ITP aplicada a la compra de oro de los particulares y que luego la empresa que lo adquiere lo transforma y reintroduce en el mercado quede sometida al IVA.

5. *La Directiva de servicios y la «bombona de butano»*

El Tribunal de Justicia, a requerimiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, ha dictado la *sentencia Repsol Butano y DISA Gas, C-473/17 y C-546/17*, en la que, si bien considera que la tradicional legislación española sobre el precio máximo de la bombona de gas y la obligación de su reparto domiciliario no es contraria al Derecho de la Unión, debe mantenerse temporalmente y debe ser proporcionada al objetivo de interés económico general perseguido, en los términos de la Directiva de servicios.

Repsol y DISA habían impugnado la nueva regulación establecida por la Orden ministerial IET/389/2015 que actualiza el sistema de precios máximos de venta de los gases licuados del petróleo envasados, en lo que se refiere al precio de la tradicional bombona de butano y su reparto domiciliario.

El Tribunal de Justicia indica que en el caso de las bombonas no es aplicable la Directiva 2003/55/CE sobre el mercado interior del gas natural. En cambio, es aplicable la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior por cuanto la fijación de un precio máximo de las bombonas de gas y la imposición a determinados operadores de su suministro domiciliario constituyen una restricción a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios.

De conformidad con la Directiva de servicios, estas restricciones podrían estar justificadas siempre y cuando se limiten en el tiempo con el fin de no perpetuar un obstáculo a la realización del mercado único. Por lo que la Directiva de servicios obliga a las autoridades españolas a reexaminar periódicamente, a intervalos no demasiado amplios, la necesidad y las modalidades de su intervención en función de la evolución del mercado.

Asimismo, estas restricciones deben ser proporcionadas en lo que se refiere al ámbito de aplicación personal, más concretamente, en cuanto a sus beneficiarios. Así ocurre cuando tales medidas están dirigidas a los consumidores domésticos y no a las empresas y en la medida en que pretendan el abastecimiento de energía a consumidores vulnerables a un precio razonable.

6. *Los derechos exclusivos en materia de servicios postales*

El Tribunal de Justicia pone fin, con la *sentencia Asendia Spain, C-259/18*, a la aplicación de una legislación española que confería a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, operador encargado del servicio postal universal en España, un derecho exclusivo a la distribución de otros medios de franqueo que no fuesen los sellos de correos.

El litigio se planteó ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid ante el que Correos había demandado a Asendia Spain por competencia desleal al haber comercializado esta empresa unos medios de franqueo distintos de los sellos.

El Tribunal de Justicia interpreta que la legislación española que garantiza a Correos la distribución de medios de franqueo distintos de los sellos de correos es contraria a la Directiva 97/67/CE relativa al mercado interior de los servicios postales.

Esto no impide que el artículo 8 de la Directiva 97/67 haya reconocido el derecho de las autoridades nacionales a organizar la instalación de buzones en la vía pública, la emisión de sellos de correos y el servicio de correo certificado utilizado en el marco de procedimientos judiciales o administrativos.

El Juzgado madrileño de lo Mercantil le preguntó al Tribunal de Justicia si los operadores postales privados debían disponer de establecimientos físicos de atención al público para poder distribuir y comercializar los medios de franqueo distintos de los sellos, pero el Tribunal de Justicia inadmitió esta pregunta.

Sobre el particular, el Tribunal de Justicia insiste en las previsiones del artículo 94 del Reglamento de Procedimiento, «cuyo contenido se presume conocido por el órgano jurisdiccional remitente y que este debe respetar escrupulosamente, en el marco de la cooperación instaurada en el artículo 267 TFUE», así como el apartado 15 de las Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (publicadas en el *DOUE* n.º C 257, 20 de julio de 2018).

Y a continuación señala el Tribunal de Justicia que el Juzgado madrileño no define el contexto fáctico y normativo en que se inscribe esta pregunta y no explica por qué razón considera que procede deducir del artículo 33.e), de la Ley española 43/2010 que los operadores postales privados deben disponer de establecimientos físicos de atención al público para comercializar medios de franqueo distintos de los sellos.

7. *Las contribuciones de las empresas de telecomunicaciones en la financiación de la radiotelevisión pública*

En respuesta a tres cuestiones prejudiciales de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, el Tribunal de Justicia dictó el *auto Telefónica Móviles España*, C-119/18 a C-121/18, donde interpreta la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización).

Telefónica, Orange y Vodafone fueron obligadas por una Ley de 2009 a hacer una aportación anual para financiar a la Corporación RTVE debido al impacto positivo para el sector de las telecomunicaciones de la nueva regulación por la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil y por la supresión de la publicidad y la renuncia a contenidos de pago o acceso condicional de RTVE.

A juicio del Tribunal de Justicia las aportaciones financieras anuales exigidas a estas empresas de telecomunicaciones no son contrarias a la Directiva ni se aplica la Directiva de autorización.

El Tribunal de Justicia explica, en primer lugar, que la Directiva de autorización impide que las autoridades nacionales puedan recaudar cánones o gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en la Directiva.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia precisa que la Directiva de autorización prevé que las tasas que se impongan a los operadores que sean titulares de autorizaciones generales tendrán por objeto exclusivo los gastos administrativos correspondientes a cuatro actividades administrativas: la expedición, la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorizaciones generales.

Ahora bien y en tercer lugar, el Tribunal de Justicia puntualiza que las aportaciones financieras exigidas a Telefónica, Orange y Vodafone, cuyo pago no es condición previa para obtener la autorización general y que van en definitiva a cargo del consumidor del servicio de televisión, no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de autorización.

IV. Relación de las sentencias comentadas

TJUE, sentencia de 23 de enero de 2019, Presidenza del Consiglio dei Ministri / Fallimento Traghetti del Mediterraneo, C-387/17, EU:C:2019:51 (ayudas de Estado e indemnización).

TJUE, sentencia de 7 de febrero de 2019, Escribano Vindel / Ministerio de Justicia, C-49/18, EU:C:2019:106 (independencia económica de los jueces).

TJUE, sentencia de 14 de febrero de 2019, Nestrade / AEAT y TEAC, C-562/17, EU:C:2019:115 (devolución de IVA y actos firmes).

TJUE (Gran Sala), sentencia de 26 de febrero de 2019, Rimšēvičs y BCE / Letonia, C-202/18 y C-238/18, EU:C:2019:139 (independencia del Banco Central nacional).

TJUE (Gran Sala), sentencia de 12 de marzo de 2019, Tjebbes, C-221/17, EU:C:2019:189 (pérdida de la nacionalidad holandesa por residencia fuera de los Países Bajos y el interés superior del menor).

TJUE (Gran Sala), sentencia de 19 de marzo de 2019, Jawo / Bundesrepublik Deutschland, C-163/17, EU:C:2019:218 (traslado de gambiano de Alemania a Italia en aplicación del procedimiento de Dublín III y sus derechos fundamentales).

