

# EL DERECHO MERCANTIL Y LA ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN COMUNITARIA

*Ignacio Farrando Miguel*

## I. PRESENTACIÓN

**C**UANDO SE RECUERDAN LOS ORÍGENES DEL derecho mercantil no puede menos que aceptarse su vocación internacional<sup>1</sup> y, por tanto, su *tendencia*<sup>2</sup> natural a la armonización e incluso a la uniformidad internacional<sup>3</sup> que le caracterizó en sus inicios<sup>4</sup>. Ciertamente este rasgo no es un retorno com-

<sup>1</sup> Cfr. entre los muchos que destacan este aspecto, J. GARRIGUES. "Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil", en *RDM*, nº 27, 1959, pp. 7 y ss. [*idem* en pp. 37 y ss. de los *Temas de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1978, espec. pp. 15 y 16.

<sup>2</sup> Cfr. con esta precisión, M. BROSETA. "Ponencia sobre el estado actual y perspectivas del derecho mercantil", en pp. 425 y ss. del Vol. I del *Centenario del Código de Comercio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986, espec. p. 427.

<sup>3</sup> Una advertencia previa. Si bien somos conscientes de las diferencias de alcance existentes entre las técnicas armonizadoras y las unificadoras (p. ej.: en el ámbito de la UE, *Directiva vs. Reglamento*), en estas páginas emplearemos el vocablo *unificación* como comprensiva de ambas ya que, en definitiva, nuestro interés se centra en destacar el fenómeno de acercamiento más que en examinar con detalle el concreto modelo jurídico empleado.

<sup>4</sup> Afirmación que es reiteradamente expresada por la doctrina. Cfr., p. ej., desde L. GOLDSCHMIDT. *Storia universale del diritto commerciale*, Turin, UTET, 1913, espec. p. 12, hasta K. W. CANARIS. *Handelsrecht* 22, Munich, Beck, 1995, espec. p. 6; o, últimamente, H. COING. *Derecho privado europeo*, vols. I y II, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, espec. Vol. II, p. 662, quien señala que "el derecho mercantil es [...] aquella parte del derecho en la que ya en el siglo XIX más intensamente se desarrolló el derecho comparado"; y, en nuestra doctrina, recordando ese afán internacional, J. GARRIGUES. *Tratado de derecho mercantil*, Vol.

1/1, Madrid, Revista de Derecho Mercantil, 1947, espec. p. 13, cuando indica que "el derecho mercantil ofrece un carácter transnacional fuertemente acusado"; A. MENÉNDEZ. "El derecho mercantil en el siglo XXI", *La Ley* 1990-4, pp. 1197 y ss., espec. p. 1199; M. OLIVENCIA. "UNCITRAL: Hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI", en *RDM*, nº 207, 1993, pp. 9 y ss., espec. p. 27, del mismo, "Nacionalidad e internacionalidad del derecho mercantil", en pp. 7 y ss. de *Nacionalidad e internacionalidad del derecho mercantil. Discurso leído el día 6 de mayo de 1993 en el acto de su recepción pública por el Elmo. Sr. D. Manuel Olivencia Ruiz en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, espec. pp. 15, 18-19 y 52; del mismo, *De nuevo, la lección 1ª sobre el concepto de la asignatura*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1999, espec. p. 56; GÓMEZ SEGADA: "Algunos problemas actuales del derecho mercantil", en p. 209 y ss. de los *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, Madrid, Civitas, 1978, espec. p. 223; F. SÁNCHEZ CALERO. "Reflexión general sobre el proceso desdificador y perspectivas del derecho mercantil al finalizar el siglo XX", en pp. 15 y ss. de *Perspectivas actuales del derecho mercantil*, Pamplona, Aranzadi, 1995, espec. pp. 17 y 31; A. ALONSO UREBA. *Elementos de derecho mercantil*, Madrid, Univ. Complutense de Madrid, 1989, espec. p. 75; o, en fin, F. VICENT CHULIA. "Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del derecho mercantil en la última década", en p. 4043 del Vol. III de los *Estudios de derecho mercantil*

pleto ya que ni los tiempos son los mismos ni, por supuesto, tampoco lo son las condiciones sociopolíticas que nos envuelven. Sin embargo, hoy en día nos encontramos en una época donde los esfuerzos unificadores han vuelto a cobrar nuevos bríos<sup>5</sup>, tanto debido a la globalización de la economía impulsada por la expansión mundial del sistema de economía de mercado<sup>6</sup>, como por la multiplicación de los avances técnicos que acortan las distancias y reducen las dificultades de comunicación y transporte<sup>7</sup> (p. ej.: revolución en las telecomunicaciones, nuevos medios de transporte, desarrollo de la informática y de los medios de gestión, etc). Las mecánicas a través de las que se produce este estrechamiento son muchas pero, en este momento, conviene limitar la exposición a las siguientes dos clasificadas en atención al grado pretendido de acercamiento a la normativa mercantil<sup>8</sup> (o, en todo caso, de ciertos aspectos de esta materia).

Por un lado, y a escala regional, es fácil comprobar dicho fenómeno cuando se observa la integración de diversos ordenamientos en estructuras supranacionales (p. ej.: MERCOSUR, TLCAN O NAFTA, ASEAN, PECC, el Pacto Andino o el futuro ALCA, etc.) que, con una mayor o menor ambición y mediante instrumentos *ad hoc*, pretenden afectar a campos tan diversos como el comercio, la ordenación empresarial o, en fin, la protección del consumidor. El mejor ejemplo de los fenómenos de integración supranacional es, desde la perspectiva española, el efectuado por la Unión Europea (UE) que ha desplegado su tarea armonizadora en ámbitos tan diversos como el ordenamiento societario, las materias comprendidas en las diversas subdivisiones existentes en el mercado financiero (mercado del crédito, mercado de valores y mercado de seguros) o, por finalizar, la creación de una moneda única.

El acercamiento de los ordenamientos mercantiles también puede observarse desde una perspectiva más ambiciosa: en el ámbito internacional. Los instrumentos empleados para la unificación de la normativa mercantil o, cuanto menos, para la creación de un derecho uniforme aplicable a las transacciones internacionales<sup>9</sup>, son de muy variada categoría y alcance (p. ej.: tratados internacionales, leyes modelos, leyes uniformes, guías, etc.) y, desde el prisma que aquí nos interesa, emanan tanto de gobiernos como de organizaciones intergubernamentales o asociaciones privadas. Siguiendo este esquema examinaremos a con-

*en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, espec. p. 4075.

<sup>5</sup> Cfr. por todos los que expresan este juicio, SÁNCHEZ CALERO. "Reflexión general", *cit.*, espec. p. 17.

<sup>6</sup> V. así, R. URÍA y A. MENÉNDEZ. "El derecho mercantil", en pp. 23 y ss. del Vol. I del *Curso de derecho mercantil*, R. URÍA y A. MENÉNDEZ (dir.), I, Madrid, Civitas, 1999, espec. p. 35.

<sup>7</sup> Cfr., indicando que este fenómeno es tan acentuado que a "los mercantilistas se nos han agotado los prefijos para expresar esa nueva realidad: multi-, trans-, supra-, a-nacional...": OLIVENCIA. "Nacionalidad e internacionalidad", *cit.*, espec. p. 31.

<sup>8</sup> Cfr., en breve resumen, ALONSO UREBA. *Elementos*, espec. pp. 75 a 77.

<sup>9</sup> Esta última observación se hace necesaria toda vez que la existencia de un numeroso conjunto de normas, reglas y principios aplicables al derecho internacional del comercio no comporta necesariamente la unificación del derecho mercantil, sino que, por el contrario, sólo persigue establecer un conjunto de reglas uniformes para el comercio *internacional*, desgajándose así del tronco nacional y creando un subsistema específico para ese tipo de transacciones. Cfr., señalando que la actividad de la CNUDMI –que, por extensión, abarca los demás organismos– está especialmente dirigida a "la creación de un derecho (uniforme) del comercio internacional", más que a la armonización o unificación de los ordenamientos nacionales, OLIVENCIA. "UNCITRAL: Hacia un derecho mercantil uniforme", *cit.*, espec. pp. 27, 29 y 30 y 33.

tinuación los rasgos más sobresalientes de la armonización y unificación comunitaria (con algún apunte sobre los esfuerzos de naturaleza extracomunitaria) y alguna referencias a los trabajos de índole privada para la armonización del derecho privado europeo.

Este trabajo resultaría incompleto para los lectores si no ofreciese una selección de la bibliografía española que, de una u otra forma, ha abordado el estudio de este fenómeno. Es por ello que, en las notas a pie de página, se procura ofrecer a los lectores una selección actualizada de artículos y publicaciones españolas sobre esta materia.

## II. LA ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN COMUNITARIA

### A. ASPECTOS GENERALES

A PARTIR DE LA LECTURA DE LOS PRECEPTOS de los tratados de la Comunidad Europea puede concluirse que la armonización se configura como un principio general de carácter instrumental al servicio de otros objetivos de la Comunidad Europea y, por ello, es fácil concluir que la armonización comunitaria no es fin en sí misma, sino un elemento de una política legislativa de la Comunidad. Atendiendo a este planteamiento, es tradicional entre nuestro autores<sup>10</sup> identificar como fines típicos de la armonización los siguientes dos. Por un lado, y desde la perspectiva del propio derecho que se armoniza, el aumento en la seguridad jurídica y una mayor claridad y racionalización de las normas jurídicas así como la unificación de determinados conceptos esenciales; y, por otro, y ahora desde la perspectiva de los Estados miembros de la Comunidad, el ánimo de facilitar la cooperación internacional. Sin embargo, además de estos fines típicos o generales, los tratados de la Comunidad fijan una serie de objetivos sectoriales entre los que pueden incluirse determinados aspectos del ámbito mercantil. Por tanto, la armonización permite sustituir las legislaciones nacionales divergentes por una normativa comunitaria de aplicación uniforme en todo el territorio de la comunitario<sup>11</sup>.

Nadie puede dudar que la adhesión de España a los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas ha supuesto una verdadera revolución tanto en lo que respecta a nuestro sistema de fuentes como, en general, a su entramado normativo<sup>12</sup>. Las peculiaridades del ordenamiento comunitario son muchas y basta aquí con recordar que, según clasificación ampliamente aceptada, el acervo

<sup>10</sup> Cfr. por todos, L. MILLÁN MORO. *La armonización de legislaciones en la CEE*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, espec. pp. 192 y ss.

<sup>11</sup> V. así, M. LÓPEZ ESCUDERO y MARTÍN, y J. PÉREZ DE NANCLARES. *Derecho comunitario material*, Madrid, McGraw-Hill, espec. p. 34.

<sup>12</sup> V. entre quienes últimamente lo recuerdan expresamente, URÍA Y MENÉNDEZ: "El derecho mercantil", *cit.*, espec. p. 36. La bibliografía sobre el tema es inabarcable: baste por tanto con remitirse a J. M. GONDRA. *Derecho mercantil*, v/1, *Introducción (Concepto, sistema, fuentes)*, Madrid, Universidad

Complutense de Madrid, 1992, espec. pp. 174 a 185; o, desde la perspectiva de los trabajos especializados, a J. CAMPOS D. y J. L. PIÑAR. "El ingreso de España en las Comunidades Europeas y el acta de adhesión sobre el derecho interno", en pp. 21 y ss. del Vol. I del *Tratado de derecho comunitario europeo*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO (dirs.), Madrid, Civitas, 1986, espec. pp. 38 a 53; y, en la manualística actual, AA.VV. *Lecciones de derecho europeo comunitario*, V. ABELLÁN HONRUBIA y B. VILA COSTA (dirs.), Barcelona, Ariel, 1998.

comunitario se integra tanto por el llamado *derecho primario* como por el denominado *Derecho secundario*. Aquél se forma con los Tratados internacionales constitutivos de las tres Comunidades, así como sus posteriores modificaciones, entre las que cabe recordar, como última destacable, el Tratado de Amsterdam<sup>13</sup>.

Básicamente puede decirse que el Derecho primario está constituido por los tres Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas<sup>14</sup> (Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero [TCECA], Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea [TCE] y Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica [TCEEA])<sup>15</sup> y sus diversos Tratados y actos modificativos, entre los que destacan el Convenio sobre determinadas instituciones comunes a las Comunidades Europeas<sup>16</sup>, el Tratado por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas y el Protocolo único sobre privilegios e inmunidades<sup>17</sup> (conocido como Tratado de Fusión), los Tratados por los que se modifican determinadas disposiciones presupuestarias de los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas y el Tratado por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas<sup>18</sup>, el Acta Unica Europea<sup>19</sup>, el Tratado de la Unión Europea (conocido como Tratado de Maastricht<sup>20</sup>), el Tratado de Amsterdam<sup>21</sup>, así como las actas de adhesión de nuevos Estados a la estructura comunitaria (Dinamarca, Irlanda y Reino Unido e Irlanda del Norte el 22 de enero de 1972, Grecia el 24 de mayo de 1979, España y Portugal el 12 de junio de 1985<sup>22</sup>, y Austria, Finlandia y Suecia el 24 de junio de 1994).

<sup>13</sup> Cfr. sobre este último, A. OLESTI RAYO. *Los principios del Tratado de la Unión Europea. Del Tratado de Maastricht al Tratado de Amsterdam*, Barcelona, Ariel, 1998, espec. pp. 53 a 78.

<sup>14</sup> Ha de tenerse presente que el TCE ha declarado en varias ocasiones que algunas disposiciones de los Tratados, como la expresada en el artículo 119 TCE, relativa al principio de igualdad de retribuciones entre hombres y mujeres [cfr., p. ej.: STJCE asunto 43/75, "Defrene c. Sabena" (*Rec.* 1976, pp. 455 y ss.)], o el contemplado en su artículo 48, que establece la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad [cfr., p. ej.: STJCE asunto 36/74, "Walrave" (*Rec.* 1974, pp. 1405 y ss.)], tienen efecto directo horizontal, esto es, producen sus efectos entre particulares confiriéndoles *directamente* derechos subjetivos.

<sup>15</sup> El primero constituido en París el 18 de abril de 1951, y en vigor desde 1952, y los dos últimos constituidos en Roma el 25 de marzo de 1957, y en vigor desde el 1º de enero de 1958.

<sup>16</sup> Concluido en Roma el 25 de marzo de 1957, y por el que se unifican para las tres instituciones el Tribunal de Justicia y la Asamblea.

<sup>17</sup> Firmado en Bruselas el 8 de abril de 1965.

<sup>18</sup> Concluidos, respectivamente, el 22 de abril de 1970 en Luxemburgo y el 22 de

julio de 1975 en Bruselas.

<sup>19</sup> Firmada en Luxemburgo y en La Haya el 17 y 28 de febrero de 1986 y en vigor desde el 1º de julio de 1987. Cfr., su texto en CDC, nº 3, 1988, pp. 117 y ss. y en comentario, J. ELIZALDE. "El Acta Unica Europea", *Gaceta CEE*, nº 37, 1987, pp. 365 y ss.; e R. ILLESCAS ORTIZ. "Acta Unica Europea y derecho mercantil", en pp. 623 y ss. del *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991.

<sup>20</sup> Firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y en vigor desde el 1º de noviembre de 1993 que, además de constituir la Unión Europea, cambió la denominación de *Comunidad Económica Europea* por el de *Comunidad Europea*, y creó una nueva institución –el Tribunal de Cuentas–, así como un nuevo órgano consultivo –el Comité de las Regiones–.

<sup>21</sup> Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el día 2 de octubre de 1997, y ratificado por España mediante Ley Orgánica 9/1998, del 16 de diciembre (BOE 301, del 17 de diciembre de 1998), y con *Instrumento de ratificación* del 23 de diciembre de 1998 (BOE 109, del 7 de mayo de 1998, y corrección de errores en BOE 188, del 7 de agosto de 1999).