- TJUE (Gran Sala), sentencia de 19 de marzo de 2019, Ibrahim y otros / Bundesrepublik Deutschland y Bundesrepublik Deutschland / Magamadov, C-297/17, C-318/17, C-319/17 y C-438/17, EU:C:2019:219 (palestinos apátridas residentes en Siria que entró en la UE por Bulgaria y checheno que entró por Polonia).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 19 de marzo de 2019, Préfet des Pyrénées-Orientales / Arib y otros, C-444/17, EU:C:2019:220 (controles en la frontera franco-española, como frontera interior, sobre un marroquí).
- TJUE, auto de 19 de marzo de 2019, Sindicato Nacional de CCOO de Galicia / Unión General de Trabajadores de Galicia (UGT), Universidad de Santiago de Compostela, Confederación Intersindical Gallega, C-293/18, EU:C:2019:224 (no indemnización por cese de temporales, contratos predoctorales en la Universidad, puede estar justificada).
- TJUE, auto de 19 de marzo de 2019, Telefónica Móviles España y otros / TEAC, C-119/18 a C-121/18, EU:C:2019:231 (autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia / García Salamanca Santos y otros, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250 (cláusulas abusivas y facultad del juez).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 2 de abril de 2019, Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie / H. y R., C-582/17 y C-583/17, EU:C:2019:280 (determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional).
- TJUE, sentencia de 4 de abril de 2019, OZ / BEI, C-558/17 P, EU:C:2019:289 (procedimiento en materia de acoso laboral en el BEI).
- TJUE, sentencia de 11 de abril de 2019, Repsol Butano y DISA Gas / Administración del Estado, C-473/17 y C-546/17, EU:C:2019:308 (bombona de gas y su reparto domiciliario).
- TJUE, sentencia de 11 de abril de 2019, Cobra Servicios Auxiliares / FOGASA y otros, C-29/18, C-30/18 y C-44/18, EU:C:2019:315 (indemnización de menor importe abonada al finalizar un contrato de trabajo por obra o servicio).
- TJUE, sentencia de 11 de abril de 2019, ZX / Ryanair, C-464/18, EU:C:2019:311 (incompetencia de un juzgado de Gerona para conocer de la reclamación de la indemnización por retraso de un vuelo).
- TJUE (Pleno), dictamen de 30 de abril de 2019, Avis 1/17, EU:C:2019:341 (sistema de solución de litigios del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE).
- TJUE, sentencia de 2 de mayo de 2019, Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego / Industrial Quesera Cuquerella y Cuquerella Montagud, C-614/17, EU:C:2019:344 (protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios: queso manchego).
- TJUE, sentencia de 2 de mayo de 2019, Sociedad Estatal Correos y Telégrafos / Asendia Spain, C-259/18, EU:C:2019:346 (mercado interior de los servicios postales).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 7 de mayo de 2019, (Monje Ireneo) Monachos Eirinaios / Dikigorikos Syllogos Athinon, C-431/17, EU:C:2019:368 (ejercicio de la profesión de abogado en Grecia por un monje con título chipriota).

- TJUE, sentencia de 8 de mayo de 2019, Villar Láz / INSS y TGSS, C-161/18, EU:C:2019:382 (discriminación indirecta en el cálculo de la pensión de jubilación de trabajadoras a tiempo parcial).
- TJUE, sentencia de 8 de mayo de 2019, PI / Landespolizeidirektion Tirol, C-230/18, EU:C:2019:383 (libertades económicas y ejercicio de la prostitución).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de mayo de 2019, Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) / Deutsche Bank, S.A.E., C-55/18, EU:C:2019:402 (sistema de registro de la jornada laboral diaria realizada por sus trabajadores).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 27 de mayo de 2019, Minister for Justice and Equality / OG y PI (Fiscalía de Lübeck y Fiscalía de Zwickau), C-508/18 y C-82/19 PPU, EU:C:2019:456 (Ministerio Fiscal y orden europea de entrega en Alemania).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 27 de mayo de 2019, Minister for Justice and Equality / PF (Fiscal General de Lituania), C-509/18, EU:C:2019:457 (Ministerio Fiscal y orden europea de entrega en Lituania).
- TJUE, sentencia de 12 de junio de 2019, Oro Efectivo, S.L. / Diputación Foral de Bizkaia, C-185/18, EU:C:2019:485 (IVA e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales aplicable a la adquisición de oro de particulares).
- TJUE, sentencia de 13 de junio de 2019, Correia Moreira, C-317/18, EU:C:2019:499 (cesión de trabajadores y acceso al empleo público).
- TJUE, sentencia de 20 de junio de 2019, Ustariz Aróstegui, C-72/18, EU:C:2019:516 (carrera profesional de empleados públicos en Navarra).
- TJUE, sentencia de 20 de junio de 2019, Línea Directa Aseguradora, C-100/18, EU:C:2019:517 (cobertura del seguro obligatorio los daños causados por el incendio de un vehículo).

Crónica

Actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea (Junio 2019)

Beatriz Iñarritu
Profesora de la 'Deusto Business School',
Universidad de Deusto

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019pp233-254>

Sumario: I. Introducción.—II. El Estado de la Integración.—
III. Cuestiones generales de la actualidad económica

I. Introducción

Durante el primer semestre de 2019, los ciudadanos europeos hemos tenido la oportunidad de elegir a nuestros representantes en el Parlamento Europeo para los próximos cinco años, aunque aún quedaban pendientes los nombramientos para dirigir otras instituciones europeas, como la Comisión, el Consejo Europeo o el Banco Central Europeo.

Tres años después del referéndum que lo provocó, el Brexit seguía en una situación de impasse a la espera de la elección del sustituto del Theresa May al frente del gobierno británico, y con una nueva fecha para implementar la salida del país de la UE, el 31 de Octubre.

España ha abandonado por fin el llamado «Procedimiento de Déficit Excesivo» gracias a la certificación de una reducción del déficit público que lo situó en un nivel inferior al 3% del PIB, y, por otra parte, la tensión comercial con Estados Unidos parecía no tener fin, a pesar del mandato negociador otorgado a la Comisión para iniciar conversaciones con la Administración Trump encaminadas a reducir sustancialmente los aranceles sobre productos industriales.

During the first six months of 2019, European citizens have had the opportunity to elect their representatives in the European Parliament for the next five years, although the appointments to preside other European institutions, like the Commission, the European Council or the European Central Bank, were still pending.

Three years after the referendum that triggered it, Brexit was still in a situation of impasse while waiting to know who was going to be the substitute

of Theresa May as leader of the British government, and with a new date to implement the withdrawal of the country from the EU, 31st October.

Spain has finally left the so-called «Excessive Deficit Procedure» thanks to the certification of a decrease in the public deficit that has positioned it under 3% of the GDP. Finally, the commercial conflict with the United States did not seem to come to an end despite the mandate given to the Commission to initiate negotiations with the Trump Administration in order to substantially reduce customs tariffs on industrial products.

II. El estado de la integración

1. Parlamento Europeo: elecciones europeas

Entre el 23 y el 26 de Mayo se celebraron las elecciones al Parlamento Europeo en los 28 Estados miembros de la UE, 40 años después del primer sufragio electoral directo celebradas en 1979.

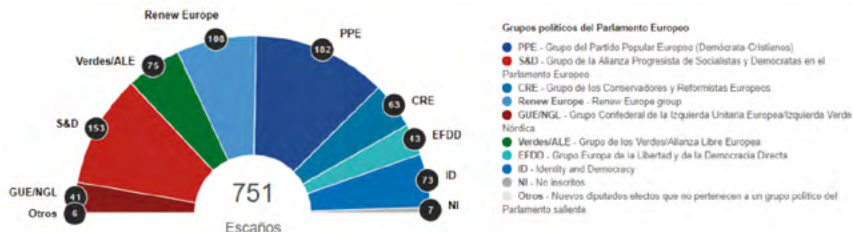
El Partido Popular Europeo fue el vencedor de los comicios (182 escaños con la última actualización de Junio, frente a los 221 de 2014), y los socialistas (153, frente a 191 en 2014), también se mantuvieron como segunda fuerza, pero la noticia más relevante de la que se hicieron eco analistas y medios de comunicación fue que la suma de ambas fuerzas perdía la mayoría absoluta que habían mantenido en los 40 años de elecciones europeas y que, por tanto, deberán verse abocadas a buscar el apoyo de otros grupos para contener a unos partidos euroescépticos que lograron la victoria en países tan importantes como Francia, Italia, Reino Unido o Polonia.

El grupo liberal, que tiene al presidente francés Emmanuel Macron como su principal estandarte, rondaría los 108 diputados (frente a los 67 parlamentarios de 2014), lo que le permitiría convertirse en una bisagra imprescindible para una alianza entre conservadores y socialistas. Los Verdes, con 75 escaños (obtuvieron 50 en 2014), también aspiran a este papel y se ofrecen ya como complemento para una mayoría estable.

De esta forma, los partidos proeuropeos, gracias al buen resultado de liberales y verdes, mantienen la mayoría frente al avance populista, aunque se observa un cambio importante en la distribución de escaños, debido al importante avance de liberales y verdes a costa de los dos componentes de la histórica «gran coalición» formada por conservadores y socialistas.

Las formaciones euroescépticas, que aspiraban a ocupar un tercio del Parlamento para poder bloquear decisiones clave, se quedaron por debajo de las expectativas al sumar un 25% de los escaños. Así todo, estos grupos se apuntaron algunas victorias importantes, como la del Frente Nacional en Francia, la del partido del Brexit en Reino Unido, la de la Liga Norte en Ita-

lia, la de la formación Ley y Justicia en Polonia y la del partido de Viktor Orbán en Hungría.