Junto a ese derecho originario, el ordenamiento comunitario también cuenta con un entramado *derivado* que, básicamente<sup>23</sup>, se forma a través de los siguientes tres instrumentos jurídicos típicos emanados de las instituciones comunitarias (art. 249 TCE): el reglamento, la directiva y la decisión comunitaria.

Los Reglamentos comunitarios son instrumentos normativos de “alcance general [...] obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable(s) en cada Estado miembro” (art. 249 TCE). Las características más relevantes de los reglamentos son, pues, su alcance general, la obligatoriedad de todos sus mandatos y la aplicabilidad directa en cada Estado miembro. El primer rasgo comporta que sus destinatarios son los Estados miembros<sup>24</sup> o las personas físicas o jurídicas que se identifican en función de “una situación objetiva de hecho definida por el acto y en relación con la finalidad de éste último”. Mediante el segundo rasgo quiere indicarse que el reglamento es obligatorio en todos y cada uno de sus elementos, de tal forma que, de acuerdo con su finalidad directamente unificadora, se superpone a las legislaciones nacionales, no pudiendo éstas aplicarlo de forma parcial o selectiva ni introducir excepciones no previstas<sup>25</sup>. Por último, mediante la aplicabilidad directa, lo que se quiere poner de manifiesto es que su ejecución no requiere intervención de los poderes normativos nacionales –esto es: actos nacionales de transformación o incorporación–, ya que su propia naturaleza exige su aplicación simultánea y uniforme en todo el territorio comunitario, produciendo, como reitera el tribunal, “efectos inmediatos”<sup>26</sup> y confiriendo directamente a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales deben proteger<sup>27</sup>. La directiva comunitaria, por su parte, “obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios” (art. 249 TCE). Dos son los principales caracteres que acostumbra a predicarse de estos instrumentos de armonización<sup>28</sup>. En primer lugar, el que sus destinatarios son

<sup>22</sup> Cfr., entre los trabajos que examinan la adhesión española, J. L. MESSEGUER. “El Acta de adhesión y el régimen especial previsto para España y Portugal”, en *Gaceta CEE* n.º 37, 1987, pp. 336 y ss.

<sup>23</sup> Existen otros de menor importancia en esta sede. Nos referimos a los *programas* (como declaraciones de intenciones de la Comisión o del Consejo que denotan la existencia de una planificación en un sector y que se intenta regular con cierta coherencia. Suelen definir los principios generales en los que luego se inscriben una serie de actos comunitarios y marcan en el tiempo las medidas a tomar. Tienen un valor más político que jurídico); las *comunicaciones* (o instrumentos mediante los que la Comunidad transmite informaciones a los Estados miembros); y la convención (como instrumentos que contienen derecho material aplicable en todo el territorio de los Estados miembros y cuyo contenido, una vez en vigor, no puede ser modificado por los Estados miembros).

<sup>24</sup> Lo que no impide, sin embargo, que el propio reglamento disponga de una aplica-

ción no uniforme en los distintos Estados miembros. Cfr., para esta cuestión, la STJCE asunto 6/68, “Zuefabrik Watenstedt” (*Rec.* 1968, pp. 595 y ss.); así como la STJCE asunto 64/69, “Compagnie Française Commerciale et Financière” (*Rec.* 1969, pp. 221 y ss.).

<sup>25</sup> V. recogiendo estas ideas, STJCE asunto 30/72, “Comisión c. Italia” (*Rec.* 1973, pp. 172 y ss.); STJCE asunto 128/78, “Comisión c. Reino Unido” (*Rec.* 1979, pp. 419 y ss.); y STJCE asunto 18/72, “Granaria c. Produktschap voor Veevoeder” (*Rec.* 1972, pp. 1163 y ss.).

<sup>26</sup> Los reglamentos se publican en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y entran en vigor “en la fecha que ellos mismos fijan o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación” (art. 254 TCE).

<sup>27</sup> Cfr., entre muchas otras decisiones que así lo sostienen, STJCE asunto 43/71, “Politi” (*Rec.* 1971, pp. 1039 y ss.); STJCE asunto 84/71, “Marimex” (*Rec.* 1972, pp. 89 y ss.); STJCE asunto 93/71, “Leonesio” (*Rec.* 1972, pp. 287 y ss.); y STJCE asunto 34/73, “Variola” (*Rec.* 1973, pp. 901 y ss.).

<sup>28</sup> Cfr., sobre la función de la directiva

los Estados miembros, por lo que sólo respecto de éstos despliega su efecto imperativo, que no es otro más que obligar a que todas las autoridades de los Estados miembros alcancen el resultado en ella fijado<sup>29</sup> (art. 10 TCE). Este rasgo implica, en principio, que las directivas únicamente producen efecto respecto de las personas físicas o jurídicas cuando se produzca un acto de transposición realizado por las autoridades nacionales competentes según las formas y reglas del derecho interno. La excepción a esta regla general es el denominado “efecto directo horizontal”<sup>30</sup> reconocido desde los años setenta por el Tribunal de Justicia<sup>31</sup> y mediante el que esta institución comunitaria reconoce aplicabilidad directa a las directivas cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (a) que el Estado miembro no haya transpuesto (o haya incorporado incorrectamente) a su ordenamiento la norma comunitaria, y (b) que el examen de la disposición en cuestión así lo permita<sup>32</sup>. Y, en segundo término, también caracteriza a la directiva comunitaria el hecho de ser un instrumento de resultado<sup>33</sup>, ya que sólo obliga en cuanto al resultado final que debe alcanzarse, dejando a los Estados miembros libertad para escoger los instrumentos nacionales a emplear para alcanzar dicho fin<sup>34</sup> (art. 249 TCE). Por último, la decisión comunitaria “será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios” (art. 249 TCE) y se peculiariza, además de por su naturaleza obligatoria respecto de todos sus mandatos<sup>35</sup>, por su carácter individual, ya que puede destinarse tanto a una persona en concreto

como medio de armonización de leyes nacionales más que como sistema de unificación supranacional, P. C. MÜLLER-GRAFF, “EC Directives as a Means of Private Unification”, en pp. 71 y ss. de *Towards a European Civil Code*, A. HARTKAMP *et al* (ed.), The Hague, Londres, Boston, Kluwer Law Int'l., 1998, espec. pp. 73 a 75.

<sup>29</sup> Cfr., así, STJCE asunto 14/83, “Van Colson y Kamann” (*Rec.* 1984, pp. 1891 y ss.); y la conocida STJCE asunto 106/89, “Marleasing S. A.” (*Rec.* 1990, pp. 4135 y ss).

<sup>30</sup> Ya que el *vertical* ha sido repetidamente negado por la jurisprudencia del TJCE. V. al respecto, y entre otras, STJCE asunto 152/84, “Marshall” (*Rec.* 1986, pp. 723 y ss); STJCE asunto 221/88, “CECA c. Faillite Acciaierie e Ferriere Busseni SpA” (*Rec.* 1990, pp. 495 y ss.); o la conocida STJCE asunto 106/89, “Marleasing S. A.” (*Rec.* 1990, pp. 4135 y ss). V. sobre el efecto directo horizontal en nuestra doctrina, Y. GALMONT y J. C. BONICHOT. “El TJCE y la transposición de las Directivas al Derecho nacional”, *Not. CEE*, nº 47, 1988, pp. 7 y ss.; o D. CANGA FANO. “Evoluciones recientes de la jurisprudencia sobre el efecto directo horizontal de las directivas: la sentencia Marleasing”, D-14 *GJ CE* 1991, pp. 393 y ss.

<sup>31</sup> Cfr. STJCE asunto 9/70, “Grad” (*Rec.* 1970, pp. 839 y ss.); asunto 33/70, “SACE” (*Rec.* 1970, p. 1224 y ss.); asunto 41/74, “Van

Duyn” (*Rec.* 1974, pp. 1337 y ss.); asunto 21/78, “Delkvist” (*Rec.* 1979, pp. 2327 y ss.); o, por acabar, asunto 148/78, “Ratti” (*Rec.* 1979, pp. 1629 y ss.); y asunto 8/81, “Ursula Becker” (*Rec.* 1982, pp. 53 y ss).

<sup>32</sup> V. por todas, la STJCE asunto 158/80, “Rewe” (*Rec.* 1981, pp. 1837 y ss). Tres son, según se admite pacíficamente, las exigencias requeridas para que una norma comunitaria sea directamente aplicable o produzca efecto directo bajo esa segunda exigencia: (a) que se trate de una disposición clara, (b) que sea precisa, y (c) que sea autosuficiente e incondicional. Cfr., examinando con detalle estos extremos, y con amplia bibliografía, AA.VV. *Lecciones, cit.*, espec. pp. 154 a 156.

<sup>33</sup> La directiva debe comunicarse a los Estados miembros y su publicación en el DOCE es meramente facultativa a los simples efectos informativos excepto cuando se dirija a todos los Estados miembros o haya sido adoptada mediante el procedimiento de codecisión.

<sup>34</sup> Cfr., p. ej.: entre las sentencias que recuerdan que los Estados disponen de libertad para elegir las formas y medios más adecuados para garantizar el efecto útil de la directiva, la STJCE asunto 48/75, “Royer” (*Rec.* 1976, pp. 497 y ss).

<sup>35</sup> Cfr., al respecto, p. ej.: la STJCE asuntos conjuntos 23, 24 y 52/63, “Henricot” (*Rec.* 1963, pp. 431 y ss.); y la STJCE asunto 54/65, “Ciedes Forges de Châtillon” (*Rec.* 1966, pp. 280 y ss).

(p. ej.: declarando la nulidad de un acuerdo contrario al artículo 81 TCE), como a un Estado miembro o un grupo de ellos<sup>36</sup>.

Esta brevísima exposición resultaría incompleta si no hiciésemos referencia, aunque sea sucintamente, a dos principios del orden comunitario en sus relaciones con los ordenamientos internos: por una parte, al *principio de supremacía del ordenamiento comunitario* y por otra, al *principio de eficacia directa*. Mediante el primero se quiere poner de relieve que, ante un conflicto entre normas comunitarias y nacionales, éstas deben ser inaplicadas ya que, en resumen, aquéllas gozan de preferencia frente a las nacionales. Este principio básico y eje de la potestad normativa de la Comunidad, se desarrolló a partir de 1964 con el caso 6/4 “Costa vs. ENEL”<sup>37</sup> y consiguió su definitiva aceptación en 1977 en el asunto 106/77 “Simmenthal”<sup>38</sup>. Es por ello que, en virtud de las competencias que la Comunidad ha asumido (es decir: *ratione materiae*), todas sus disposiciones normativas tienen preferencia frente a normas internas anteriores a la entrada en vigor de aquéllas y, lógicamente, frente a las normas posteriores, por lo que las autoridades nacionales están obligadas tanto a aplicar íntegramente el derecho comunitario, como a proteger los derechos que éste confiere a los particulares “dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de ley nacional [...] sin que tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”<sup>39</sup>.

Por otra parte, el *principio de la eficacia directa* implica que las disposiciones comunitarias pueden desplegar por sí mismas plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda su vigencia<sup>40</sup>. La sentencia “Van Gend en Loos”, del 5 de febrero de 1963, constituye el fundamento jurisprudencial del citado principio y, a partir de la misma, puede afirmarse que el efecto directo “es el derecho para cualquier persona de pedir a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias. Es la obligación para el juez de hacer uso de esos textos, cualquiera que sea la legislación del país del que depende”<sup>41</sup>. Sin embargo, y como ya se ha señalado anteriormente, ha de recordarse que el alcance práctico del principio de eficacia directa varía en función de las diferentes categorías de normas comunitarias.

Corolario de estos dos principios es el principio de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario y por el que se acepta que el Estado responde por los daños causados a los particulares como consecuencia de la violación de la normativa comunitaria<sup>42</sup>.

Por último, y en relación con esta materia, no hay que obviar el principio de subsidiaridad<sup>43</sup>, que se enmarca en la esfera de las competencias de las institu-

<sup>36</sup> Existen otros actos comunitarios como las *recomendaciones* y los *dictámenes* que no trataré en estas páginas debido a que no son jurídicamente vinculantes para sus destinatarios. Cfr., con una buena descripción de los mismos, AA.VV. *Lecciones, cit.*, espec. pp. 135 y 136.

<sup>37</sup> *Rec.* 1964, pp. 1143 y ss.

<sup>38</sup> *Rec.* 1978, pp. 643 y ss.

<sup>39</sup> V. para la cita y con más detalles, AA.VV. *Lecciones, espec.*, pp. 164 a 175.

<sup>40</sup> Cfr. A. MANGAS MARTÍN y D. LIÑAN NOGUERAS. *Instituciones y derecho de la Unión*

*Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, espec. pp. 198 y 199.

<sup>41</sup> Cfr., para la cita, R. LECOURT. *L'Europe des juges*, Bruselas, Etablissements Emile Bruylant, 1976, espec. p. 248.

<sup>42</sup> Cfr., p. ej.: la sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1991. Asunto Francovich y Bonifaci, C-6/90 y 9/90.

<sup>43</sup> Junto a los principios de proporcionalidad (art. 5.3 TCE), de suficiencia de medios (art. 6.4 TUE) y de la competencia de atribución (art. 7.1 TCE).

ciones comunitarias. Este principio es de origen más moderno<sup>44</sup> y, tal y como se interpreta el artículo 5º del TCE (antiguo 3.B) por el Tratado de Amsterdam<sup>45</sup>, aclara que la actuación comunitaria, “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva”, sólo estará justificada cuando “conforme al principio de subsidiaridad, (y) sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros” pueda alcanzarse mejor dicha finalidad “debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario”. Es por ello que en el Protocolo 30 del TCE se dice que “la Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario” y que, en igualdad de condiciones, “las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas” indicándose, por último, que “las directivas, tal y como se definen en el artículo 189 del Tratado (art. 249 de la versión consolidada del TCE), aunque obliguen al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejarán a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Dicho protocolo también establece, en lo que se refiere a la naturaleza y al alcance de la actuación de la Comunidad, que las medidas comunitarias deben dejar un margen tan amplio como sea posible para que “las decisiones se tomen a nivel nacional, de forma compatible con el doble objetivo de que las medidas cumplan su finalidad y de que se respeten los requisitos del Tratado” y, cuando corresponda y a reserva de su correcta ejecución, se concluye que las medidas comunitarias deben ofrecer a los Estados miembros varias formas alternativas de alcanzar los objetivos perseguidos. Ahora bien, el principio de subsidiaridad no tiene por qué ser un freno a la ampliación de la competencia comunitaria, sino la base constitucional para extender la acción comunitaria cada vez que la acción estatal sea insuficiente y los efectos perseguidos únicamente puedan ser alcanzados mediante la acción comunitaria, pues, como estipula el referido protocolo, la subsidiaridad “permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se amplíe cuando las circunstancias lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada”.

Una advertencia antes de continuar. La armonización del derecho privado europeo también tiene un impulso privado que conviene no olvidar<sup>46</sup>. Nos referimos a las iniciativas llevadas a cabo por diversos grupos<sup>47</sup>, entre los que desta-

<sup>44</sup> Cfr., sobre sus precedentes, A. CARRO. “La Unión europea y el principio de subsidiariedad”, en *RAP*, nº 126, 1991, pp. 217 y ss.; J. L. DE CASTRO RUANO. “El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea: Una lectura en clave regional”, en *GJCEE* 1995 D-24, pp. 215 y ss.; A. BOXAREU CARRERA. “El principio de subsidiariedad”, en *RIE*, nº 21, 1994, pp. 771 y ss.; o A. TOHT. “The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty”, en *CMLR* 1992, espec. pp. 1090 y ss.; así como sobre su alcance, OLESTI. *Las principios*, espec. pp. 79 a 99.