Parlamento Europeo 2019-2024
Resultados provisionales (última actualización 20/06/19)

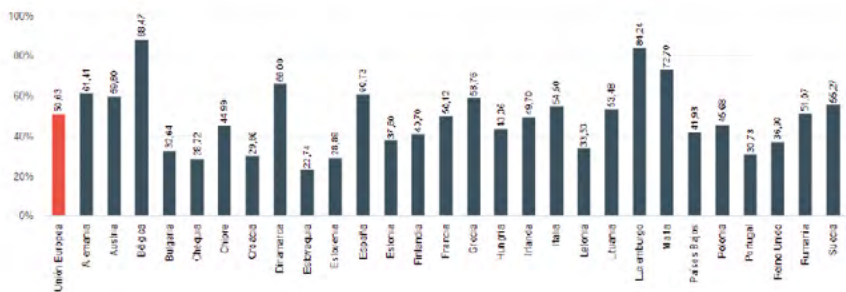
Fuente: Parlamento Europeo

La caída de la abstención, que marcó un récord del 56,2% en 2014, parece confirmar el efecto catalizador del Brexit, que parece haber transmitido a la opinión pública europea la idea sobre un riesgo real de desintegración de la unidad europea. La masiva afluencia de votantes a las urnas en ciertos casos (en países tan euroescépticos como Dinamarca se superó el 60%) despejó los temores previos de Bruselas.

El aumento de la participación habría sido consecuencia de la mayor movilización de ciudadanos preocupados por el avance populista.

Participación por país

Resultados provisionales



Fuente: Parlamento Europeo.
<https://resultados-elecciones.eu/>
<https://resultados-elecciones.eu/escanos-grupo-politico-pais/2019-2024>

Uno de los países donde estas elecciones habían despertado una mayor expectación fue el Reino Unido, ya que este país se vio forzado a convocar las elecciones al no haber sido capaz de implementar el Brexit en la fecha prevista. Los recuentos iniciales apuntaban a una contundente victoria del «Partido del Brexit» de Nigel Farage, con más del 30% de los votos, mientras que los conservadores de la dimitida primera ministra Theresa May habrían caído a la cuarta posición con apenas un 10% de apoyos.

En Italia, la Liga del vicepresidente Matteo Salvini alcanzó alrededor del 29% de los votos, superando a sus aliados en el Gobierno, el Movimiento 5 Estrellas.

Por su parte, el centroderecha habría conseguido uno de sus mayores éxitos en Grecia, al batir a Syriza, la formación de izquierdas del primer ministro Alexis Tsipras. Ante este revés electoral, Tsipras decidió adelantar las elecciones generales.

En Alemania, la principal noticia fue la importante caída de los votos conseguidos por el partido socialdemócrata, SPD, (caída de 12 puntos), y que cedió, de esta forma, la segunda posición en el ranking de partidos más votados a los Verdes. La democracia-cristiana de la canciller Angela Merkel se alzó con la victoria con un 28% de los votos, frente al casi 21% de los ecologistas-verdes.

Por su parte, el mapa de fuerzas españolas en el Parlamento Europeo también se vio modificado sustancialmente, ya que el PSOE se convirtió en la fuerza más votada, con un 33% de los apoyos, equivalente a 20 escaños, frente a los 13 que había conseguido en las elecciones de 2014.

Esta victoria permitirá a los socialistas españoles colocarse, por primera vez desde la entrada de España en la UE, en la mayor fuerza parlamentaria del grupo socialdemócrata, dado el evidente momento de debilidad de sus partidos homólogos en los grandes países de la UE (Alemania, Francia, Italia y Reino Unido).

El PP, que hasta ahora mantenía el liderazgo entre las delegaciones españolas, con 16 eurodiputados en 2014, se queda con 12 en la nueva legislatura europea gracias al 20% de las papeletas.

Respecto a las otras tres formaciones de ámbito nacional, Ciudadanos, consiguió ocho escaños (con el 12% de los votos), mientras que Unidas Podemos, que concurría por primera vez en coalición con Izquierda Unida, retrocedió con fuerza respecto a las últimas elecciones, al lograr seis puestos (un 10% de los apoyos). En la anterior legislatura, por separado, Izquierda Unida obtuvo seis representantes y Podemos, cinco.

La gran novedad de estas elecciones fue Vox, que entra en el Parlamento Europeo, aunque con menos empuje del que hacía presagiar el resultado previo de las elecciones generales. La formación de extrema derecha obtuvo tres eurodiputados, representativos del 6% del voto.

El dato de participación resultó significativo. Del 46% del electorado que acudió a las urnas hace cinco años se pasó al 64%.

Esaños por grupo político

España - Resultados provisionales



Grupos políticos del Parlamento Europeo

- PPE - Grupo del Partido Popular Europeo (Demócrata-Cristianos)
- S&D - Grupo de la Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas en el Parlamento Europeo
- CRE - Grupo de los Conservadores y Reformistas Europeos
- Renew Europe - Renew Europe group
- GUE/NGL - Grupo Confederado de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica
- Verdes/ALE - Grupo de los Verdes/Alianza Libre Europea
- EFDD - Grupo Europa de la Libertad y de la Democracia Directa
- ID - Identity and Democracy
- NI - No inscritos
- Otros - Nuevos diputados electos que no pertenecen a un grupo político del Parlamento saliente

Resultado por partido político nacional

España - Resultados oficiales

PSOE/PSC - Partido Socialista Obrero Español - Partido de los Socialistas de Cataluña	32,86%
PP - Partido Popular	20,15%
C's - Ciudadanos - Partido de la Ciudadanía	12,18%
Coal (UP + IU + Catalunya en Comú + Barcelona en Comú) - Coalition Unides Podemos Canbar Europa (Unides Podemos + Izquierda Unida + Catalunya en Comú + Barcelona en Comú)	10,07%
VOX - vox	6,21%

Coal (ERC + Bildu + BNG) - Coalition Ahora Republicas (Esquerra Republicana de Catalunya + Euskal Herria Bildu + El Bloque Nacionalista Galego)	5,58%
Coal (PdCat + JxCat) - Coal LLUIRES PER EUROPA (JUNTS) (Partit Demòcrata Europeu Català + Junts per Catalunya)	4,54%
Coal (EAJ-PNV + CC + CxG + Atarrabia Taldea + El PI + Demòcrates Valencians) - Coalition por una Europa Solidaria (Euzko Alderdi Jeltzalea - Partido Nacionalista Vasco + Coalición Canaria + Compromiso por Galicia + Atarrabia Taldea + Proposta per les Illes Balears + Demòcrates Valencians)	2,82%
Coal (Compromis + En Marea + CHA + PCAS + Caballas + NC + Més + CpM + Iniciativa + Izquierda Andalucista + PxE) - Coalition Compromiso por Europa (Compromis + En Marea + Chunta Aragonesesa + Partido Castellano + Coalición Caballas + Nueva Canarias + Más per Mallorca + Coalición por Melilla + Iniciativa del Pueblo Andalúz + Izquierda Andalucista + Verdes de Europa)	1,32%
PACMA - Partido Animalista Contra el Maltrato Animal	1,32%
Otros partidos - Otros partidos	2,95%

Fuente: Parlamento Europeo.

2. Brexit: Aplazamiento hasta el 31 de Octubre y dimisión de Theresa May

Cuando se han cumplido tres años de la celebración del referéndum, el Brexit sigue siendo un laberinto sin salida conocida.

Ante el evidente fracaso para encontrar una fórmula de salida del país de la UE y la pérdida de confianza de los miembros de su propio partido político, la primera ministra británica Theresa May anunció el pasado 24 de Mayo su dimisión. Se marchaba tras casi tres años aferrada al cargo y en una posición cada vez más cuestionada y debilitada.

La premier había llegado a la jefatura del gobierno británico en julio de 2016 tras la renuncia de David Cameron con el objetivo primordial de hacer cumplir el resultado del plebiscito y materializar el divorcio entre su país y la UE. Pero las tres humillantes derrotas en su propio Parlamento nacional que han impedido aprobar el acuerdo de salida pactado con Bruselas, llevaron a la líder conservadora a abandonar. «Siempre lamentaré profundamente no haber podido ejecutar el Brexit», declaró al anunciar su renuncia.

En todo caso, tras conocer la decisión de May, la Comisión Europea recalcó que su postura respecto al acuerdo del Brexit no había cambiado y que la negociación del texto acordado por los dos ejecutivos no se reabría.