<sup>45</sup> Cfr., más en concreto, apartado nº 5 del Protocolo (nº 7) del Tratado de Amsterdam sobre la aplicación de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

<sup>46</sup> Cfr., con una abundantísima bibliografía,

E. HONDIUS. “Towards a European Civil Code. General Introduction”, A. HARTKAMP *et al* (ed.), en pp. 3 y ss. de *Towards a European Civil Code*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law Int'l., 1998, espec. pp. 3 a 7; o F. DE LY. “Lex mercatoria and Unification of Law in the European Union”, en pp. 41 y ss. de *Towards a European Civil Code*, A. HARTKAMP *et al* (ed.), The Hague, Londres, Boston, Kluwer Law Int'l., 1998, espec. p. 43.

<sup>47</sup> Cfr., con detalle sobre los trabajos en Alemania para la creación de un derecho privado común europeo, R. SCHULZE. “Le droit privé commun Européen”, en *RIDC* 1995, pp. 8 y ss., espec. pp. 12 a 18; y, aunque no es un verdadero código, sino más bien una consolidación o compilación de las nor-



can los de la Universidad de Pavia<sup>48</sup> o de Trento<sup>49</sup> y, en especial, el desarrollado por la *Commission on European Contract Law*<sup>50</sup> (también conocida como *Comisión Lando* por ser este profesor de la *Copenhagen School of Economics and Business Administration* su presidente), que tiene por objeto elaborar unos *Principios* generales de Derecho contractual<sup>51</sup> (*Principles of European Contract Law*) que puedan servir de semilla para un nuevo Código de obligaciones y contratos europeo<sup>52</sup>, tal y como un sector doctrinal propuso a principios de siglo<sup>53</sup> y el Parlamento Europeo ha reiterado recientemente<sup>54</sup>. Centrándonos en este último –los *Principios* de la *Comisión Lando*– conviene advertir, en primer lugar, que su estructura es muy similar a la de los *Principios* elaborados por UNIDROIT<sup>55</sup>, aunque es cierto que entre ambos existe una clara diferencia de ámbito<sup>56</sup> así como, en segundo término, que los *Principios* pretenden ofrecer un modelo normativo que

mas del Reino Unido, H. MCGREGOR. *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Barcelona, Bosch, 1996.

<sup>48</sup> Cfr., la noticia del “Convenio sobre el futuro código europeo de los contratos”, celebrado en Pavia y organizado por el profesor GANDOLFI de la Universidad de Pavia en “Relazione al convegno sul futuro codice europeo dei contratti”, en *Giust. civ.* 1991, II, pp. 371 y ss. y, con la reproducción de diversas comunicaciones, A. CELLA. “Un codice dei contratti per l’Europa”, en *RDCiv* 1992, II, pp. 779 y ss.; así como M. L. RUFFINI GANDOLFI. “Una codificazione europea sui contratti: prospettive e problemi”, en *RDCom.*, n° 89, 1991, I, pp. 659 y ss. [también en AA.VV. *Incontro di studio su il futuro Codice europeo dei contratti*, P. STEIN (dir.), Milano, Giuffrè, 1993]. Cfr., también las intervenciones de DIETER MEDICUS (cfr. *RDCiv* 1992, II, pp. 793 y 794), ANDRÉ TUNC (cfr. así mismo, en p. 801); WILLIBALD POSCH (AA.VV. *Incontro di studio su il futuro Codice europeo dei contratti*, P. STEIN (dir.), Milano, Giuffrè, 1993, p. 162, o, entre otros muchos, MICHAEL WHINCUP (también, p. 131).

<sup>49</sup> El proyecto se denomina “The Common Core of European Private Law”. V. más información en <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/>.

<sup>50</sup> Esta Comisión está formada por juristas de los países de la Unión Europea y ninguno de ellos representa a o ha sido seleccionado por las autoridades de los Estados miembros. Cfr., en breve resumen, O. LANDO. “Principles of European Contract Law. A First Step Towards a European Civil Code?”, en *RDAL/IBLJ* 1997 (2), pp. 189 y ss., espec. p. 193; y A. HARTKAMP. “Principles of Contract Law”, en pp. 105 y ss. de *Towards a European Civil Code*, A. HARTKAMP *et al* (ed.), The Hague, Londres, Boston, Kluwer Law Int’l, 1998, espec. pp. 108 y 109.

<sup>51</sup> Cfr. *Commission on European Contract Law: The Principles of European Contract Law (Part I)*, O. LANDO y H. BEALE (ed.), M. Nijhoff (Dordrecht y Boston, 1995) y en edición electrónica actualizada, <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/doc.html>, o también el texto de su primera parte sin comentarios en <http://www.ufsia.ac.be/~estorme/pecl.html>.

<sup>52</sup> Cfr., sobre su necesidad y reconociendo expresamente este objetivo, LANDO. “Principles of European Contract Law”, *cit.*, espec. pp. 191 y 194; y, en comparación con los *Principios* de UNIDROIT y recordando sus muchas similitudes, HARTKAMP: “Principles”, *cit.*, espec. pp. 109 a 120.

<sup>53</sup> Cfr., p. ej., el Proyecto italo-francés de Código de obligaciones de 1927 obra de SCIAJOLA, o el Código internacional de obligaciones y contratos de 1937 de CONSENTINI, que unificaba legislación civil y mercantil.

<sup>54</sup> Cfr. las resoluciones del 26 de mayo de 1989 (DOCE C 158, del 26 de junio de 1989, “sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros”) y de 6 de mayo de 1994 (DOCE C 205, del 25 de julio de 1994 “sobre la armonización de determinados sectores del derecho privado de los Estados miembros”). Su texto puede consultarse en la siguiente página electrónica: [http://www.ufsia.ac.be/~estorme/cecl\\_Resolution.html](http://www.ufsia.ac.be/~estorme/cecl_Resolution.html).

<sup>55</sup> V. indicándolo, S. CÁMARA LAPUENTE. “Hacia un código civil europeo: ¿realidad o quimera?”, en *La Ley*, n° 4748, 5 de marzo de 1999, pp. 1 y ss., espec. p. 3.

<sup>56</sup> En efecto, mientras que los *Principios* de la Comisión Lando solo afectan a la esfera europea y tienen un alcance civil-mercantil, los *Principios* de UNIDROIT han sido diseñados con un alcance mundial, pero sólo referidos a las relaciones comerciales. Cfr. así, HARTKAMP: “Principles”, *cit.*, pp. 119 y 120.

facilite la armonización de la legislación europea, por lo que su alcance no se reduce a regular los aspectos internacionales de las transacciones<sup>57</sup> sino que, por el contrario, también ofrece reglas aplicables dentro de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>58</sup>. La amplia coincidencia doctrinal en advertir que la existencia de un mercado único europeo requiere de un derecho privado unificado o, cuanto menos, común en ciertos sectores<sup>59</sup>, no esconde los muchos problemas que esta tarea comporta. Entre ellos acostumbran a destacarse los siguientes. Por un lado, el alcance sustantivo de esta tarea armonizadora que, para unos<sup>60</sup>, debe quedar en el ámbito de las reglas generales<sup>61</sup> y, por lo demás, adecuarse a las reglas del *soft law*<sup>62</sup>; para otros<sup>63</sup>, sin embargo, la unificación ha de llevarse a cabo mediante la promulgación de un verdadero Código Civil Europeo<sup>64</sup> aunque, como reconocen sus defensores, esta meta no parece ser de inmediata consecución<sup>65</sup>, amén de existir fundadas dudas sobre la capacidad de la UE para lograr el buen fin de este proyecto<sup>66</sup>. Por otro lado, tampoco existe

<sup>57</sup> Cfr. en examen de las semejanzas y diferencias entre la *Lex mercatoria* y el derecho privado europeo, LY. "Lex mercatoria", *cit.*, espec. pp. 45 a 47.

<sup>58</sup> Cfr. así LANDO. "Principles of European Contract Law", *cit.*, espec. p. 196.

<sup>59</sup> V. por todos en esta corriente mayoritaria, ULMER. "Las vías de unificación del derecho privado en Europa", en *RDM*, n° 209, pp. 1004 y ss., espec. pp. 1006, 1111 y 1112; o G. GANDOLFI. "Pour un code Européen des contrats", en *RTD civ.*, 1992, pp. 707 y ss. (también [aunque sin notas] en *RTDPC* 1991, pp. 781 y ss., y en AA.VV. *Incontro di studio su il futuro Codice europeo dei contratti*, P. STEIN [dir.], Milán, Giuffrè, 1993), espec. p. 708, advirtiendo que la existencia de diversos códigos supone un obstáculo a la libre circulación europea. Pero cfr. también contrario a esta corriente por amenazar el pluralismo jurídico europeo, P. LEGRAND. "Against a European Civil Code", en *MLR*, n° 60, 1997, pp. 44 y ss., y, del mismo, "Sens et non-sens d'un Code civil Européen", en *RIDC*, 1996, pp. 779 y ss., espec. pp. 801 y 803 a 812.

<sup>60</sup> Cfr. los autores citados al examinar la propuesta de armonización efectuada por los Principios de UNIDROIT.

<sup>61</sup> V. entre quienes prefieren que la unificación se haga bajo la forma de principios comunes, SCHULZE. "Le droit privé", *cit.*, espec. pp. 18 a 28; C. VATTIER FUENZALIDA. "Para la unificación internacional del derecho de obligaciones en la Comunidad Europea", en *RDP*, n° 78, 1994, pp. 223 y ss., espec. p. 224, señalando que no está claro que un código único "sea el instrumento más idóneo para empujar la deseada integración"; y, sobre todo, HONDIUS. "Towards a European Civil Code", *cit.*, espec. p. 19, señalando que tal vez sea demasiado pronto para un Código Civil Europeo aunque ya es

momento de establecer un conjunto de principios comunes de derecho privado.

<sup>62</sup> Cfr. así, M. FONTAINE. "Codifying Modern Contracts", A. HARTKAMP *et al* (eds.), en pp. 371 y ss. de *Towards a European Civil Code*, The Hague, Londres, Boston, Kluwer Law Int'l., 1998, espec. p. 372; y, entre nosotros, señalando que la vía idónea para conseguir la armonización no es la legislativa, CÁMARA LAPUENTE. "Hacia un Código civil europeo", espec. p. 1; y VATTIER FUENZALIDA. "Para la unificación internacional", espec. p. 224.

<sup>63</sup> Cfr., p. ej., FONTAINE. "Codifying Modern Contracts", espec. p. 372.

<sup>64</sup> V. G. B. FERRI. "Considerazioni intorno all'ipotesi di un progetto di Codice europeo dei contratti", en *Quadrimestre* 1991, p. 366 y ss. (también en AA.VV. *Incontro di studio su il futuro Codice europeo dei contratti*, P. STEIN [dir.], Milán, Giuffrè, 1993), espec. p. 370; GANDOLFI. "Pour un code Européen", espec. p. 713; R. ZIMMERMAN. "Roman Law and European Legal Unity", en pp. 21 y ss. de *Towards a European Civil Code*, A. HARTKAMP *et al* (ed.), The Hague, Londres, Boston, Kluwer Law Int'l., 1998, p. 26; y AA.VV. *L'europeánisation du droit privé. Vers un Code civil Européen?*, Fribourg, Editions Universitaires, 1998.

<sup>65</sup> V. ULMER. "Las vías de unificación", *cit.*, espec. p. 1013, indicando que "aunque sea triste reconocerlo, sobre todo teniendo en cuenta lo fascinante de un derecho privado uniforme en Europa, no queda más remedio que admitir que en el estado actual, los proyectos de armonización del tipo de los propuestos por el Parlamento europeo son poco realistas", y p. 1016 insistiendo en que "no parece que en un plazo razonable se vaya a abrir paso un derecho privado europeo".

<sup>66</sup> El principio de subsidiariedad se alza, en opinión de los críticos, como un muro

coincidencia en la doctrina sobre la extensión de este esfuerzo armonizador, ya que mientras algunos sostienen la conveniencia de que sea cuanto más amplio mejor<sup>67</sup>, otros muchos sugieren que únicamente debe afectar a las “cuestiones que tengan una importancia central para el tráfico jurídico con el mercado único”<sup>68</sup> o, a lo sumo, a materias de índole contractual<sup>69</sup>. Y, en fin, y por acabar, tampoco parece estar del todo claro el modelo normativo que podría adoptarse para la confección de la normativa europea<sup>70</sup> o, mejor dicho, existen diversas propuestas al respecto<sup>71</sup>.

## B. LOS LOGROS DE LA ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN COMUNITARIA

LOS INSTRUMENTOS ANTES CITADOS, particularmente los reglamentos comunitarios y, si bien con otro cariz, las directivas comunitarias, son instrumentos de unificación de primer orden, para la consecución de un mercado interior en el seno de la Unión Europea<sup>72</sup>. Sus manifestaciones se despliegan en múltiples sectores normativos. Veamos aquéllos donde con más intensidad pueden apreciarse sus efectos. En *primer* lugar, en el ámbito de la defensa de la competencia; en *segundo* término, en el marco de la propiedad intelectual; en *tercer* lugar, en el sector del derecho de sociedades; en *cuarto* lugar, en el derecho financiero y, más en concreto, en sus tres ámbitos: seguros, crédito y valores y, en *quinto* lugar, en la esfera de la protección de los consumidores y otros sectores complementarios.

### 1. El derecho de la libre competencia

Como es fácil compartir, el mercado único europeo quedaría en entredicho si la competencia entre empresas de los diversos Estados miembros pudiese quedar

imposible de franquear. Cfr. así, MÜLLER-GRAFF. “EC Directives”, espec. pp. 80 y 81; CÁMARA LAPUENTE. “Hacia un código civil europeo”, espec. p. 2, recordando los problemas de la *constitucionalidad comunitaria* de la competencia de la Unión para adoptar un *Código Civil europeo* “y el valladar que el principio de subsidiariedad puede suponer para ello”; y en sentido similar, VATTIER FUENZALIDA. “Para la unificación internacional”, espec. pp. 226 y 227.

<sup>67</sup> V. indicando que el “Código Civil europeo no parece realizable a través de regulaciones sectoriales”, CÁMARA LAPUENTE. “Hacia un código civil europeo”, *cit.*, espec. p. 2.

<sup>68</sup> ULMER. “Las vías de unificación”, *cit.*, espec. p. 1016.

<sup>69</sup> Cfr. indicando que la armonización total parece por el momento difícil, LY. “Lex mercatoria”, espec. p. 42; y señalando que la armonización debe comprender en todo caso el derecho de obligaciones y contratos, CÁMARA LAPUENTE. “Hacia un código civil europeo”, espec. p. 1; o J. L. DE LOS MOZOS. “El futuro Codice europeo dei contratti”, en *Incontro di studio su il futuro Codice europeo*

*dei contratti*, P. STEIN (dir.), Milán, Giuffrè, 1993, pp. 111 y ss., espec. p. 113.

<sup>70</sup> Existe cierto consenso en que la redacción de un código totalmente nuevo exigiría demasiado tiempo, por lo que parece preferible acudir a uno ya rodado o utilizar uno como plan de trabajo. Cfr. por todos, GANDOLFI. “Pour un code Européen”, espec. p. 724.

<sup>71</sup> Cfr. indicando que el mejor modelo es el suizo, ZWEIGERT/KÖTZ. *Introduction*, 3, espec. p. 177; para la defensa del modelo holandés de unificación, VICENT. “La unificación”, espec. p. 29; y defendiendo el *codice civile* italiano, L. DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN. “Codificación, descodificación y recodificación”, en *ADC*, XLV/2, 1992, pp. 473 y ss., espec. p. 484 y FERRI. “Considerazioni”, espec. p. 373-374 (pero cfr. también DE LOS MOZOS. “El futuro codice europeo”, *cit.*, espec. p. 119, y VATTIER FUENZALIDA. “Para la unificación internacional”, espec. p. 230, no muy partidarios de tomar el código italiano como modelo).