La situación creada fue recibida con gran cautela por parte de analistas y expertos, y muchos de ellos alertaron sobre el mayor riesgo de un Brexit sin acuerdo, un escenario que se vio reforzado dos días después, cuando se conocieron los resultados de las elecciones europeas con la victoria del «Partido del Brexit», creado este mismo año por Nigel Farage para reclamar, precisamente, una salida sin acuerdo de la UE.

Ésta fue, en efecto, la formación más votada al alcanzar más del 30% de los votos, sumando 5,2 millones de papeletas y garantizándose 29 eurodiputados de los 73 que Reino Unido puede nombrar en el Parlamento Europeo.

Lo cierto es que en Abril, la UE había alcanzado un acuerdo para aplazar por segunda vez la salida del Reino Unido del club, pasando del 12 de abril al 31 de octubre (fecha que ya había sido aplazada por primera vez del 29 de marzo al 12 de abril).

Con esta nueva extensión, Londres dispondría de más tiempo para, en su caso, ratificar finalmente el acuerdo de salida y, por otra parte, permitiría también excluir al Reino Unido de formar parte de la próxima Comisión Europea.

3. Acuerdos sobre la profundización en la Unión Económica y Monetaria: reforma del MEDE y presupuesto para la Eurozona

Tras quince horas de intenso debate, el Eurogrupo alcanzó a las 4.30 de la madrugada del 14 de Junio una serie de acuerdos sobre las reformas de la UEM que debían presentar a los jefes de Estado y de Gobierno la semana siguiente.

Los socios de la moneda única no alcanzaron el ansiado acuerdo sobre el diseño de un Fondo de Garantía de Depósitos comunitario, por lo que el comisario de Asuntos Económicos, Pierre Moscovici, mostró abiertamente

su «decepción» por no haber avanzado en este tercer pilar fundamental de la Unión Bancaria.

Los ministros del Euro, en cambio, sí fueron capaces de concretar la reforma del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) y de avanzar en el consenso sobre el presupuesto del euro, un proyecto impulsado por el eje francoalemán con el objetivo de dotar a la Unión Monetaria de una política fiscal para combatir las futuras crisis, iniciativa que desde su planteamiento inicial se encontró con el rechazo frontal de un grupo de países del norte, encabezados por Holanda.

El documento aprobado por el Eurogrupo mencionaba que el objetivo clave de este nuevo instrumento financiero debía ser «incrementar el grado de Convergencia y Competitividad» en la Eurozona mediante reformas estructurales e inversiones.

Los términos acordados también fijaban que estas reformas e inversiones deberán obedecer a las líneas fijadas por los países miembros, y que se irán revisando anualmente. En función de los costes estimados, los socios recibirán contribuciones financieras directas desde este Fondo. Y periódicamente, se evaluarán los proyectos y, en caso de que estos evolucionen de forma «no satisfactoria», los pagos podrían ser suspendidos.

Los llamados países «halcones» del norte habían insistido en condicionar la recepción de los fondos a una serie de exigencias macroeconómicas o presupuestarias similares a las que se imponen en los rescates, pero finalmente debieron aceptar que se exigirán las mismas condiciones que para acceder a los Fondos de los programas comunitarios de la política de Cohesión.

Sin embargo, Holanda y sus aliados sí se anotaron el tanto de evitar el carácter de contención de elementos anticíclicos del nuevo presupuesto, aunque en versiones anteriores del acuerdo sí se habían incluido fórmulas que hubieran aportado una cierta función de estabilización de las Economías del euro durante épocas de «vacas flacas».

Los «halcones» vetaron la posibilidad de que en estos casos de crisis los países afectados pudieran dejar de realizar su aportación al presupuesto y seguir recibiendo financiación. Sin embargo, la redacción del texto final sí daba cabida a esta posible labor de estabilización al establecer que la «tasa de cofinanciación nacional podrá variar de acuerdo a criterios transparentes y comúnmente acordados».

Los ministros no avanzaron en varios aspectos clave de este presupuesto: la financiación, la gobernanza y la cuantía. Fuentes comunitarias aseguraron que su dotación podría pactarse en la discusión del Marco Financiero Plurianual. Aun así, se podría tratar de una cifra modesta, en torno a 17.000 millones de euros, procedente del presupuesto comunitario en los siete años del MFP, a la que se podrían añadir ingresos de otras fuentes.

A pesar de que el resultado de las negociaciones no llegó a las expectativas del eje franco-alemán, ni de otros países implicados como España ni de la propia Comisión, el comisario Moscovici optó por pedir «que no se desprecie la importancia simbólica del acuerdo». «La Comisión todavía piensa que necesitamos un mecanismo de estabilización para paliar shocks y promover una convergencia real», advirtió el francés.

El presidente del Eurogrupo, el portugués Mário Centeno, también optó por ver el vaso «medio lleno», felicitándose de los «pequeños pasos que, combinados, dan como resultado un progreso real», señaló.

Pese a tener que renunciar a la función anticrisis de este primer presupuesto, los dos ministros de Economía de Francia y Alemania, Bruno Le Maire y Olaf Scholz, también mostraron abiertamente su satisfacción al referirse al pacto como una «minirevolución» y como «un gran salto». Por su parte, la ministra española, Nadia Calviño, afirmó no haber dado por finalizadas las negociaciones y señaló que el texto acordado «deja abiertas todas las posibilidades para que este instrumento pueda tener el mayor carácter estabilizador posible».

III. Cuestiones generales de la actualidad económica

1. *BCE: Fin de la emisión de billetes de 500 euros, reinversión en deuda y política expansiva hasta 2020*

Los billetes de 500 euros dejaron de emitirse el 27 de enero en diecisiete de los diecinueve Bancos Centrales de la Eurozona, incluido el Banco de España. Únicamente, por motivos logísticos y para asegurar una transición fluida, los Bancos Centrales de Alemania y Austria dispusieron de un plazo adicional que finalizó el 26 de Abril.

De esta forma, más de medio millón de billetes (521.347.504 según datos ofrecidos por el Banco Central Europeo, BCE), empezarán a dejar de circular en la Unión Europea aunque seguirán siendo de curso legal y mantendrán su valor de manera indefinida.

Por tanto, estos billetes podrán seguir utilizándose como medio de pago y depósito de valor, es decir, para comprar y ahorrar, por lo que empresas, particulares y oficinas de cambio podrán seguir poniéndolos en circulación cuando lo deseen, aunque si llegan al sistema bancario, las entidades financieras procederán a retirarlos de la circulación. Y, también, por su parte, quienes estuvieran en posesión de estos billetes tendrán la posibilidad de cambiarlos por otros de menor valor en los Bancos Centrales nacionales de la zona del euro de manera indefinida.

Esta medida, que fue adoptada por el propio BCE, tiene como objetivo contribuir en la lucha contra el blanqueo de capitales, el fraude fiscal, el tráfico de armas o drogas, así como la financiación del terrorismo.

Por otra parte, la incertidumbre y la desaceleración de la Economía de la Eurozona han provocado la adopción de nuevas medidas relevantes por parte del BCE, además del anuncio hecho por esta institución en Diciembre de su intención de reponer la Deuda de su cartera conforme ésta fuera venciendo «durante un periodo prolongado» con una estimación en Enero de un volumen de reinversión de unos 202.772 millones a lo largo de 2019.

En concreto, en Junio, el organismo que preside Mario Draghi anunció que mantendrá los tipos de interés inalterados (el principal en el 0% y la tasa de depósito en el menos 0,4%) como mínimo hasta el final del primer semestre de 2020, es decir, medio año más tarde de lo que contemplaba en su reunión de Abril. Además, el italiano recalcoó que las reinversiones de las compras de Deuda que alcancen su vencimiento se prolongarán más allá de esa fecha.

En todo caso, y a pesar de que el comunicado oficial no lo mencionó, Draghi hizo referencia, en la rueda de prensa que siguió al Consejo de Gobierno del Banco, al debate que sus miembros habían mantenido sobre las herramientas disponibles para estimular la Economía de la Eurozona, ya que varios de estos componentes sugirieron rebajar aún más la tasa de depósito e incluso volver a poner en marcha las compras netas de Deuda, finalizadas en Diciembre de 2018.

Con sus palabras, Draghi admitía que si hasta Junio el BCE había tenido puesta la vista en cuándo se darían las condiciones para encarecer el precio del dinero, esta valoración había cambiado y pronosticaba actuaciones totalmente contrarias. Dejó claro que las incertidumbres eran «cada vez mayores» y quiso recalcar la «determinación de la institución de actuar en caso de que las contingencias adversas se materialicen, ajustando todos los instrumentos como sea apropiado».