<sup>72</sup> Cfr. expresando este objetivo, la STJCE asunto 270/80, “Polydor” (*Rec.* 1982, pp. 329 y ss).

limitada por acuerdos restrictivos o colusorios, o resultase distorsionada por otros factores (p. ej.: concentraciones empresariales, ayudas públicas, etc.) ya que, por un lado, y como es pacífico reconocer, esta situación impediría que los consumidores disfrutasen de los beneficios que acostumbran a asociarse con una competencia sana y fuerte en materia de precios y capacidad de elección, y por otro, se impedirían incentivos para que los proveedores mejorasen la calidad e innovasen sus productos y servicios lo que, en definitiva, obstaculizaría que atendiesen mejor las necesidades de los consumidores<sup>73</sup>. Las normas originarias que se destinan a proteger la competencia son tanto los artículos 60 a 65 del Tratado CECA, y los artículos 67 a 69 del Tratado CEEA como, en fin, en las normas de carácter general contenidas en los artículos 81 a 89 del Tratado CE aunque, como veremos a continuación, donde realmente se aprecia la renovación es en las normas derivadas<sup>74</sup>. Veamos sus principales desarrollos<sup>75</sup>.

En esta materia destaca, en primer lugar, el Reglamento general de aplicación del Tratado, es decir, el Reglamento CEE 17/62<sup>76</sup> del Consejo, de 6 de febrero de 1962, con el Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado<sup>77</sup> donde, y sin necesidad de declaración previa al efecto, se prohíben (a)

<sup>73</sup> La relevancia de este sector para el buen funcionamiento del mercado es evidente cuando se piensa que los acuerdos restrictivos no son más que *barreras invisibles* que funcionan a modo de barreras aduaneras que, precisamente, se trata de dismantelar y que las ayudas públicas y las concentraciones económicas distorsionan el sistema de economía de mercado en el ámbito comunitario. V. al respecto y últimamente, R. ALONSO SOTO. "Derecho de la competencia (I): Introducción y Derecho comunitario", en *Curso de derecho mercantil*, R. URÍA y A. MENÉNDEZ (dirs.), Vol. I, Madrid, Civitas, 1999, pp. 243 y ss., espec. p. 247; J. PASCUAL Y VICENTE. "La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy", en *GJ UE*, nº 207, 2000, pp. 9 y ss.; y J. GUAL. "Perspectivas de la política de la competencia en la unión Europea", en *GJ UE*, nº 206, 2000, pp. 93 y ss.

<sup>74</sup> Cfr. en la bibliografía general, A. ALONSO UREBA. "La competencia en la CEE", en *RDM*, nº 172/173, 1984, pp. 287 y ss.; C. BELLAMY y G. CHILD. *Derecho de la competencia en el mercado común*, Madrid, Civitas, 1992; S. PICKARD. *Iniciación a la política de competencia de la CEE*, Madrid, Civitas, 1987; C. FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA. *Derecho de la competencia Comunidad Europea y España*, Pamplona, Aranzadi, 1999; J. I. FONT GALÁN. *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Zaragoza y Bolonia, Real Colegio de España, 1986; J. MASSAGUER. *El derecho comunitario en materia de propiedad industrial y de propiedad intelectual*, Madrid, Centro de Estudios para el Fomento de la Investigación, 1995; R. PELLICER. *Derecho comunita-*

*rio de la competencia*, Madrid, Trivium, 1986; L. CASES. "El derecho comunitario de la competencia y la organización administrativa de los Estados miembros (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del 17 de octubre de 1995, as. C-140/94, C-141/94 y C-142/94)", en *RGD*, nº 625/626, 1996, pp. 11731 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. "Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación", en *RGD*, nº 583, 1993, pp. 3379 y ss., y del mismo, "El derecho mercantil internacional: ¿una nueva categoría sistemática?", en *CDC*, nº 16, 1995, pp. 89 y ss., espec. pp. 161 y 162; y, en fin, J. A. GÓMEZ SEGADE. "La regulación de la libre competencia en la CEE", en *ADI*, nº 5, 1978, pp. 67 y ss.

<sup>75</sup> Recuérdese que la normativa española actual se compone, esencialmente, además de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (BOE 170, del 18 de julio) [LDC], ampliamente modificada por la Ley 52/1999, del 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, del 17 de julio, de Defensa de la competencia (BOE 311, del 29 de diciembre de 1999), por el Real Decreto 259/1998, del 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia (BOE 57, del 7 de marzo de 1998).

<sup>76</sup> DOCE L 35, del 21 de febrero de 1962.

<sup>77</sup> Modificado por el Reglamento (CEE) 59/62 del Consejo, del 3 de julio de 1962 (DOCE L 58, del 10 de julio de 1962); el Reglamento (CEE) 118/63 del Consejo, de 5 de noviembre de 1963 (DOCE L 162, del 7 de noviembre de 1963); el Reglamento (CEE) 2822/71 del Consejo, del 20 de diciembre

las prácticas colusorias, es decir: los acuerdos y prácticas concertadas<sup>78</sup> entre empresas o decisiones de asociaciones empresariales susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros y que tengan por objeto, o produzcan, una restricción sensible de la competencia en el mercado común<sup>79</sup>, así como (b) la explotación abusiva de una posición de dominio, siempre que el comercio interestatal se vea considerablemente afectado<sup>80</sup>. A petición de los interesados, la Comisión podrá emitir una declaración negativa, en la que constate que no le corresponde, según los datos de que dispone, intervenir en relación con un acuerdo, una decisión o una práctica de conformidad con lo dispuesto en el actual artículo 81.1 del Tratado<sup>81</sup>. Por otra parte, y a efectos de la invocación de exención prevista en el artículo 81.3 TCE, es necesario notificar previamente a la Comisión<sup>82</sup> y, en su caso, la salvedad se adoptará mediante una *decisión de exen-*

de 1971 (DOCE L 285, del 29 de diciembre de 1971); el Reglamento (CEE, Euratom) n. 3308/80 del Consejo del 16 de diciembre de 1980 (DOCE L 345, del 20 de diciembre de 1980); y el Reglamento (CEE) 1216/1999 del Consejo, del 10 de junio de 1999 (DOCE L 148, del 15 de junio de 1999).

<sup>78</sup> Cfr. indicando que la noción de práctica concertada consisten en una "forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado a la realización de un convenio propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia mediante una cooperación práctica entre ellas, cooperación que conduce a unas condiciones de competencia que no son las normales del mercado, habida cuenta la naturaleza de los productos, la importancia y el número de empresas, así como el volumen y el carácter de dicho mercado", la STJCE asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54, 55, 56, 111, 113 y 114/73, "Industria europea del azúcar", del 16 de diciembre de 1975 (*Rec.* 1975, p. 1663); y, al respecto, J. L. SEGIMÓN ESCOBEDO y J. LÓPEZ-RÚA LENS. "Competencia. Conceptos de acuerdo y de práctica concertada", en *Not. UE*, nº 108, 1994, pp. 79 y ss.

<sup>79</sup> Cfr. la STJCE asunto 28/77, "Tedeo", del 20 de junio de 1978 (*Rec.* 1978, p. 1391), indicando que no están sujetos los acuerdos que no afecten al comercio intracomunitario de manera "no sensible"; y para la determinación de la afectación a "una parte sustancial del mercado común," la STJCE asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54, 55, 56, 111, 113 y 114/73, "Industria europea del azúcar", de 16 de diciembre de 1975 (*Rec.* 1975, p. 1663).

<sup>80</sup> Hay que tener presente que la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado en causa a los fines del derecho comunitario en materia de competencia (DOCE C 372, del 9 de diciembre de 1997) establece una "*regla de minimis*" por la que considera inaplicable el art. 81 TCE a los

acuerdos anticompetitivos de escasa importancia para el mercado común salvo que concurren circunstancias especiales (p. ej.: acuerdos horizontales de fijación de precios, repartos de mercados o limitaciones de producción o de ventas; y acuerdos verticales de fijación de precios de reventa o que concedan exclusivas territoriales con protección absoluta del distribuidor).

<sup>81</sup> Cfr. el Reglamento (CE) 3385/94 de la Comisión, del 21 de diciembre de 1994, relativo a la forma, el contenido y demás modalidades de las solicitudes y notificaciones realizadas en aplicación del Reglamento 17 del Consejo (DOCE L 377, del 31 de diciembre de 1994); así como el Reglamento (CE) 2842/98 de la Comisión, del 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (DOCE L 354, del 22 de diciembre de 1998).

<sup>82</sup> Salvo que (a) las empresas interesadas pertenezcan al mismo Estado miembro y los acuerdos, decisiones y prácticas no afecten a la importación ni a la exportación entre los Estados miembros; (b) los citados acuerdos o prácticas concertadas se concluyan entre dos o más empresas, cada una de las cuales opera, a efectos del acuerdo, a un diferente nivel de la cadena de producción o distribución, y que estos acuerdos se refieran a las condiciones bajo las cuales las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios; (c) estos acuerdos se celebren sólo entre dos empresas y tengan como único efecto imponer al comprador o al usuario derechos de propiedad industrial o al beneficiario contratos de cesión o concesión de métodos de fabricación o conocimientos relativos a la utilización y aplicación de técnicas industriales o limitaciones en el ejercicio de estos derechos; (d) los acuerdos tengan por único objeto la elaboración o aplicación uniforme de normas y tipos, la

*ción* establecida por plazo determinado que, en su caso, podrá incluir determinadas condiciones<sup>83</sup>. Por último, también debe destacarse que el Reglamento indica que la Comisión tiene competencia exclusiva para declarar inaplicables las disposiciones del actual artículo 81.1 del Tratado y que, mientras no haya incoado un procedimiento, las autoridades de los Estados miembros continúan siendo competentes para aplicar las disposiciones del repetido artículo 81.1 del Tratado. La elevada capacidad sancionadora de la Comisión es, en fin, el instrumento coercitivo conferido por el reglamento a la Comisión para procurar el cumplimiento de la normativa y, en definitiva, la defensa frente a esas conductas, acuerdos y decisiones perjudiciales para el mercado interior<sup>84</sup>.

La Comisión también ha dictado diversos reglamentos de autorización en bloque de ciertos acuerdos en base al Reglamento (CEE) 19/65<sup>85</sup> del Consejo, del 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del antiguo artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos y prácticas concertadas<sup>86</sup> y el Reglamento (CEE) 2821/71<sup>87</sup> del Consejo, del 20 de diciembre de 1971, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a ciertas categorías, decisiones y prácticas concertadas<sup>88</sup>. A los efectos expositivos es conveniente distinguir los siguientes bloques normativos.

El primero es el relativo a los acuerdos para venta o compra de mercancías o servicios entre empresas que actúan a niveles distintos en la cadena productiva o de distribución y se materializa en el Reglamento (CE) 2790/99<sup>89</sup> de la Comisión, del 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del *Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*. Este nuevo Reglamento<sup>90</sup> exime por bloques los acuerdos de

investigación y el desarrollo o la especialización en la fabricación de productos, cuando los productos no representen, en una parte sustancial del mercado común, más del 15 por 100 del volumen de negocios realizado con productos idénticos o considerados similares y cuando el volumen de negocios anual total efectuado por las empresas participantes no supere los 20 millones de unidades de cuenta.

<sup>83</sup> El otorgamiento de una exención está sujeto al cumplimiento de cuatro requisitos: (a) mejora de la producción, distribución o fomento del progreso técnico y económico, (b) participación equitativa de los participantes en los beneficios obtenidos, (c) carácter indispensable de la restricción y (d) mantenimiento de la competencia. V. sobre estas exenciones individuales, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. L. CALVO CARAVACA. *Derecho mercantil internacional*, Madrid, Tecnos, 1995, espec. pp. 373 a 382.

<sup>84</sup> V. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. "Los problemas de derecho sancionador en el derecho comunitario", en *GJ UE*, n.º 206, 2000, pp. 39 y ss.; y A. ALLENDESALAZAR CORCHO. "Caducidad de los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia", en *GJ UE*, n.º 202, 2000, pp. 41 y ss.

<sup>85</sup> DOCE L 36, del 6 de marzo de 1965.

<sup>86</sup> Ultimamente modificado por el Reglamento (CE) 1215/1999 del Consejo, de 10 de junio de 1999, por el que se modifica el Reglamento 19/65/CEE relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas (DOCE L 148, del 15 de junio de 1999).

<sup>87</sup> DOCE L 285, del 29 de diciembre de 1971.

<sup>88</sup> Modificado por el Reglamento (CEE) 2743/72, del Consejo, del 19 de diciembre de 1972.

<sup>89</sup> DOCE L 336, del 29 de diciembre de 1999.

<sup>90</sup> Que sustituye al Reglamento (CEE) 1983/83 de la Comisión, del 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva, el Reglamento (CEE) 1984/83 de la Comisión, del 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (cuya vigencia se amplió por el Reglamento [CEE] 1582/97, de la Comisión, del 30 de julio de 1997 [DOCE L 214, del 6 de agosto de 1996]) y el Reglamento (CEE) 4087/88 de la Comisión, del 30 de noviembre de 1988, relativo a la

suministro y distribución de mercancías finales e intermedias y los servicios permitiendo que las empresas con una cuota de mercado inferior al 30 por 100 puedan disponer de un espacio protegido a la intervención comunitaria salvedad hecha de las denominadas restricciones incondicionales (p.e.: imposición de precios de reventa, prohibición de *ventas pasivas*, prohibiciones en sistemas de selección selectiva de ventas activas o pasivas, prohibiciones de ventas de recambios a usuarios finales, etc.) y de las prohibiciones de competencia que superen el plazo de cinco años.

El segundo grupo es el integrado por el Reglamento (CE) 1475/95<sup>91</sup> de la Comisión, del 28 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y posventa de vehículos automóviles<sup>92</sup>.

El tercer grupo se constituye por los acuerdos de especialización y se regula por el Reglamento (CEE) 2658/2000<sup>93</sup> de la Comisión, del 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización<sup>94</sup>, por el que se establecen particularidades para los acuerdos de especialización unilateral, los acuerdos de especialización recíproca, y los acuerdos de producción en común.

El cuarto grupo afecta a los acuerdos de investigación y desarrollo y se regula por el Reglamento (CE) 2659/2000<sup>95</sup> de la Comisión, del 29 de noviembre de

aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia para esta modalidad distributiva. V. en comentario a estos últimos, M. AREÁN LALÍN. "Los acuerdos de exclusividad en el Derecho comunitario de la libre competencia", en *ADI*, nº 9, 1983, p. 517 y ss.; M. BOTANA AGRA. "La distribución selectiva en el derecho comunitario de la competencia", en *ADI*, nº 10, 1984/1985, pp. 257 y ss.; L. FUENTES NÚÑEZ. "El futuro de la distribución comercial en Europa: el *Libro verde* sobre restricciones verticales y el 'nuevo enfoque' de la Comisión", en *DN*, nº 79, 1997, pp. 1 y ss.; C. A. GINER PARREÑO. "La distribución selectiva ante el derecho comunitario de la libre competencia", en *DN*, nº 49, 1994, pp. 18 y ss.; y, para el últimamente citado, A. M. TOBÍO RIVAS. "Hacia un reglamento comunitario de los contratos de franquicia", en *AADI*, nº 11, 1985/86, pp. 593 y ss.; del mismo. "El contrato de franquicia en el derecho comunitario de la competencia", en *ADI*, nº 12, 1987/88, pp. 217 y ss.; del mismo. "El Proyecto de Reglamento de exención en bloque para los contratos de franquicia", en *ADI*, nº 12, 1987/88, pp. 653 y ss.; L. DE CARLOS BERTRÁN. "El Proyecto de Reglamento de exención por categorías de los contratos de franquicia", en *Not. CEE*, nº 48, 1989, pp. 41 y ss.; y TOBÍO RIVAS. "El Reglamento comunitario de exención en bloque de los acuerdos de franquicia", en *ADI*, nº 13, 1989/90, pp. 625 y ss.; y A. M. GARCÍA FEMENIA. "Los

acuerdos de franquicia ante el derecho de la competencia (Análisis del Reglamento 4087/88)", en *Not. CEE*, nº 65, 1990, pp. 65 y ss.

<sup>91</sup> DOCE L 145, del 29 de junio de 1995. Este Reglamento (cuya vigencia se prevé hasta el 30 de septiembre de 2002) sustituye al vigente hasta el 20 de junio de 1995 (Reglamento [CEE] 123/85 de la Comisión, del 12 de diciembre de 1984).

<sup>92</sup> Cfr. en comentario a la normativa anterior, A. M. TOBÍO RIVAS. "El reglamento de la CEE sobre distribución exclusiva de vehículos automóviles", en *ADI*, nº 10, 1984/1985, pp. 557 y ss.; y J. VICIANO PASTOR. "Importadores paralelos y distribución selectiva de vehículos automóviles: análisis de la Decisión *Eco-System* y de la Comunicación del 18 de diciembre de 1991", en *RGD*, nº 576, 1992, pp. 8521 y ss.

<sup>93</sup> DOCE L 304, del 5 de diciembre de 2000.

<sup>94</sup> Que sustituye, desde el 31 de diciembre de 2000, al reglamento 417/85 de la Comisión, del 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización. Cfr. en comentario a este último, M. AREÁN LALÍN. "Nuevo Reglamento de la Comisión de la CEE sobre los acuerdos de especialización empresarial", en *ADI*, nº 8, 1982, pp. 431 a 433; del mismo, "Principales innovaciones del reglamento comunitario 417/85 sobre la especialización y la fabricación en común", en *ADI*, nº 10, 1984/85, p. 545.

<sup>95</sup> DOCE L 304, del 5 de diciembre de 2000.

2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo<sup>96</sup> por el que se exoneran los acuerdos de investigación y desarrollo en común de productos o de procedimientos, así como la explotación en común de sus resultados; la explotación en común de los resultados obtenidos de la investigación y desarrollo de productos o de procedimientos, efectuadas en común en virtud de un acuerdo ratificado anteriormente por las mismas partes; y la investigación y desarrollo en común de productos o procedimientos, cuando excluya la explotación en común de sus resultados siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos. Concretamente: (a) que todas las partes puedan tener acceso a los resultados de la investigación y desarrollo en común con el fin de proseguir la investigación o la explotación (salvedad hecha de excepciones menores); (b) que, cuando el acuerdo de investigación y desarrollo prevea solamente la investigación y desarrollo en común, cada parte sea libre de explotar independientemente los resultados de la investigación y desarrollo en común y cualesquiera conocimientos técnicos preexistentes necesarios para tal explotación; (c) que cualquier explotación en común se refiera a los resultados protegidos por derechos de propiedad intelectual o constituyan conocimientos técnicos que contribuyan sustancialmente al progreso técnico o económico y los resultados sean decisivos para la fabricación de los productos o la utilización de los procedimientos considerados en el contrato; y (d) que las empresas encargadas de la fabricación mediante la especialización en la producción deban servir pedidos de todas las partes, excepto cuando el acuerdo también establezca la distribución en común.

El quinto grupo viene constituido por los acuerdos de transferencia de tecnología, regulado por el Reglamento (CEE) 240/96<sup>97</sup> de la Comisión, del 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del artículo 85(3) del Tratado a ciertas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología<sup>98</sup>, que ha venido a refundir el derogado Reglamento 2349/84 sobre acuerdos de licencia de patentes<sup>99</sup> y el también derogado Reglamento 556/89 sobre acuerdos de licencia de *know-how*<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> Que sustituye al Reglamento (CEE) 418/85 de la Comisión, del 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo. Cfr. sobre este último, M. BOTANA AGRA. "El Reglamento 418/85 de la CEE sobre los acuerdos de investigación y desarrollo (I&D)", en *ADI*, n° 10, 1984/85, pp. 541 a 544; y M<sup>a</sup>. GÓMEZ MENDOZA. "Los acuerdos internacionales sobre investigación y desarrollo y el derecho de la competencia en la CEE", en *RDM*, n° 209, 1993, pp. 839 y ss. (también, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 1641 a 1662).

<sup>97</sup> DOCE L 31, del 9 de febrero de 1996.

<sup>98</sup> V. sobre el mismo, G. BONET. "Le no veau régime d'exemption par catégorie d'accords de transfert de technologie", en *RTD eur.*, n° 32, 1996, pp. 305 y ss.; y E. GUARDIOLA SACARRERA. "Los contratos de

transferencia de tecnología en el derecho comunitario", en *Not. CEE*, n° 173, 1999, pp. 101 y ss.

<sup>99</sup> DOCE L 219, del 16 de agosto de 1984 que, en su día, fue prorrogado por el Reglamento (CEE) 70/95 (DOCE L 12, del 18 de enero de 1995). Cfr. en comentario a estos textos, BOTANA AGRA. "Notas sobre el Reglamento 2394/84 de la CEE relativo a los acuerdos de licencia de patentes", en *Not. CEE*, n° 35, 1987, pp. 45 y ss.; GÓMEZ SEGADÉ. "El proyecto de exención en bloque para las licencias de patentes en el Derecho de la libre competencia en la CEE", en *ADI*, n° 6, 1979/1980, pp. 439 y ss.; del mismo, "El Reglamento de la CEE sobre las licencias de patentes", en *ADI*, n° 9, 1983, pp. 513 y ss.; y L. WILLIAMS. "En torno al Reglamento de la CEE sobre las licencias de patente", en *ADI*, n° 10, 1984/1985, pp. 159 y ss.

<sup>100</sup> Cfr. en comentario a este texto hoy ya derogado, J. MASSAGUER. "El proyecto de Reglamento de exención en bloque para



Y en lo que respecta al mercado de seguros debe tenerse presente el Reglamento (CEE) 1534/91<sup>101</sup> del Consejo, del 31 de mayo de 1991, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, así como el Reglamento (CEE) 3932/92<sup>102</sup> de la Comisión, del 21 de diciembre de 1992, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros.

Claro está que la política comunitaria en materia de competencia abarca otros sectores específicos<sup>103</sup> y también para éstos se han dictado Reglamentos sectoriales y de exención en bloque, como sucede respecto de los aplicables al transporte<sup>104</sup> (v. el Reglamento [CEE] 141/62<sup>105</sup> del Consejo, del 26 de noviembre de 1962, sobre exención del transporte del Reglamento n. 17<sup>106</sup>) y, en concreto, el transporte marítimo<sup>107</sup> (v. el Reglamento [CEE] 4056/86<sup>108</sup> del Consejo, del 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos<sup>109</sup>; el Reglamento [CEE] 479/92<sup>110</sup> del Consejo, del 25 de febrero de 1992, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea [consorcios], y el Reglamento [CE] 823/2000<sup>111</sup> de la Comisión, del 19 de abril de 2000, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre

acuerdos de licencia de *know-how*", en *ADI*, n° 12, 1987-1988, pp. 643 y ss.; del mismo, "La comunicación del *know-how* y la política de competencia en la CEE", en *Not. CEE*, n° 35, 1987, pp. 23 y ss.; del mismo, *El contrato de licencia de know-how*, Barcelona, Bosch, 1989; del mismo, "El Reglamento 556/1989, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de licencia de 'know-how'", en *ADI*, n° 13, 1989/90, pp. 631 y ss.

<sup>101</sup> DOCE L 143, del 7 de junio de 1991.

<sup>102</sup> DOCE L 398, del 31 de diciembre de 1992.

<sup>103</sup> Cfr. en doctrina, TOBÍO RIVAS. *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el derecho comunitario (Análisis de los requisitos sustantivos)*, Barcelona, Bosch, 1994.

<sup>104</sup> V. en general, L. ORTIZ BLANCO y B. VAN HOUTTE. *Las normas de competencia comunitarias en el transporte*, Madrid, Civitas, 1996; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO CARAVACA. "El derecho mercantil internacional", espec. pp. 159 y 160; o F. J. SÁNCHEZ-GAMBORINO. "El nuevo 'Espacio Económico Europeo' y los transportes", en *RGD*, n° 596, 1994, pp. 5329 y ss.; y, en desarrollo de aspecto particular, F. J. SÁNCHEZ-GAMBORINO. "Régimen jurídico de los transitarios en los países de la Comuni-

dad Económica Europea", en *RGD*, n° 504, 1986, pp. 3827 y ss.

<sup>105</sup> DOCE 124, del 28 de noviembre de 1962.

<sup>106</sup> Modificada por Reglamento (CEE) 165/65 (DOCE 210, del 11 de diciembre de 1965) y Reglamento (CEE) 1002/67 (DOCE 306, del 16 de diciembre de 1967).

<sup>107</sup> Cfr. sobre esta modalidad, P. J. BAENA BAENA. *La política comunitaria de los transportes marítimos*, Madrid, Marcial Pons, 1995; F. CASTILLO DE LA TORRE. "La aplicación de las normas comunitarias de competencia al transporte marítimo", en *Not. CEE*, n° 102, 1993, pp. 81 y ss.; SÁNCHEZ ORTIZ. "El transporte de 'cabotaje' terrestre en la Comunidad Económica Europea", en *RGD*, n° 548, 1990, pp. 3401 y ss.; del mismo, "El Mercado Común y su política defensora de la libertad en el transporte marítimo (propuesta de la 'Comisión')", en *RGD*, n° 500, 1986, pp. 1939 y ss.

<sup>108</sup> DOCE L 378, del 31 de diciembre de 1986.

<sup>109</sup> Que determina las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado al transporte marítimo internacional, excluidos los servicios de *tramp*, que zarpen de uno o de varios puertos de la Comunidad o se dirijan a ellos.

<sup>110</sup> DOCE L 55, del 29 de febrero de 1992.

<sup>111</sup> DOCE L 100, del 20 de abril de 2000.

compañías de transporte marítimo de línea regular [consorcios]); el transporte terrestre, por ferrocarril o aguas interiores (cfr. el Reglamento [CEE] 1017/68<sup>112</sup> del Consejo, del 19 de julio de 1968, sobre aplicación de las normas de competencia al transporte por ferrocarril, carretera y aguas interiores), o el transporte aéreo<sup>113</sup> (cfr. el Reglamento [CEE] 3975/87<sup>114</sup> del Consejo, del 14 de diciembre de 1987, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo<sup>115</sup>; el Reglamento [CEE] 3976/87<sup>116</sup> del Consejo, del 14 de diciembre de 1987, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo<sup>117</sup>; y el Reglamento [CEE] 3089/93<sup>118</sup> del Consejo, del 29 de octubre de 1993, que modifica el Reglamento [CEE] 2299/89 por el que se establece un código de conducta para los sistemas informatizados de reserva<sup>119</sup>); y, finalmente, tampoco debe olvidarse que existen normas sectoriales para el sector de la agricultura (cfr. el Reglamento [CEE] 26/62<sup>120</sup> del Consejo, del 4 de abril de 1962, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas<sup>121</sup>).

Debido a que no existe normativa de desarrollo sobre la prohibición de abuso de dominio establecida por el artículo 82 TCE, las decisiones del TJCE son de extraordinaria importancia<sup>122</sup>. Así, y entre otros extremos de interés, cabe recor-

<sup>112</sup> DOCE L 175, del 23 de julio de 1968.

<sup>113</sup> Cfr. al respecto, M. BOTANA AGRA. "Las reglas de la competencia de la CEE y el transporte aéreo intracomunitario", en pp. 187 y ss. del *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991; M. CABALLERO CLAVIJO. "El régimen jurídico comunitario del transporte aéreo (i)", en *Not. CEE*, nº 59, 1989, pp. 61 y ss.; del mismo, "El régimen jurídico comunitario del transporte aéreo (ii)", en *Not. CEE*, nº 60, 1990, pp. 35 y ss.; M. DEL POZO GARCÍA. "La política común de transporte aéreo", en *Not. UE*, nº 131, 1995, pp. 91 y ss.; E. GALÁN CORONA. "Desarrollos normativos en materia de transporte aéreo en el ámbito de la Unión Europea", en pp. 3775 y ss. de los *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, III, Madrid, Civitas, 1996; E. MAPELLI. "Regulación de la sobreventa (*overbooking*) en la Comunidad Económica Europea", en *AC*, 1991-3, p. 475; M. J. MORILLAS JARILLO. "El transporte aéreo y las ayudas de Estado en la Unión Europea", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, III, Madrid, Civitas, 1996, p. 3989; A. PALOU BRETONES. "Aspectos jurídicos del transporte aéreo en la Unión Europea", en *Not. UE*, nº 124, 1995, pp. 105 y ss.; y R. SILVA DE LA PUERTA. "El derecho de la competencia y el transporte aéreo", en *Not. CEE*, nº 42, 1988, pp. 91 y ss.

<sup>114</sup> DOCE L 374 del 31 de diciembre de 1987.

<sup>115</sup> Modificado por Reglamento (CEE) 1284/91 del Consejo del 14 de mayo de 1991 (DOCE L 122, del 17 de mayo de 1991) y Reglamento (CEE) 2410/92 del Consejo del 24 de julio de 1992 (DOCE L 240, del 24 de agosto de 1992).

<sup>116</sup> DOCE L 374, del 31 de diciembre de 1987.

<sup>117</sup> Modificado por el Reglamento (CEE) 2344/90 del Consejo del 24 de julio de 1990 (DOCE L 217, del 11 de agosto de 1990) y Reglamento (CEE) 2411/92 del Consejo del 23 de julio de 1992 (DOCE L 240, del 24 de agosto de 1992).

<sup>118</sup> DOCE L 278, del 11 de noviembre de 1993.

<sup>119</sup> V. en comentario, M. V. PETIT LAVALL. "La liberalización del transporte aéreo en la Comunidad Europea: los Sistemas Informatizados de Reserva", en *La Ley*, 1998-1, D-51.

<sup>120</sup> DOCE L 30, del 20 de abril de 1962.

<sup>121</sup> Modificado por Reglamento (CEE) 49/62 del Consejo, del 29 de junio de 1962, por el que se modifica la fecha de puesta en práctica de determinados actos relativos a la política agrícola común (DOCE L 53, del 1º de julio de 1962) y afectado, últimamente, por el Reglamento (CE) 2200/96 del Consejo, del 28 de octubre de 1996 por el que se establece la organización común de mercados en el sector de las frutas y hortalizas (DOCE L 297, del 21 de noviembre de 1996).

<sup>122</sup> Cfr. en última recopilación sobre la aplicación en España, A. PASCUAL SEQUEROS.

dar las precisiones realizadas sobre la sancionabilidad, no de la posición de dominio, sino del abuso que se comete desde ella<sup>123</sup>; el alcance *directo y absoluto* de esta prohibición<sup>124</sup>; la compatibilidad de esta prohibición con las exenciones del artículo 85 TCE (p. ej.: en materia de licencia de patente<sup>125</sup>); la definición de lo que debe entenderse por *posición de dominio*<sup>126</sup>; los rasgos que permiten identificar dicha posición de dominio (p. ej.: mantenida por diversas empresas<sup>127</sup>); las reglas para aislar el mercado afectado y su relevancia<sup>128</sup>; los criterios para entender afectado el comercio entre los Estados miembros<sup>129</sup>; o, en fin, el mismo concepto de *explotación abusiva*<sup>130</sup>.

Por otra parte, y tras múltiples dilaciones<sup>131</sup>, el control de las operaciones de concentración entre empresas<sup>132</sup> también es objeto de regulación por el Regla-

“Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la competencia en materia de abuso de posición dominante”, en *GJ UE*, nº 209, 2000, pp. 93 y ss.

<sup>123</sup> Cfr. sobre la distinción, STJCE asunto 322/81, “Neederlandsche Banden-Industrie Michelin” (*Rec.* 1983, pp. 3461 y ss.).

<sup>124</sup> V. así, STJCE asunto 66/86, “Silver Line” (*Rec.* 1989, pp. 803 y ss.).