«Ahora estamos muy lejos de la normalización porque los desafíos a los que nos hemos enfrentado y a los que nos estamos enfrentando están muy lejos de ser normales», indicó Draghi. E insistió en que «si las circunstancias se vuelven muy adversas la política fiscal también debería entrar en juego y tener un papel relevante».

2. *Semestre Europeo 2019: España abandona el Procedimiento de Déficit Excesivo*

Tras el inicio del Semestre Europeo 2019 en Noviembre, con la publicación de los dos análisis preceptivos, el Estudio Prospectivo Anual para

el Crecimiento, EPAC, y el Informe sobre el Mecanismo de Alerta, IMA, la Comisión inició la elaboración de los 13 Exámenes Exhaustivos que se preveían necesarios para analizar si en esta selección de Estados miembros de la UE existían desequilibrios macroeconómicos y para, en su caso, evaluar su alcance y gravedad.

De esta forma, en Febrero, la Comisión presentó dichos informes y llegó a la conclusión de que en todos ellos podían identificarse desequilibrios o desequilibrios macroeconómicos excesivos:

- Bulgaria, Alemania, España, Francia, Croacia, Irlanda, Países Bajos, Portugal, Rumanía y Suecia sufrían desequilibrios económicos.
- Chipre, Grecia e Italia, por su parte, mostraban desequilibrios excesivos y, por tanto, más graves que los identificados en el grupo anterior de países.

Aunque según apuntaba el ejecutivo comunitario, los retos varían considerablemente de un país a otro, en todos ellos, «se requiere de una acción política adecuada y firme que fomente las inversiones, aplique políticas presupuestarias responsables y ejecute reformas bien definidas».

En el caso del «diagnóstico» sobre la Economía española, Bruselas apuntaba luces y sombras. Destacaba el progreso en áreas como la reducción del desempleo o la pobreza, pero señalaba que los niveles continuaban siendo elevados. Y, por otra parte, también advertía sobre la inestabilidad política del país, que paralizaba ciertas reformas necesarias para tratar «importantes desafíos» a los que se enfrenta.

«Los riesgos de la sostenibilidad de las finanzas públicas continúa siendo significativo en el medio y largo plazo», señalaba el informe. Asimismo, y como en años anteriores, Bruselas se refería a los riesgos y vulnerabilidades derivados del elevado uso de contratos temporales, del impacto de los niveles de pobreza, y de la elevada tasa de fracaso escolar.

Además, el ejecutivo comunitario mencionaba la lentitud del progreso de las reformas dirigidas a combatir la precariedad del mercado laboral, la innovación, las interconexiones energéticas y ferroviarias, o la unidad de mercado. Es así que concluía que nuestro país ha registrado avances limitados en la implementación de las «Recomendaciones Específicas por país» planteadas por la propia Comisión en 2018 para tratar nuestras debilidades estructurales y aumentar el potencial de crecimiento.

Como continuación de la secuencia de actuaciones previstas en el Semestre Europeo, en Abril, los Estados miembros presentaron sus respectivos Programas Nacionales de Estabilidad o Convergencia, y sus Programas Nacionales de Reforma.

En su Programa de Estabilidad, el gobierno español detallaba el escenario macroeconómico previsto para el periodo 2019-2022, previendo que la Economía española seguirá manteniendo diferenciales de crecimiento positivos respecto a la zona euro.

Este crecimiento económico seguirá creando empleo y la tasa de paro continuará reduciéndose, hasta situarse por debajo del 14% en 2019 y del 10% de la población activa en 2022, cifra no alcanzada desde principios de 2008. El Programa confirmaba, asimismo, el proceso de consolidación fiscal, con una previsión de reducción del déficit público hasta llegar al 2% del PIB en 2019 y al equilibrio presupuestario en 2022.

Por otra parte, el gobierno también remitió a Bruselas el Programa Nacional de Reformas, PNR, que recoge las acciones de tipo estructural encaminadas a reforzar el crecimiento potencial y sostenible de la Economía española.

El PNR español incluía siete ejes de actuación: (1) Sostenibilidad fiscal y crecimiento inclusivo, (2) Formación y capital humano, (3) Transición ecológica y desarrollo sostenible, (4) Avance científico y tecnológico, (5) Un mercado laboral eficiente y justo, (6) Reducción de la desigualdad y protección del Estado de Bienestar y (7) Administración eficiente y modernización de la arquitectura institucional.

El siguiente hito del Semestre 2019 tuvo lugar en el mes de Junio, cuando la Comisión presentó sus «Recomendaciones Específicas por país», REP, de 2019, en las que exponía las orientaciones en materia de política económica que dirige a cada Estado miembro para los doce a dieciocho próximos meses, y que se basan en las prioridades generales establecidas en el EPAC 2019 publicado en Noviembre, en los informes por país publicados en Febrero y en la evaluación de los Programas Nacionales presentados en Abril.

Aunque, en efecto, estas orientaciones se adaptan a la situación de cada país, Bruselas destacaba el hecho de que la Economía europea en su conjunto está creciendo por séptimo año consecutivo y que las previsiones también son positivas a pesar de las incertidumbres mundiales. El número de personas empleadas «ha alcanzado un valor récord» y la tasa de desempleo, «un nivel excepcionalmente reducido».

En este contexto, la Comisión instaba a los Estados miembros a que consoliden los progresos alcanzados en los últimos años. «Unas reformas eficaces, acompañadas de estrategias de inversión bien orientadas y políticas presupuestarias responsables, siguen proporcionando una orientación eficaz para la modernización de la Economía europea», señalaba Bruselas.

En sus recomendaciones dirigidas a España, el ejecutivo comunitario puso el foco en la sostenibilidad de su sistema público de pensiones en el

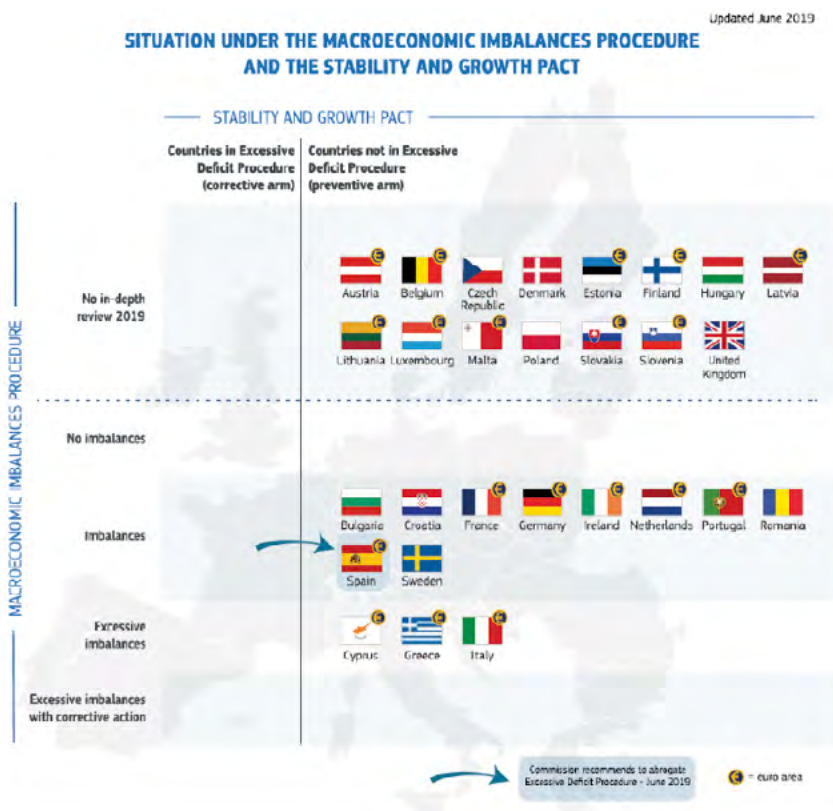
medio y largo plazo, cuestionando la decisión de vincular de nuevo su revalorización al IPC en 2018 y 2019, ya que esta medida obligará a adoptar «medidas compensatorias» para garantizar su viabilidad.