<sup>125</sup> V. STJCE asunto 51/89, “Tetra Pack” (*Rec.* 1990, pp. 309 y ss.) y, en comentario, ESLAVA RODRÍGUEZ. “Aplicación del Derecho de la competencia de la CEE a los derechos de licencia de patente exclusiva”, en *Not. CEE*, nº 64, 1990, pp. 69 y ss.

<sup>126</sup> V. en refundición de las tesis de la Comisión y del TJCE, la sentencia del TJCE asunto 27/76, “United Brands” (*Rec.* 1976, p. 425 y ss.); y en idéntico sentido: STJCE asunto 85/76, “Hoffman-La Roche” (*Rec.* 1979, pp. 461 y ss.), indicando que por abuso de posición dominante debe entenderse la que permite a una empresa “obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de que se trate, suministrándole la posibilidad de comportamientos independientes (del mercado) en una medida apreciable respecto a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores”. V., en doctrina, R. MATILLA ALEGRE. “Sobre las nociones de posición dominante y de abuso de posición dominante en el art. 86 del Tratado de Roma”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 687 y ss.

<sup>127</sup> Cfr., p. ej. la Decisión (CEE) 88/93 de la Comisión, del 7 de diciembre de 1988 (Vidrio plano) (DOCE L 33, del 4 de febrero de 1989).

<sup>128</sup> Cfr., p. ej. la STJCE asunto 22/78, “Hugin” (*Rec.* 1979, pp. 1869 y ss.).

<sup>129</sup> V. STJCE asuntos 6 y 7/1973, “ICI y CSC” (*Rec.* 1974, pp. 223 y ss.).

<sup>130</sup> Cfr. una vez más, STJCE asunto 6/72, “Continental Can” (*Rec.* 1973, pp. 215 y ss.).

<sup>131</sup> Recuérdese que el TCE no contiene una norma expresa referida a esta cuestión y que, tras el asunto 6/72, “Continental Can” (*Rec.* 1973, pp. 215 y ss), así como otros posteriores (p. ej. “British American Tobacco”), se hizo patente la necesidad de la misma que sólo se alcanzó tras múltiples propuestas y laboriosos trabajos.

<sup>132</sup> Cfr. sobre la dimensión comunitaria de estas operaciones, M. ANTOÑANZAS ALVEAR. “Tres años de aplicación del Reglamento de Concentraciones”, en *Not. UE*, nº 110, 1994, pp. 71 y ss.; M<sup>a</sup>. J. AROZAMENA LASO. *Las concentraciones de empresas en la comunidad europea*, Madrid, Civitas, 1993; M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO. “Seis años de defensa de la competencia en concentraciones de empresas realizadas en la CE”, en *RDM*, nº 224, 1997, pp. 887 y ss. del mismo, *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Pamplona, Aranzadi, 1997; F. CANTOS BAQUEDANO y N. TRUJILLO RODRÍGUEZ. “Los compromisos y condiciones en procedimientos de control de concentraciones: una perspectiva europea y española”, en *GJ UE*, nº 207, 2000, pp. 19 y ss.; A. CRUZ. “El control de concentraciones en el Mercado Común y en España”, en *RGD*, nº 562/563, 1991, pp. 6269 y ss.; R. GARCÍA-GALLARDO GIL-FOURNIER y F. J. RAYA AGUADO. “La propuesta de reforma del Reglamento (CEE) 4064/89: la madurez del control comunitario de las concentraciones”, en *DN*, nº 75, 1996, pp. 1 y ss.; M. MEROLA. “El nuevo control comunitario de las concentraciones de empresa”, en *DN*, nº 90, 1998, pp. 1 y ss.; F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. “Reglamento sobre el control de concentraciones”, en *ADI*, nº 13, 1989/90, pp. 643 y ss.; MIRANDA SERRANO. *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Madrid, La Ley, 1994; del mismo, “El procedimiento de control de las operaciones de concentración de empresas en el derecho comunitario de la competencia”, en *DN*, nº 16, 1992, pp. 8 y ss.; C. F. MOLINA DEL POZO y M. C.

mento (CEE) 4064/89<sup>133</sup> del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas<sup>134</sup> que, esencialmente, sujeta las operaciones de concentración de dimensión comunitaria<sup>135</sup> (p. ej.: mediante fusión, transmisión de activos, y, en general, aquellas otras que permitan adquirir el control *exclusivo* o *en común* desde el punto de vista económico<sup>136</sup>), a un proceso de evaluación *a priori* por la Comisión para determinar si son compatibles con el mercado común y, consiguientemente, para declarar incompatibles “las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante”<sup>137</sup>. Es por ello

GUTIÉRREZ. “El control de las concentraciones de empresas en la CEE. Comentarios al Reglamento 4.064/89”, en *Not. CEE*, nº 74, 1991, pp. 41 y ss.; S. J. PICKARD. “El control de las concentraciones en el Derecho Comunitario Europeo”, en *Not. CEE*, nº 62, 1990, pp. 67 y ss.; y RIVAS DE ANDRÉS. “El Reglamento Comunitario sobre el control de las operaciones de concentración de empresas. Una primera aproximación”, en *Not. CEE*, nº 70, 1990, pp. 19 y ss.

<sup>133</sup> DOCE L 395, del 30 de diciembre de 1989 y Dictamen rectificativo en DOCE L 257, del 21 de septiembre de 1990.

<sup>134</sup> Modificado por el Reglamento (CE) 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DOCE L 180, del 9 de julio de 1997) para paliar las diversas críticas políticas y técnicas que había recibido. V. sobre esta reforma, M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO. “La reforma del Reglamento comunitario sobre el control de operaciones de concentración”, en D-29 *GJ CE*, 1998, pp. 207 y ss.

<sup>135</sup> El Reglamento 4064/1989 califica de operaciones de dimensión comunitaria a aquellas en las que el volumen total de negocios, a nivel mundial, de todas las empresas afectadas supera los 5.000 millones de euros, y el volumen de negocios total en la Comunidad, de al menos dos de las empresas afectadas por la concentración, supera los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total intracomunitario en un mismo Estado miembro. El *Reglamento* también advierte que una operación de concentración que no alcance estos umbrales también tendrá dimensión comunitaria cuando (a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de euros; (b) el volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de, al menos, tres Estados miembros supere los 100 millones de euros; (c) el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos

de las empresas afectadas por la concentración supere los 25 millones de euros en, al menos, tres Estados miembros; o (d) el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración, supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de estas empresas realice en un mismo Estado miembro más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad.

<sup>136</sup> Lo que, obviamente, separa este supuesto de los supuestos de coordinación de empresas independientes que deberán tratarse por las reglas de los *carteles*.

<sup>137</sup> La Comisión cuenta, a los efectos aplicativos, con el Reglamento (CEE) 447/98 de la Comisión, del 1º de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo (DOCE L 61, del 2 de marzo de 1998) y diversas Comunicaciones (p. ej. Comunicación de la Comisión sobre el cálculo de cifras de negocio de conformidad con el Reglamento 4064/89 del Consejo (DOCE C 66, del 2 de marzo de 1998); Comunicación de la Comisión sobre las operaciones de concentración y de cooperación con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (DOCE C 203, del 14 de agosto de 1990); Comunicación de la Comisión sobre las restricciones accesorias en operaciones de concentración (DOCE C 203, del 14 de agosto de 1990); la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado en causa a los fines del derecho comunitario en materia de competencia (DOCE C 372, del 9 de diciembre de 1997) que establece la ya citada “regla de minimis”; la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones (DOCE C 66, del 2 de marzo de 1998); la Comunicación de la Comisión relativa a la noción de operaciones de concentración (DOCE C 66, del 2 de marzo de 1998); y la Comunicación de la Comisión relativa a la noción de empresas participantes (DOCE C 66, del 2 de marzo de 1998).

que las operaciones de concentración de dimensión comunitaria no pueden llevarse a cabo (a) ni antes de realizarse la preceptiva notificación a la Comisión ni, por otra parte, (b) durante un plazo de tres semanas después de la misma<sup>138</sup>. Junto a este efecto suspensivo también debe recordarse que la Comisión debe consultar con un Comité consultivo para que éste emita un dictamen<sup>139</sup>.

También el control de las ayudas estatales es, evidentemente, un elemento esencial para potenciar la transparencia y la seguridad jurídica en el mercado europeo así como para evitar distorsiones competenciales todo ello, por supuesto, "sin prejuzgar el régimen de propiedad de los Estados miembros"<sup>140</sup>. Además del artículo 87 del Tratado<sup>141</sup>, la Unión cuenta con el Reglamento (CE) del Consejo 659/1999, del 22 de marzo de 1999, por la que se establecen las disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE<sup>142</sup> que, básicamente, obliga (salvo disposición en contra) a que el Estado miembro interesado notifique a la Comisión cualquier proyecto de concesión de nueva ayuda<sup>143</sup> y presente toda la información necesaria para que ésta pueda decidir sobre su compatibilidad con el mercado común produciéndose, mientras tanto, efectos suspensivo sobre la notificación. Si de resultados del examen de esa información se plantean dudas, podrá incoarse el procedimiento de investigación formal contemplado en el artículo 93.2 del Tratado y dictar una decisión positiva, negativa o condicional. Este reglamento también contempla un capítulo destinado a las ayudas ilegales que, por decisión de la Comisión, deberán ser recuperadas por el Estado incumplidor<sup>144</sup>. En materia de ayudas estatales horizontales, el Reglamento (CE) 994/98<sup>145</sup> del Consejo, del 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales<sup>146</sup>, permite a la Comisión autorizar

<sup>138</sup> Con salvedades para el caso de que el control se adquiriera mediante una oferta pública de adquisición de acciones, en cuyo caso podrá materializarse inmediatamente, aunque no podrán ejercitarse los derechos de voto salvo "para salvaguardar el valor de la inversión realizada".

<sup>139</sup> Finalmente también debe tenerse presente que la Comisión elaboró un *Informe* [COM(93) 385 final] y que, en 1996, aprobó un *Libro Verde* relativo a la revisión del Reglamento (CEE) 4064/89 COM(96) 19 final (DOCE C 58, del 28 de febrero de 1996).

<sup>140</sup> Cfr. para la cita, STICE C-350/1992, "España c. Consejo".

<sup>141</sup> Recuérdese que este precepto del Tratado *sólo* es directamente aplicable por las empresas competidoras ante la jurisdicción nacional cuando el Estado no haya cumplido el trámite de notificación obligatoria o, en su caso, se hubiese incumplido la Decisión de la Comisión.

<sup>142</sup> DOCE L 83, del 27 de marzo de 1999.

<sup>143</sup> El concepto de ayuda pública es extremadamente amplio ya que abarca tanto los clásicos subsidios y subvenciones como toda clase de ventajas y beneficios que se finan-

cion con recursos públicos.

<sup>144</sup> Cfr. al respecto, J. RIVAS ANDRÉS y J. GUTIÉRREZ GISBERT. "Un comentario crítico al Reglamento procedimental en materia de ayudas de Estado, Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo, del 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE", en *GJ UE*, nº 209, 2000, pp. 40 y ss.; F. CASTILLO DE LA TORRE y J-P. KEPPELNE. "Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 1999", en *GJ UE*, nº 205, 2000, pp. 52 y ss.; y J. M. CABALLERO LOZANO. "Cuestiones jurídico-privadas que suscitan las ayudas de la Unión Europea a la agricultura", en *La Ley*, 5209, del 20 de diciembre de 2000, pp. 1 y ss.

<sup>145</sup> DOCE L 142, del 14 de mayo de 1998.

<sup>146</sup> Cfr. también el Reglamento (CEE) 1107/70 del Consejo, del 4 de junio de 1970, relativo a las ayudas concedidas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (COE L 130/, del 15 de junio de 1970); y el Reglamento (CEE) 3094/95 del Consejo, del 22 de diciembre de 1995, sobre ayudas a la construcción naval (DOCE L 332, del 30 de diciembre de 1995).

por medio de reglamentos de exención la compatibilidad con el mercado común de determinadas categorías de ayudas, eximiendo, por tanto, de la obligación de notificación establecida en el artículo 88.3 TCE a las ayudas en favor de las pequeñas y medianas empresas, a la investigación y el desarrollo, a la protección del medio ambiente, al empleo y la formación y a las ayudas que se ajusten al mapa aprobado por la Comisión para cada Estado miembro, a efectos de la concesión de ayudas regionales. Este último reglamento también prevé que la Comisión pueda establecer mediante técnica reglamentaria una *regla de minimis* para las ayudas de escasa relevancia económica<sup>147</sup>.

Por último ha de indicarse que, en materia de competencia desleal<sup>148</sup>, no existe ninguna norma comunitaria *ad hoc*, aunque en la actualidad se están estudiando diversas propuestas<sup>149</sup>.

## 2. El derecho de la publicidad comercial

En materia de aproximación de normativas comunitarias en el ámbito de la publicidad comercial destaca la Directiva (CEE) 84/450<sup>150</sup> del Consejo, del 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa que, tras la modificación operada por la Directiva (CE) 97/55<sup>151</sup> del Parlamento y del Consejo, del 6 octubre de 1997, al objeto de incluir la publicidad comparativa, le da el nuevo título de Directiva del Consejo, del 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa<sup>152</sup>. En la primera

<sup>147</sup> Cfr. en general sobre el régimen aplicable a las ayudas, I. IBÁÑEZ GARCÍA. "Las ayudas públicas y el artículo 92 del Tratado CEE", en *Not. CEE*, n° 81, 1991, pp. 51 y ss.; R. LAFUENTE SÁNCHEZ. "Práctica de la Comisión CE en materia de ayudas de Estado: criterios y principios de aplicación", en *Not. UE*, n° 123, 1995, pp. 33 y ss.; J. W. RODRÍGUEZ CURIEL. "El control comunitario de las ayudas públicas", en *Not. CEE*, n° 75, 1991, pp. 89 y ss.; y J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ. "Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado", en *RDBB*, n° 69, 1998, pp. 81 y ss.

<sup>148</sup> Actualmente regulada en España por nuestra Ley 3ª de 1991, del 10 de enero, de competencia desleal (BOE 10, del 11 de enero). Cfr. con juicio esencialmente negativo sobre la oportunidad de la nueva ley al entender que la regulación contenida en la Ley de Marcas ya bastaba, OTERO LASTRES, "La nueva ley sobre competencia desleal", en *ADI*, n° 14, 1991/1992, pp. 25 y ss., espec. pp. 46 y 47. Pero v. también con opinión contraria, que parece ser la más atendible, M. BOTANA AGRA. "La Ley de Marcas del 10 de noviembre de 1988", en *ADI*, n° 12, 1987/1988, pp. 579 y ss., espec. p. 588; y, sobre todo, J. MASSAGUER. *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1999, espec. pp. 63 y 66, quien (más allá de

esa idea) sostiene que la LCD debía haber derogado la Ley General de Publicidad.

<sup>149</sup> V. MASSAGUER. *Comentario*, espec. p. 55, indicando que "la represión de la competencia desleal constituye uno de los campos todavía necesitados de la acción normativa armonizadora de la Comunidad"; y, sobre los trabajos, G. SCHRICKER. "Últimos desarrollos del derecho de la competencia desleal en Europa", en *RGD*, n° 583, 1993, pp. 3291 y ss.; S. LEIBLE. "Competencia desleal y derecho de la Unión Europea. ¿Hacia donde nos dirigimos?", en *ADI*, n° 16, 1994/1995, pp. 345 y ss.; y F. PALAU RAMÍREZ y A. TATO PLAZA. "Competencia desleal y libre circulación de mercancías en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", en *ADI*, n° 15, 1993, pp. 247 y ss.

<sup>150</sup> DOCE L 250, del 19 de septiembre de 1984.

<sup>151</sup> DOCE L 290, del 23 de octubre de 1997. El plazo límite para su aplicación en los Estados miembros se ha fijado en el 23 de abril de 2000.

<sup>152</sup> Cfr. en comentario, M. LINACERO DE LA FUENTE. "Notas sobre la publicidad ilícita en el ordenamiento español y comunitario. Límites éticos de la publicidad", en *AC*, 1996-1, pp. 217 y ss.; C. LEMA DEVESA. "Nuevas perspectivas del derecho europeo de la publicidad", en *ADI*, n° 6, 1979/80, pp. 75

se establecen las reglas que permiten el control de la publicidad engañosa en interés de los consumidores, de los competidores y del público en general, estableciéndose los elementos que permiten calificar determinada publicidad como engañosa<sup>153</sup>. La Directiva de 1984 también obliga a los Estados miembros a conferir a los tribunales o a los órganos administrativos competencias que les permitan ordenar el cese de la publicidad engañosa o prohibir tal publicidad cuando ésta aún no haya sido dada a conocer al público, así como exigir la publicación de la decisión de cese de la publicidad engañosa o de un comunicado rectificativo. La modificación de 1997 introduce el concepto de publicidad comparativa, que, definida como “toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes y servicios ofrecidos por un competidor”, se conceptúa como lícita cuando: (a) no sea engañosa, (b) compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad, (c) compare objetivamente una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios –entre las que podrá incluirse el precio–, (d) no produzca confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor, (e) no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos de algún competidor, (f) tratándose de productos con denominación de origen, se refiera a productos con la misma denominación, (g) no se aproveche indebidamente de la reputación de una marca u otro signo distintivo de algún competidor, y (h) no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos<sup>154</sup>.

Por último, también ha de tenerse presente que la Directiva (CEE) 89/552<sup>155</sup> del Consejo, del 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros

y ss.; A. TATO PLAZA. “Nuevos desarrollos en el Derecho europeo de la publicidad”, en *ADI* n° 17, 1996, pp. 1061 y ss.; y, en particular sobre publicidad engañosa y comparativa, GARCÍA-CRUCES GONZALEZ. “La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE. (Introducción al estudio de la Directiva CEE 84/450, del 10 de septiembre de 1984)”, en *RIE*, n° 15, 1988, pp. 447 y ss.; L. GONZÁLEZ VAQUÉ. “Publicidad comparativa: entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE (modificada)”, en *Not. CEE*, n° 174, 1999, pp. 39 y ss.; C. LEMA DEVESA. “Posibilidades y limitaciones a la actividad publicitaria de la normativa de la CEE”, en *RGD*, n° 514/515, 1987, pp. 4081 y ss.; del mismo, “La regulación de la publicidad engañosa y desleal en el marco de la CEE”, en *ADI*, n° 4, 1977, pp. 601 y ss.; del mismo, “La CEE armoniza la regulación de la publicidad engañosa”, en *ADI*, n° 10, 1984/85, pp. 537 y ss.; y A. TATO PLAZA. “Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el derecho comparado”, en *RDM*, n° 206, 1992, pp. 863 y ss.; del mismo, *La publicidad comparativa*, Madrid, Marcial Pons, 1996; del mismo, “Líneas básicas de la Di-

rectiva comunitaria sobre publicidad comparativa”, en *ADI*, n° 18, 1997, pp. 987 y ss.

<sup>153</sup> Recuérdese que, bajo el marco común del Código civil, sólo cabe la tutela de la libertad física del consumidor contratante, pero no su libertad psíquica “tan vulnerable a técnicas suasorias y subliminales ejercitadas por la publicidad y los sistemas de promoción de ventas” (cfr. para la cita, J. I. FONT GALÁN. “La protección de los consumidores en el derecho privado: del viejo derecho de los comerciantes al nuevo derecho de los consumidores”, en *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, J. I. FONT GALÁN y F. LÓPEZ MENUDO [coords.], Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990, pp. 13 y ss., espec. p. 32).

<sup>154</sup> La normativa española reguladora de la publicidad privada se contiene en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE 274, del 15 de noviembre de 1988), que sustituye al Estatuto de la Publicidad del 11 de junio de 1964 (BOE 143, del 15 de junio de 1964), y se inspira en la Directiva 84/450 aunque todavía no ha incorporado algunos extremos relativos a la modificación operada por la Directiva 97/55 sobre publicidad comparativa.

relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva<sup>156</sup> regula, en sus artículos 10 al 21, normas destinadas a la actividad televisiva, el patrocinio y la televenta<sup>157</sup>.

La Comunidad también dispone de normas de aproximación en materia publicitaria para sectores específicos. Así ocurre respecto de la publicidad farmacéutica con la Directiva (CEE) 92/28<sup>158</sup> del Consejo, del 31 de marzo de 1992, sobre la publicidad relativa a los medicamentos para uso humano que, en términos generales, prohíbe toda publicidad relativa a un medicamento cuando éste no haya sido autorizado, a la vez que exige que responda a los datos que figuren en el resumen de características del producto, favorezca su uso racional y no sea engañosa<sup>159</sup>; y también sucedía (hasta que fue totalmente anulada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 5 de octubre de 2000 [asuntos C-74/99 y C-376/98]) respecto de la publicidad y patrocinio de los productos del tabaco<sup>160</sup>.

### C. EL DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

LA PROTECCIÓN TERRITORIAL DE LA PROPIEDAD industrial y su indudable importancia en las relaciones comerciales internacionales propiciaron desde pronto la búsqueda de mecánicas que superasen la fragmentación. La Comunidad Europea no ha sido ajena a esta preocupación<sup>161</sup> y, tras algunas dudas iniciales en materia competencial<sup>162</sup> (que ya han sido resueltas tras el dictamen del TJCE de 15 de noviembre de 1994<sup>163</sup> y la sentencia de este Tribunal del 13 de julio de 1995<sup>164</sup>), la actividad comunitaria abarca diversos ámbitos<sup>165</sup>. Básicamente puede decirse que, hasta la fecha, la actividad de la CE en materia de propiedad industrial sigue un doble modelo, según sea o no compatible con los instrumen-

<sup>155</sup> DOCE L 298, del 17 de octubre de 1989.

<sup>156</sup> Modificada por la Directiva (CE) 97/36 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 30 de junio de 1997 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DOCE L 202, del 30 de julio de 1997).

<sup>157</sup> Cfr. al respecto, A. MARTÍ. "Notas sobre la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 89/552 del Consejo de las Comunidades Europeas, del 3 de octubre de 1989, sobre la *Televisión sin fronteras*", en *Not. UE*, nº 114, 1994, pp. 111 y ss.; y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES. "La Directiva *Televisión sin fronteras*. El Proyecto de Ley para su transposición al derecho español", en B-94 *GJ CE*, 1994, pp. 5 y ss.

<sup>158</sup> DOCE L 113, del 30 de abril de 1992 y Dictamen rectificativo en DOCE L 32, del 11 de febrero de 1995.

<sup>159</sup> Cfr. sobre la misma, C. LEMA DEVESA. "La Directiva de la CEE sobre la publicidad de los medicamentos", en *ADI*, nº 14, 1991/

92, pp. 49 y ss.

<sup>160</sup> La Directiva anulada por el Tribunal de Justicia era la 98/43 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DOCE L 213, del 30 de julio de 1998).

<sup>161</sup> Cfr. en especial sobre sus finalidades, MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial e intelectual ante el derecho comunitario: libre circulación de mercancías y defensa de la competencia*, Madrid, IDEI, 1995, espec. pp. 73 y 74.

<sup>162</sup> Cfr. en comentario, MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial*, espec. pp. 133 y 134; y S. RIPOLL CARULLA. "La ordenación comunitaria de la propiedad industrial y comercial en el ordenamiento jurídico comunitario", en *RGD*, nº 589/590, 1993, pp. 10019 y ss.

<sup>163</sup> Donde se concluyó que, en el plano legislativo interno, "la Comunidad dispone, en materia de propiedad intelectual, de una competencia de armonización de las legisla-



tos nacionales. Y así sucede que la normativa comunitaria reguladora de las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen, las obtenciones vegetales y, en el futuro, las patentes, responden al modelo de incompatibilidad con los correspondientes derechos nacionales, mientras que las marcas y, en su día, los modelos y los diseños comunitarios, cuentan con normativa comunitaria que es acumulable con la de ámbito nacional<sup>166</sup>.

En esta materia también debe recordarse que el Tribunal de Justicia de la CEE sostuvo, en su Dictamen 1/94, del 15 de diciembre de 1994, que los Estados miembros de la CE estaban autorizados a firmar el acta final y acuerdo creador de la OMC negándose a respaldar el punto de vista de la Comisión de que dicha materia era competencia exclusiva de la Comisión<sup>167</sup>. Por ello, y con la única salvedad de la materia relativa a la prohibición de despacho a la libre práctica de mercancías con usurpación de marcas<sup>168</sup>, las restantes materias comprendidas en esos acuerdos multilaterales son de competencia compartida entre los Estados miembros y la CE. A la vista de esta solución favorable a los Estados, se ha

ciones nacionales conforme a los artículos 100 y 100A y puede basarse en el artículo 235 para crear nuevos títulos que vengan a superponerse a los títulos nacionales” como, de hecho, ha efectuado con el Reglamento sobre la marca comunitaria.

<sup>164</sup> Asunto C-350/1992 “España c. Consejo” donde se indicó que ni el artículo 222 ni el artículo 36 del TCE reservan al legislador nacional “una facultad de reglamentar el derecho sustancial de patente que excluya toda acción comunitaria en esta materia”, así como que el Reglamento se dirige “a prevenir una evolución heterogénea de las legislaciones nacionales que conduzca a nuevas disparidades susceptibles de obstaculizar la libre circulación de los medicamentos en el seno de la Comunidad y afectar, por tal hecho, directamente al establecimiento y al funcionamiento del mercado interior”. Cfr. comentando brevemente esta decisión, BOTANA AGRA. “Fracaso de la impugnación por España del Reglamento sobre el certificado complementario de protección para los medicamentos”, en *ADI*, n° 16, 1994/1995, pp. 979 y ss.

<sup>165</sup> Cfr. en nuestra doctrina sobre propiedad industrial en sentido estricto y la actividad de la Comunidad Europea, A. CASADO CERVIÑO. “Incidencia en el derecho español de los tratados y normas internacionales sobre Propiedad Industrial”, en *La Ley*, 1991-2, pp. 1030 y ss.; M. DESANTES REAL. “El Acuerdo sobre Patentes Comunitarias de 1989; Competencia *ratione materiae* de los órganos encargados de su aplicación”, en *Not. CEE*, n° 86, 1992, pp. 31 y ss.; GÓMEZ SEGADE. “Propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE)”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor*

*Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 789 y ss.; F. KARL BIER. “Propiedad industrial y libre circulación de mercancías en el mercado interior y en el comercio con terceros Estados”, en *RGD*, n° 549, 1990, pp. 4507 y ss.; RIPOLL. “La ordenación comunitaria”, espec. pp. 10019 y ss.; y, sobre todo, la ya citada obra de MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial*, espec. pp. 73 a 178.

<sup>166</sup> Apunta J. MASSAGUER. “La propiedad industrial: balance y perspectivas”, en *ADI*, n° 19, 1998, pp. 93 y ss., espec. p. 111, que no puede descartarse que en el futuro “surjan modalidades destinadas a la protección jurídica de nuevas creaciones intelectuales o empresariales”, dando como ejemplos los ya introducidos (y que se examinarán más adelante) certificado complementario para la protección de medicamentos (cfr. Reglamento [CEE] 1768/1992 del Consejo, del 18 de junio de 1982, relativo a la creación de un certificado complementario de protección para medicamentos [DOCE L 182, del 2 de julio de 1982]), y el certificado complementario de protección de productos fitosanitarios (cfr. Reglamento [CE] 1610/96 del Parlamento europeo y del Consejo, del 23 de julio de 1996, por el que se crea certificado complementario de protección para los productos fitosanitarios [DOCE L, 198, del 8 de julio de 1996]).

<sup>167</sup> Cfr. entre los muchos comentarios que ha suscitado dicha sentencia, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES. “La competencia de la CE para celebrar el acuerdo de la OMC”, en *RJE*, n° 22, 1995, pp. 593 y ss., espec. pp. 614 y 615.

<sup>168</sup> Que, según el TJCE puede ampararse en el artículo 113 TJE (cfr. parr. 54-71 del Dictamen 1/94 TJCE).

apuntado que la vía más operativa para un adecuado desarrollo de esta materia es el establecimiento de un *código de conducta* dentro del Consejo de la CE que permita a la Comisión ostentar la voz común en la OMC, de tal forma que ésta se convierta en “guardiana de acuerdos que afectan a materias que en parte no son comunitarias<sup>169</sup>”.

La imperiosa necesidad<sup>170</sup> de armonizar el sistema de marcas en el seno de la Comunidad<sup>171</sup> fructifica mediante el reglamento de marca comunitaria<sup>172</sup> y, al menos en parte, mediante una directiva<sup>173</sup> de aproximación de la normativa reguladora de marcas nacionales<sup>174</sup>.

La marca comunitaria se instauró mediante el Reglamento (CE) 40/94<sup>175</sup> del Consejo, del 20 de diciembre de 1993<sup>176</sup> que, entre sus rasgos más sobresalientes<sup>177</sup>, establece que su reconocimiento se lleve a cabo mediante registro ante

<sup>169</sup> Cfr. indicando ésta y otras posibles vías de actuación, A. REMIRO BROTONS. “*Pelagattos y aristogattos* de la Comunidad Europea ante el Reino de la OMC”, en D-26 *GJ CE*, 1996, pp. 7 y ss., espec. p. 75.

<sup>170</sup> Cfr. con esta expresión, M. AREÁN LALÍN. “Hacia un nuevo derecho de marcas en la CEE”, en *ADI*, nº 7, 1981, pp. 475 y ss., espec. p. 475.

<sup>171</sup> Cfr. en comentario, M. BOTANA AGRA. “En torno a la incidencia de los artículos 30 y 36 del TCEE en la protección de la marca por los derechos nacionales de los Estados comunitarios”, en *ADI*, nº 15, 1993, pp. 231 y ss.; C. CLAVIJO SÁNCHEZ. “La marca en el derecho comunitario y en los convenios internacionales”, en *ADI*, nº 13, 1989/90, pp. 95 y ss.; y C. FERNÁNDEZ-NOVOA. “El Mercado Común y los sistemas nacionales de marcas”, en *ADI*, nº 6, 1979/80, pp. 235 y ss.

<sup>172</sup> Que constituye “una pieza fundamental para la plena realización y el buen funcionamiento del mercado interior en el conjunto de la comunidad”, en expresión de M. BOTANA AGRA. “El Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, del 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria”, en *ADI*, nº 15, 1993, pp. 763 y ss., espec. 763.

<sup>173</sup> Que tiene un “ámbito armonizador limitado”. Cfr. con este juicio, BOTANA AGRA. “Panorámica de la Ley 32/1988 española de marcas”, en *ADI*, nº 13, 1989/1990, pp. 13 y ss., espec. 38.

<sup>174</sup> Estos textos no pudieron aprobarse simultáneamente pese a la primitiva intención. Cfr. al respecto, BOTANA AGRA. “La primera directiva comunitaria en materia de marcas”, en *ADI*, nº 13, 1989/90, pp. 649 y ss., espec. 649.

<sup>175</sup> DOCE L 11, del 14 de enero de 1994.

<sup>176</sup> Modificado por el Reglamento (CE) n. 3288/94 del Consejo, del 22 de diciembre de 1994 (DOCE L 349, del 31 de diciembre de 1994), destinado a aplicar el Acuerdo ADPIC celebrado en el marco de la ronda de

Uruguay. Cfr. también el Reglamento (CE) 2868/95 de la Comisión, del 13 de diciembre de 1995, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) 40/94 del Consejo sobre marca comunitaria (DOCE L 303, del 15 de diciembre de 1995) y la Comunicación de la Comisión del 5 de noviembre de 1998 sobre la concesión de derechos de prioridad derivados de las solicitudes de marca comunitaria en virtud de la Ley de marcas del Taipei Chino (apartado 5 del artículo 29 del Reglamento CE 40/94 del Consejo sobre marca comunitaria) (DOCE C 351, del 18 de noviembre de 1998).