Bruselas también destacó la elevada temporalidad del mercado laboral español, que figura entre las más altas de Europa y que «podría suponer un obstáculo para la capacidad de crecimiento de España y su cohesión social». Y puso también el acento en otro de los grandes lastres de la Economía española, como es la fragmentación regulatoria en España, con tantas normativas distintas como Comunidades Autónomas existen en el país. Según Bruselas, esta dispersión legislativa «está impidiendo a las empresas beneficiarse de las economías de escala y está frenando la productividad». Por ello, pidió a España que avance en la aplicación de la Ley de Unidad de Mercado y que busque fórmulas para mejorar la cooperación entre las diferentes Administraciones.

Junto con la presentación de estas REPs, la Comisión también anunció su propuesta de que España saliera del «Procedimiento de Déficit Excesivo», PDE, una vez que Eurostat había confirmado que el déficit público de 2018 se situó en el 2,48% del PIB y que, según sus propias proyecciones, este desajuste no superará el 3% en los próximos dos años.

De esta forma, España pasaría al «brazo preventivo» del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, en el que Bruselas seguirá realizando un seguimiento sobre el saneamiento de las finanzas públicas con independencia del ciclo económico, es decir, sobre el déficit público estructural, con el objetivo de alentar las reformas estructurales y conseguir que, como en el resto de países de la UE, el gobierno español no confíe únicamente en el crecimiento económico coyuntural para cuadrar sus cuentas.

De hecho, el comisario de Asuntos Económicos, Pierre Moscovici, también dio una «mala noticia» a los españoles, ya que alertó sobre la existencia de «un riesgo de desviación significativa» en los objetivos de déficit estructural y de Deuda en los próximos años, por lo que solicitó al gobierno español la realización de un nuevo ajuste fiscal, en términos estructurales, del 0,65% del PIB en 2019 y 2020, lo que equivaldría a un ajuste de aproximadamente 15.000 millones de euros. Por su parte, la ministra de Economía en funciones, Nadia Calviño, expresó su «satisfacción» por la salida del PDE, diez años después de su apertura, e hizo valer el compromiso del gobierno español para seguir la recomendación de la Comisión de destinar todo el ahorro que provenga de la reducción de los tipos de interés y de la recaudación tributaria adicional para bajar el nivel de Deuda pública «lo más rápidamente posible».



Semestre Europeo 2019 (actualización Junio 2019)

Fuente: Comisión Europea.

3. Guerra comercial con Estados Unidos: nuevas amenazas de aranceles

En plena guerra comercial entre las potencias económicas mundiales, el pasado 15 de Abril, los Estados miembros de la UE validaron el mandato negociador a la Comisión para alcanzar un acuerdo comercial con Estados Unidos. Francia fue el único país que rechazó esta propuesta de apertura de conversaciones, para evitar el cierre de acuerdos con los países no signatarios del Acuerdo de París sobre el clima.

De esta forma, la Comisión Europea dispone de la autorización para iniciar negociaciones formales sobre dos acuerdos: uno para eliminar los aranceles a productos industriales, y otro para suprimir barreras no arancelarias», aunque se trataría, en todo caso, de una versión muy descafeinada

del fallido acuerdo de libre comercio entre ambas potencias (TTIP por sus siglas en inglés), al no incluir sectores sensibles como la agricultura, pese a la insistencia de EEUU, ya que se trata de una línea roja para la UE.

«Ahora la pelota está en el tejado de EEUU», señaló la comisaria de Comercio, Cecilia Malmström, en referencia a la fecha de inicio de las conversaciones. «Queremos un escenario comercial que beneficie a ambas partes», añadía. La supresión de aranceles industriales podría incrementar los intercambios comerciales entre ambas regiones en 26.000 millones de euros anuales, según datos de la Comisión.

El anuncio se producía en plena escalada de la tensión comercial entre ambos bloques puesto que la semana anterior al anuncio de la voluntad comunitaria de iniciar las conversaciones, el presidente norteamericano Donald Trump había amenazado con imponer nuevos aranceles a la UE por valor de 9.800 millones de euros (11.000 millones de dólares) a una lista de unos 300 productos europeos, como represalia por las subvenciones europeas a Airbus. Trump iniciaba un nuevo capítulo de la larga disputa que, desde hace más de 14 años, arrastran Estados Unidos y la UE ante la Organización Mundial del Comercio, por la ayuda financiera que ambos bloques han proporcionado durante años a sus fabricantes de aviones, la europea Airbus y la norteamericana Boeing.

Por su parte, y apenas unos días después, el 17 de Abril, la Comisión publicaba una lista de productos de Estados Unidos a los que se planteaba imponer aranceles adicionales por los subsidios que Washington ha venido concediendo, a su vez, al constructor aeronáutico estadounidense Boeing, por un valor conjunto de 20.000 millones de dólares (17.686 millones de euros).

Se trata de una lista que incluye un amplio abanico de productos, desde alimentos como cítricos, frutas, pescado congelado o frutos secos, hasta otros del sector químico, aeroespacial (helicópteros y aviones), aparatos para el ejercicio físico, videoconsolas y componentes de motos y bicicletas.

La decisión final sobre estas amenazas mutuas no corresponderá, en todo caso, a Washington o Bruselas, sino que deberá ser un árbitro elegido por la OMC quien fije el nivel de sanciones autorizadas tanto para EEUU por el caso de Airbus, como para la UE por el caso de Boeing. Previsiblemente la decisión sobre el caso Airbus no se conocerá hasta el mes de Julio, mientras que para la UE, la cifra permitida como reacción a las ayudas a Boeing debería ser comunicada unos meses después.

A pesar de esta tensión comercial, la comisaria Malmström se mostró partidaria de abrir la puerta al diálogo con la Administración estadounidense afirmando que la UE seguía dispuesta a mantener discusiones con Estados Unidos «siempre que no se planteen condiciones previas y tengan el objetivo de lograr un resultado justo».

«Aunque tenemos que estar preparados con represalias en el caso de que no haya otra salida, todavía creo que el diálogo debe prevalecer entre socios importantes, como la UE y EEUU, incluso para poner fin a esta larga disputa», apuntaba la política sueca en un comunicado.

4. Acuerdo sobre la limitación de las emisiones contaminantes de los vehículos pesados

A mediados de Febrero, el Parlamento Europeo y los Estados miembros anunciaron un acuerdo para limitar las emisiones contaminantes de los vehículos pesados.

Anunciaron que las emisiones de dióxido de carbono de los nuevos camiones y autobuses deberán reducirse en un 30% en 2030 respecto a los niveles de 2019, con un objetivo intermedio del 15% para 2025.

Aunque en Noviembre la Eurocámara había apostado por unos niveles más elevados de los finalmente acordados (20% en 2025 y 35% cinco años después), la negociación con los Estados se cerró con unos límites inferiores, más favorables para los fabricantes. A pesar de ello, el texto sí incluye otro objetivo planteado por el Parlamento como es que a partir de 2025 un 2% de las ventas sea de vehículos de cero y bajas emisiones, lo que obligará a que las empresas fabricantes busquen alternativas a los camiones de diésel, altamente contaminantes.

Florent Marcellesi, eurodiputado de Los Verdes, se felicitó del éxito alcanzado con el acuerdo, ya que ésta era la primera vez que la UE actúa respecto a los efectos contaminantes de los vehículos pesados y, también, desde su grupo se hicieron eco del hecho de que Estados Unidos, Japón y China ya habían aprobado normativas de emisiones para estos vehículos, siendo Europa una excepción.

Por su parte, representantes de diferentes organizaciones ecologistas también mostraron su satisfacción respecto al acuerdo y señalaron que este paso podría ser «sólo» el comienzo, ya que previsiblemente los estándares podrían ser más estrictos cuando se revisen en 2022.

La intención de las instituciones europeas es que la industria automovilística, presionada por unos objetivos fijos, reciba el mensaje de que ha de invertir en tecnologías menos contaminantes, imponiéndose a las tesis de los fabricantes, partidarios de una reducción mucho más pausada (7% para 2025 y 16% para 2030).

Según fuentes comunitarias, los camiones representan solo un 5% de los vehículos que circulan en las carreteras europeas, pero son responsables del 22% del total de emisiones procedentes de este tipo de transporte. La nueva norma pretende acortar esta brecha y la Comisión Europea estima

que la reducción de emisiones de dióxido de carbono podría situarse en torno a 54 millones de toneladas entre 2020 y 2030, el equivalente a todas las emisiones anuales de Suecia, un país de 10 millones de habitantes.

5. *Tribunal General de Justicia de la UE: sentencia favorable a la fiscalidad de cuatro clubs de fútbol españoles y sentencia sobre las Ayudas de Estado al Real Madrid*

Con fecha 26 de Febrero el Tribunal General de la Unión Europea, TGUE, anuló la decisión previa de la Comisión que consideraba que el régimen especial al que se acogieron cuatro clubs de fútbol españoles (Real Madrid, Barcelona, Athletic y Osasuna) al no convertirse en Sociedades Anónimas Deportivas, SAD, hace treinta años, era una ayuda de Estado ilegal.

El conflicto se remonta, en efecto, a 1990, cuando la ley española obligó a los clubs deportivos profesionales a reconvertirse en SAD para fomentar la transparencia en su gestión, estableciendo una posible excepción para los clubs que hubieran obtenido resultados económicos positivos en los ejercicios anteriores a la aprobación de la ley; de esta forma, los cuatro clubs mencionados se acogieron a esta excepción y pudieron seguir funcionando bajo la forma de clubs deportivos.

Esta circunstancia les permitió, bajo el régimen de personas jurídicas sin ánimo de lucro, beneficiarse de un tipo de gravamen fiscal específico sobre sus rendimientos y que, hasta 2015 fue, según la Comisión, inferior al gravamen aplicado al resto de equipos.

En 2016, Bruselas declaró que España había establecido ilegalmente una ayuda en forma de privilegio fiscal en el Impuesto sobre Sociedades en favor de los cuatro clubs mencionados, siendo ésta incompatible con el mercado interior, por lo que obligó a España a suprimir ese régimen ventajoso, disfrutado entre 1990 y 2015, y a recuperar «con carácter inmediato y efectivo de los beneficiarios el importe de la ayuda otorgada».

Los recursos planteados por los cuatro clubs tuvieron como resultado el dictamen del Tribunal por el que se anula la orden de la Comisión bajo el argumento de que Bruselas «no acreditó» convenientemente que esas ayudas fueran ilegales.

En su comunicado, el TGUE hizo constar que «la Comisión, a quien incumbía la carga de la prueba, no acreditó suficientemente con arreglo a Derecho que la medida controvertida confiriese una ventaja a sus beneficiarios» y, por otra parte, también apuntaba al hecho de que las supuestas ventajas otorgadas a estos clubs «no pueden dissociarse del examen de los demás componentes del régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lu-

cro», con lo que, sin duda, el Tribunal mostraba su acuerdo con las alegaciones presentadas por los clubes en relación al hecho de que la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios era superior para las SAD que para las entidades sin ánimo de lucro.

Y en Mayo, este mismo Tribunal General de la UE hizo pública una nueva sentencia también contraria a una decisión previa de la Comisión, anulando la decisión de Bruselas que obligó al Real Madrid a reintegrar más de 20 millones de euros al Ayuntamiento de la capital española (18,4 millones de euros más otros 2 millones en intereses) al estimar que se había beneficiado de Ayudas de Estado ilegales a través de la firma de acuerdos ventajosos con el consistorio en diversas permutas de terrenos.

El caso se remonta a 1998, cuando se firmó un convenio por el cual el Real Madrid cedería ciertos terrenos al Ayuntamiento y, como contrapartida, éste aportaría otros por un importe equivalente. Pero el gobierno municipal no pudo cumplir el trato porque la parcela tenía calificación de equipamiento deportivo básico, por lo que nunca podría pasar a manos privadas. Por ello, en 2011 el consistorio compensó al Real Madrid con 22,7 millones mediante una serie de nuevas operaciones.

Sin embargo, la Comisión sospechaba que ésta era una transacción ventajosa para el club; según sus estimaciones, el valor real de la parcela que debía entregarse al Real Madrid debía tener un valor muy inferior a esos 22,7 millones, concretamente 4,2 millones menos, y en ningún debía contabilizarse la revalorización de los terrenos desde el acuerdo inicial.

Ocho años después, la justicia europea ha determinado que Bruselas «no probó de modo satisfactorio que se hubiese conferido una ventaja al Real Madrid», y por tanto revoca el pago que el Madrid tuvo que realizar al Ayuntamiento en 2016. «La Comisión no tuvo en cuenta todos los elementos de la operación controvertida y su contexto. Así pues, no pudo cumplir con su obligación de llevar a cabo un análisis completo con el fin de demostrar no sólo la cuestión de la evaluación del importe de la ayuda, sino también la evaluación de la propia existencia de una ventaja», señalaban los jueces comunitarios.

6. *Competencia: Multa a Google por abuso de posición en la publicidad por Internet*

En Marzo, la Comisión anunció la imposición de una nueva multa a Google por valor de 1.490 millones de euros, por un nuevo caso de dominio del mercado, relativo esta vez a la publicidad por Internet, en concreto al servicio publicitario de la multinacional, AdSense.

La comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, acusó a la compañía de haber actuado de manera ilegal durante más de diez años, impidiendo que otras empresas pudieran competir e innovar. Según esta denuncia, Google imponía «cláusulas restrictivas» en los contratos que impedían a sus rivales colocar anuncios de búsqueda en determinados sitios web de terceros.

A pesar de que la tecnológica ha argumentado que Google AdSense es solo una parte muy pequeña de los ingresos publicitarios y que su volumen de negocio no deja de caer por el empuje de otras unidades de negocio, el equipo de Vestager ha considerado que, en parte, Google ha alcanzado ese dominio de mercado precisamente gracias a la imposición de «restricciones contractuales anticompetitivas en páginas web de terceros», impidiendo que estos sitios web desplegaran publicidad de sus competidores.

Google afianzaba su dominio de mercado desde 2006 imponiendo cláusulas de exclusividad en sus contratos con terceros, y a partir de 2009, incluyendo otras condiciones que denominaba *premium*, con las que se aseguraba los espacios más rentables para sus anuncios, y con el compromiso de que esas páginas web le mostrarían cualquier cambio en la forma de mostrar los anuncios por parte de sus rivales. «No había razón para que Google incluyera esas cláusulas restrictivas excepto para mantener apartados a sus competidores», señaló Vestager.

Con esta decisión, Google suma ya tres sanciones por casos antimonopolio y que acumulan, en apenas dos años, 8.250 millones de euros.

En 2017 Bruselas impuso a Google una multa de 2.420 millones de euros al considerar que aprovechaba su posición dominante en el mercado de búsquedas por Internet para copar también el sector de los comparadores de productos. Y en Julio de 2018, era sancionada con 4.340 millones de euros por imponer restricciones a los fabricantes de móviles a través de su sistema operativo Android.

Google encabeza, de este modo, el ranking de empresas sancionadas por la UE por prácticas ilegales contrarias a la libre competencia.

7. Competencia: Multa a cinco bancos por manipular el mercado de divisas

En Mayo, la Comisión también anunció una multa de 1.068 millones de euros a cinco bancos de inversión, los británicos Barclays y RBS, los norteamericanos Citigroup y JP Morgan y el japonés MUFG, por pactar operaciones en el mercado de divisas.

Según la investigación llevada a cabo por la Dirección de Competencia del ejecutivo comunitario, los brokers de estos bancos rivales chateaban

para coordinar sus movimientos y compartir información confidencial que beneficiaba a sus operaciones.

Conversaban largamente sobre sus próximos movimientos de compra-venta de euros, libras, yenes, francos suizos y otras siete monedas, con el objetivo de maniobrar en el mercado de divisas con más seguridad.

Los operadores intercambiaron información confidencial de clientes que les habían solicitado determinadas operaciones antes de que éstas se ejecutaran, y coordinaron estrategias que les permitieron decidir el mejor momento para incrementar o disminuir sus carteras.

En total, Citigroup deberá abonar casi 311 millones de euros, el escocés RBS 249 millones, JP Morgan 229, Citigroup 210 y MUFG 70.

La comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, criticó duramente estas operaciones coordinadas de los brokers, ya que operaban sin tener en cuenta la privacidad de los clientes y al margen de la ley. «La Comisión no tolerará estos comportamientos en ningún sector de los mercados financieros. La actuación de esos bancos ha puesto en riesgo la integridad del sector a expensas de la economía europea y los consumidores», apuntó.

Un sexto banco, UBS, que también participó en los pactos, evitó la multa de 285 millones que le hubiera correspondido por haber revelado a las autoridades europeas la existencia de los dos cárteles investigados y sancionados.