<sup>177</sup> V. en comentario a los principios de autonomía (relativa) de la marca comunitaria, coexistencia con marcas nacionales, y permeabilidad entre marca comunitaria y nacional paralela, C. FERNÁNDEZ-NOVOA. “Los principios informadores de la marca comunitaria”, en *ADI*, nº 16, 1994/1995, pp. 23 y ss.; y, entre la abundante bibliografía sobre la marca comunitaria, M. AREÁN LALÍN. “La marca comunitaria”, en *RGD*, nº 621, 1996, pp. 6903 y ss.; BOTANA AGRA. “El Reglamento (CE) 40/94 del Consejo”, pp. 763 y ss.; A. CASADO CERVIÑO. “La marca comunitaria: un signo empresarial a usar en el mercado”, en D-28 *GJ CE*, 1997, pp. 187 y ss., espec. 189 y ss.; del mismo, “Situación actual y perspectiva de la marca comunitaria e internacional”, en *AC*, 1993-4, pp. 853 y ss.; del mismo, “La licencia de la marca comunitaria”, en *ADI*, nº 16, 1994/1995, pp. 189 y ss.; A. CASADO CERVIÑO y M. L. LLOBREGAT HURTADO. *Comentarios a los reglamentos de la marca comunitaria*, Alicante, Universidad de Alicante, 1996; C. FERNÁNDEZ-NOVOA. “La cesión de la marca comunitaria”, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 1239; del mismo, “Los Tribunales de marcas comunitarias”, en *Estudios jurídicos en*

la Oficina de Armonización del mercado interior [OAMI<sup>178</sup>] sita en la ciudad española de Alicante, que su duración es de 10 años renovables de forma indefinida (constante el abono de tasas de renovación), que puede tener acceso a la misma cualquier ciudadano que tenga su domicilio, sede o un establecimiento serio en un Estado miembro, en un Estado signatario del CUP o en un Estado signatario del ADPIC<sup>179</sup>; y que combina el examen *ex officio* por la Oficina con el sistema de oposiciones presentadas por terceros frente a las causas de denegación relativa. El signo distintivo comunitario permite aligerar, con un elevado grado de seguridad jurídica<sup>180</sup>, la cartera nacional de marcas<sup>181</sup> (aunque debe recordarse que existe plena compatibilidad entre aquella y las nacionales) y, de forma similar a éstas, debe ser objeto de uso en un plazo de cinco años en (al menos) un país miembro de la UE, confiriendo a su titular el *ius prohibendi* del uso por un tercero no autorizado de un signo idéntico a la marca comunitaria para aquellos productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada, aunque no podrá prohibir a esos terceros el uso, en la vida comercial, de su nombre o de su dirección si este uso se ajusta a las prácticas leales en materia industrial o comercial<sup>182</sup>.

*homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. 1, Madrid, Civitas, 1996, pp. 743 y ss.; del mismo, *El sistema comunitario de marcas*, Madrid, Montecorvo, 1995; L. FONCILLAS. "La marca comunitaria y las lenguas no oficiales", en *RGD*, n.º 636 1997, pp. 10959 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ. "Renuncia y 'caducidad por tolerancia' en el Reglamento 40/94/CEE, sobre la marca comunitaria", en *Estudios de derecho mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Vol. II, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998, pp. 977 y ss.; O. GARCÍA MACEIRAS. "La proyección internacional de la marca comunitaria", en *ADI*, n.º 18, 1997, pp. 215 y ss.; M. LOBATO GARCÍA-MIJÁN. *La marca comunitaria. Aspectos procesales y de derecho internacional privado del Reglamento sobre la marca comunitaria*, Zaragoza y Bolonia, Real Colegio de España, 1997 (cfr. también *La Ley*, 1998-1, D-69); J. MASSAGUER. "Las relaciones entre el Reglamento de la Marca Comunitaria y los Tratados Internacionales relativos a las marcas", en *RGD*, n.º 621, 1996, pp. 7107 y ss.; del mismo, *Los derechos de propiedad industrial*, espec. pp. 102 a 116; y L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ. "La Marca Comunitaria (Comentario al Reglamento CE 40/94 del Consejo, del 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria)", en *Not. UE*, n.º 123, 1995, pp. 51 y ss.

<sup>178</sup> Como no podía ser de otra forma, la presentación de la solicitud puede hacerse en las oficinas nacionales de propiedad industrial y éstas disponen de un plazo de dos semanas para remitirlas a la OAMI.

<sup>179</sup> Debe tenerse presente que aún es posible una tercera opción: que exista acuerdo de reciprocidad entre al UE y el país del solicitante.

<sup>180</sup> Y así ha de recordarse el *derecho de transformación* para el caso de que la marca comunitaria deje de producir efectos (p. ej. por renuncia, caducidad, nulidad o no renovación), manteniendo la fecha de presentación o de prioridad para la solicitud o solicitudes de marcas nacionales.

<sup>181</sup> Ya que, en virtud de la antigüedad, cuando el solicitante de la marca comunitaria tuviese previamente registrada, para los mismos productos o servicios, una marca nacional en un Estado miembro de la UE (o como marca internacional con efecto en un Estado miembro de la UE), podría invocar el derecho de antigüedad para la marca comunitaria, de forma que aunque renuncie a las anteriores (nacionales o internacional) puede seguir disfrutando de los mismo derechos.

<sup>182</sup> En aplicación de dicho Reglamento, la Comisión ha dictado tres Reglamentos de aplicación: el Reglamento (CE) 2868/95 de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) 40/94 [DOCE L 303, del 15 de diciembre de 1995]; el Reglamento (CE) 2869/95 de la Comisión, del 13 de diciembre de 1995, relativo a las tasas que se han de abonar a la OAMI (marcas, diseños y modelos) (*idem*, DOCE); y el Reglamento (CE) 216/96 de la Comisión, del 5 de febrero de 1996, por el que se establece el Reglamento de procedimiento de las salas de recurso de la Oficina (marcas, diseños y modelos) (DOCE L 28, del 6 de febrero de 1996).

El 25 de julio de 1996, la Comisión presentó dos propuestas en relación con la marca comunitaria. La propuesta de Decisión del Consejo por la que se aprueba la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989<sup>183</sup>, y una propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) 40/94, al objeto de llevar a efecto la adhesión de la CE al Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas<sup>184</sup>. El 16 de mayo de 1997, el Parlamento aprobó sin modificaciones la propuesta de la Comisión y, en la actualidad, la propuesta se encuentra actualmente a efectos de su adopción en el Consejo. El objeto de ambas normas obedece a que el sistema de marca comunitaria y el sistema de registro internacional establecidos por el Protocolo de Madrid son complementarios, por lo que la propuesta pretende que los interesados puedan beneficiarse de las ventajas del sistema de la marca comunitaria a través del Protocolo de Madrid, y viceversa<sup>185</sup>. En el ámbito de los proyectos también debe recogerse la propuesta de la Comisión, del 7 de octubre de 1997, de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) 40/94<sup>186</sup>, destinada a modificar algunas disposiciones de carácter financiero de este Reglamento<sup>187</sup>. La Unión Europea<sup>188</sup> también se ha dotado de la Primera Directiva (CEE) 89/104<sup>189</sup> del Consejo, del 21 de diciembre de 1988, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, al objeto de armonizar ciertos aspectos de la protección aplicable a cualquier marca de productos o servicios, colectivas, de garantía o de certificación que hayan sido objeto de registro o de solicitud de registro en algún Estado miembro<sup>190</sup> (es decir: no es aplicable a las marcas adquiridas por el simple uso, aunque sí a la

<sup>183</sup> COM(96) 367 final CNS0190 (DOCE C 293, del 5 de octubre de 1996).

<sup>184</sup> COM(96) 372 final CNS96/0198 (DOCE C 300, del 10 de octubre de 1996).

<sup>185</sup> La principal diferencia entre el sistema introducido por el *Protocolo de Madrid* en relación con la marca comunitaria estriba en que ésta establece un sistema de registro regional de marcas que abarca todo el territorio de la Comunidad Europea, mientras que en el Protocolo de Madrid sólo se unifica el procedimiento de solicitud aunque, eso sí, con un ámbito geográfico mayor: todas las Partes contratantes del CUP. La complementariedad entre ambos sistemas deriva del hecho de que (a) los solicitantes y los titulares de una marca comunitaria pueden solicitar la protección internacional mediante la presentación de una única solicitud internacional con arreglo al *Protocolo de Madrid*, y (b) los titulares de un registro internacional, en virtud del citado *Protocolo*, podrán solicitar la protección de sus marcas como marca comunitaria.

<sup>186</sup> COM(97) 489 final CNS97/0253 (DOCE C 335, del 6 de noviembre de 1997).

<sup>187</sup> El 10 de marzo de 1998, el Parlamento aprobó la propuesta de la Comisión con

algunas modificaciones. La Comisión aceptó parte de esas enmiendas y el 30 de abril de 1998 presentó una propuesta modificada que actualmente posee el Consejo para aprobación. Cfr. COM(98) 289 final (DOCE C 194, del 20 de junio de 1998).

<sup>188</sup> Nuestra normativa reguladora se encuentra en la Ley 32/1988, del 10 de noviembre, de marcas (BOE 272, del 12 de noviembre de 1988); y en el Real Decreto 645/1990, del 18 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 32/1988, del 10 de noviembre de Marcas (BOE 125, del 25 de mayo de 1990).

<sup>189</sup> DOCE L 40, del 11 de febrero de 1989 y Dictamen rectificativo en DOCE L 159, de 10 de junio de 1989 y DOCE L 207, del 19 de julio de 1989.

<sup>190</sup> Cfr. en doctrina indicando el "importante avance que supone hacia el establecimiento del mercado interior", BOTANA AGRÁ. "La primera directiva", *cit.*, espec. p. 649; y MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial*, espec. p. 138, señalando que su objetivo armonizador persigue "evitar los obstáculos a la libre circulación de mercancías o el falseamiento de las condiciones de competencia en el Mercado Común".

marca renombrada<sup>191</sup>). Entre los principios rectores de esta directiva “esencialmente normativa”<sup>192</sup> destaca la concesión al titular de un derecho exclusivo y la facultad de ejercer el *ius prohibendi*, la obligación de explotación de la marca o, en fin, la pérdida del derecho cuando por actividad o inactividad del mismo la marca se haya convertido en la designación usual en el comercio de un producto o un servicio para el que fue registrada, o cuando pueda inducir a error como consecuencia del uso que le ha dado o que haya sido tolerada por su titular<sup>193</sup>.

Otro sector armonizado es el relativo a la represión de la piratería en materia de marcas y demás signos de propiedad industrial. Su inicio se sitúa en el hoy derogado Reglamento (CEE) 3842/86<sup>194</sup> del Consejo, del 1º de diciembre de 1986, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica de las mercancías con usurpación de marca<sup>195</sup>, que prohibió el despacho a libre práctica en territorio comunitario de mercancías procedentes de terceros países cuando se compruebe una usurpación de marca, a la vez que estableció un procedimiento para suspender ese trámite e informar a las partes implicadas<sup>196</sup>. Desde el 1º de julio de 1995 esta norma fue sustituida por el Reglamento (CE) 3295/94<sup>197</sup> del Consejo, del 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercaderías con usurpación de marca y las mercancías piratas<sup>198</sup>, que aceleró el procedimiento de obstaculización encargado

<sup>191</sup> La Directiva obliga a incluir entre las prohibiciones de registro relativas la identidad o similitud con una marca comunitaria anterior, más allá del principio de especialidad, el caso de que la marca sea renombrada y cuando con el uso de la marca posterior se persiga obtener una ventaja desleal o pueda causarse un perjuicio. V. sobre la misma, M. MONTEAGUDO MONEDERO. *La protección de la marca renombrada*, Madrid, Civitas, 1995, *in totum*.

<sup>192</sup> V. con este calificativo, BOTANA AGRA. “La primera directiva”, *cit.*, espec. p. 651.

<sup>193</sup> España todavía no ha incorporado esta Directiva, ya que la aprobación de la LM fue anterior a la misma (aunque no su Reglamento aprobado por RD 645/1990) pese a que, en buena parte, nuestra Ley se inspira en la misma. Esta circunstancia obligará a reformar nuestra normativa en diversos aspectos (cfr. en detalle, A. CASADO CERVIÑO. *Hacia una reforma del Derecho de Marcas. Algunas de sus posibles claves*, Alicante, Fundación Universidad-Empresa, 1995; y el mismo, comparando: “La nueva normativa española y comunitaria sobre marcas: análisis comparativo”, en D-13 *GJ CE*; 1986, pp. 85 y ss.; y G. ROBLES. *Las marcas en el derecho español. Adaptación al derecho comunitario*, Madrid, Civitas, 1995). Cfr. también con crítica del apresuramiento, C. FERNÁNDEZ-NOVOA. “La europeización del Derecho español de la propiedad industrial” en *Perspectivas actuales del derecho mercantil*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 77 y ss.,

espec. p. 87; y A. BERCOVITZ. “Observaciones preliminares a la Ley de Marcas de 1988 (especialmente desde la perspectiva del derecho europeo)”, en pp. 155 a 185 de *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991.

<sup>194</sup> DOCE L 357, del 18 de diciembre de 1986.

<sup>195</sup> Cfr. su desarrollo y complemento en el Reglamento (CEE) 3077/87 de la Comisión, del 14 de octubre de 1987, por el que se adoptan las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) 3842/86 (DOCE L 291, del 15 de octubre de 1987).

<sup>196</sup> Cfr. en comentario, M. AREÁN LALÍN. “La lucha de las aduanas contra la piratería de marcas”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. I, Madrid, Civitas, 1996, pp. 671 y ss. espec. 673 a 680.

<sup>197</sup> DOCE L 341, del 30 de diciembre de 1994. V. también el Reglamento (CE) 1367/95 de la Comisión, del 16 de junio de 1995, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 3295/94 del Consejo, del 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen las medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión de un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marcas y las mercaderías piratas (DOCE L 133, del 17 de junio de 1995).

<sup>198</sup> Cfr. en comentario en su fase de propuesta, AREÁN. “La lucha de las aduanas”,

a la autoridad aduanera, amplió el campo de aplicación del derogado Reglamento 3842/86 a los signos o marcas, incluso presentados separadamente, a los embalajes en los que figuren marcas de los productos a los que se hubiese usurpado la marca y a las herramientas, moldes y material destinados a la fabricación de mercancías falsificadas y, en fin, amplió la prohibición a un conjunto más amplio de operaciones aduaneras, incluidos el tráfico y las exportaciones<sup>199</sup>.

En materia de patentes no existe un instrumento específicamente comunitario<sup>200</sup> y sí, por el contrario, dos convenios<sup>201</sup> siameses<sup>202</sup> que pretenden construir un sistema europeo de patentes<sup>203</sup> cuya plasmación sigue siendo, por el momen-

*cit.*, espec. pp. 680 a 684; y, sobre el texto vigente, MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial*, *cit.*, espec. pp. 121 a 125.

<sup>199</sup> El 29 de enero de 1998 la Comisión presentó una propuesta de modificación del Reglamento 3295/94 [COM(98) 25 final] (DOCE C 108, del 7 de abril de 1998) que, actualmente, se encuentra sometida al examen del Parlamento. Cfr. también el *Libro verde sobre lucha contra la usurpación de marca y la piratería en el mercado interior* [COMM(98) 569 final] y, en reciente comentario sobre este último, A. M. TOBIO RIVAS. "Libro verde de la Comisión sobre la sobre lucha contra la usurpación de marca y la piratería en el mercado interior", en *ADI*, n° 19, 1998, pp. 1185 y ss.

<sup>200</sup> La normativa española viene constituida por la Ley 11/1986, del 20 de marzo, de patentes (BOE 73, del 26 de marzo de 1986) y su