8. *Competencia: veto de la fusión Alstom-Siemens y propuesta de modificación de la normativa comunitaria*

El anuncio de veto de la Comisión sobre la fusión de las compañías Alstom y Siemens realizado en Febrero desencadenó las críticas de Francia y Alemania, y la petición de una reforma sobre el Reglamento comunitario que atribuye a la Comisión esta competencia.

La comisaria Vestager señaló que «el impacto negativo de la fusión para la competencia era claro», argumentando, en particular, que la operación «habría mermado la competencia en los mercados de sistemas de señalización de ferrocarriles y trenes de muy alta velocidad». «No es un problema de que la nueva compañía resultante sea muy grande sino de que en algunos mercados, no habría competencia», apuntó.

Rechazaba de plano el argumento francoalemán de la creciente competencia de la empresa estatal china, y explicó que el 90% de la actividad de CRRC está en su país de origen. «No ha construido ni un tren de alta velocidad fuera de su país», afirmó, a pesar de que Francia y Alemania rechazaron esta lógica al considerar que el análisis de la operación no debería tener

solo en cuenta el mercado europeo, sino el panorama mundial y las tendencias de futuro.

Ambos países lamentaron la decisión e incluso avanzaron su intención de impulsar una reforma en la política de competencia de la Unión Europea.

El ministro francés de Economía y Finanzas, Bruno Le Maire, afirmó, al tener conocimiento de la decisión de Vestager, que la danesa había cometido un error económico y político al considerar que los «criterios elegidos» no eran los correctos y que «el papel de la Comisión es defender los intereses económicos de la UE».

El rechazo del gobierno francés ya le había llevado a amenazar a Bruselas con una ofensiva conjunta del eje francoalemán para reformar el método para adoptar decisiones sobre grandes fusiones en Europa que, en efecto, está centralizado en la Comisión Europea desde 1989.

El ministro alemán de Economía, Peter Altmaier también ejerció cierta presión en las semanas anteriores a la decisión de la Comisión para que ésta aprobara la operación. «Necesitamos campeones internacionales en Europa que sean capaces de competir globalmente», afirmaba.

Sin embargo, Vestager respondía que la UE ya tiene varios grandes jugadores. «Con la decisión de hoy, conseguimos que Europa tenga dos líderes mundiales, no uno», añadía.

La ofensiva franco-alemana para impulsar una reforma de este ámbito decisorio de la política de competencia europea continuó en los meses siguientes, con el objetivo manifestado por París y Berlín de dar a los Estados miembros la posibilidad de revocar una decisión del ejecutivo comunitario.

En Marzo, la ministra de Economía, Nadia Calviño, declaró al hilo de estos debates que el gobierno español está abierto a una «revisión» de las reglas, pero rechazó cualquier modificación que lleve a un «debilitamiento» de la Comisión.

La comisaria Vestager recibía, de este modo, el apoyo de España, ya que Calviño recordó que «la política de competencia es una de las salvaguardas más importantes de las compañías europeas». «La reflexión es un proceso deseable siempre que lleve a un refuerzo de esta política y no a un debilitamiento de la misma», advirtió.

9. *El Tribunal de Justicia admite la posibilidad de diferentes indemnizaciones para trabajadores fijos y temporales en España*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 11 de abril de 2019, estimó que la indemnización equivalente a 20 días de salario por año de trabajo estipulada en los casos de despido por causas objetivas com-

pensa el carácter imprevisto de la ruptura de la relación laboral en los contratos de duración indefinida.

La Corte europea considera, sin embargo, que la terminación de un contrato temporal, por obra o servicio, en el que el trabajador conoce de antemano su finalización al terminar la tarea para la que hubiera sido contratado, es diferente de la extinción del contrato de un trabajador fijo, incluso si ambos fueran despedidos por la finalización del mismo trabajo de la empresa.

En el caso del trabajador con contrato indefinido, el Tribunal estima que debe tenerse en cuenta «la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador pueda albergar respecto a la estabilidad de la relación laboral». Por esta razón los jueces comunitarios consideran ajustado a Derecho que, en un mismo despido colectivo, basado en una causa objetiva, la indemnización por extinción de la relación laboral abonada a los trabajadores con contrato de obra sea inferior a la de los trabajadores fijos.

El Tribunal se pronunciaba sobre el litigio planteado por tres trabajadores de una subcontrata de Unión Fenosa, que reclamaban una indemnización tras la resolución de sus contratos de trabajo.

En Agosto de 2011, la eléctrica contrató a la subcontratista el servicio de lectura de contadores de electricidad, las órdenes de servicio y la lectura mensual de gas en la provincia de A Coruña. Y esta subcontrata contrató a los trabajadores en régimen de trabajo por obra o servicio de duración determinada.

En Febrero de 2015, Unión Fenosa decidió un cambio de empresa subcontratista que asumió el trabajo con su propio personal. De esta forma, la primera contrata comunicó la extinción de la relación laboral a los trabajadores temporales y que les correspondía la indemnización de 12 días de salario por año de trabajo prevista en el Estatuto de los Trabajadores.

De manera simultánea, esta empresa inició los trámites para un despido colectivo, alegando motivos de producción, de 72 trabajadores indefinidos, que lo impugnaron ante un Tribunal de Santiago de Compostela en Marzo de 2017 alegando que el despido carecía de base legal y que, en todo caso, era un despido improcedente.

La compañía fue condenada a readmitir a los trabajadores o a extinguir los contratos abonando la indemnización correspondiente a los casos de despido improcedente, 33 días de salario por año trabajado.

Tras el recurso presentado por la empresa ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el que alegaba la duración determinada de la subcontrata, éste recordó que, a pesar de esta duración determinada del trabajo, en la normativa nacional existe una diferencia de trato entre trabajadores indefinidos y temporales. La indemnización prevista es inferior en el caso de extinción de un contrato de duración determinada por obra o servicio (12

días de salario por año de trabajo) que en el caso de contratos indefinidos (20 días).

A pesar de que el cese de los contratos tuviera el mismo origen, es decir, la resolución de la contrata, el Tribunal señaló que la disparidad en la indemnización se justificaba por el hecho de que el despido de los trabajadores temporales se produjo cuando se cumplió el límite temporal para el que se celebraron los contratos, mientras que el despido de los trabajadores indefinidos fue consecuencia de un despido colectivo, basado en un motivo ajeno a la relación laboral.

En todo caso, la Corte gallega remitió al Tribunal de la UE una pregunta sobre la existencia de razones objetivas que permitieran justificar la discriminación, y sobre si la legislación nacional era compatible con la legislación comunitaria.

En Abril, el Tribunal comunitario declaró que la normativa comunitaria no se opone a la española y que en el caso de la resolución de una contrata que tiene como consecuencia la finalización de contratos por obra o servicio y que, por otra parte, da lugar a un despido colectivo de trabajadores fijos basado en una causa objetiva, la indemnización por extinción de la relación laboral abonada a los primeros es inferior a la concedida a los fijos.

Tras la sentencia europea, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia debería examinar si los contratos temporales de la subcontrata de Unión Fenosa estaban vinculados a la duración de la contrata y si, considerando la resolución anticipada de este contrato, sería preciso considerar que se puso fin a dichos contratos laborales antes del vencimiento del plazo que había sido previsto por las causas objetivas correspondientes, en cuyo caso se les debería indemnizar con el importe equivalente a 20 días de salario por año trabajado.

Derechos de autor

Los derechos de autor (para la distribución, comunicación pública, reproducción e inclusión en bases de datos de indexación y repositorios institucionales) de esta publicación (*Cuadernos Europeos de Deusto, CED*) pertenecen a la editorial Universidad de Deusto. El acceso al contenido digital de cualquier número de *Cuadernos Europeos de Deusto* es gratuito inmediatamente después de su publicación. Los trabajos podrán leerse, descargarse, copiar y difundir en cualquier medio sin fines comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o el autor. Así mismo, los trabajos editados en CED pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en CED, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

Copyright

Copyright (for distribution, public communication, reproduction and inclusion in indexation databases and institutional repositories) of this publication (*Cuadernos Europeos de Deusto, CED*) belongs to the publisher University of Deusto. Access to the digital content of any Issue of *Cuadernos Europeos de Deusto* is free upon its publication. The content can be read, downloaded, copied, and distributed freely in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author. Thus, the content of CED can be subsequently published in other media or journals, as long as the author clearly indicates in the first footnote that the work was published in CED for the first time, indicating the Issue number, year, pages, and DOI (if applicable). Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.

Cuadernos Europeos de Deusto

Deusto Journal of European Studies

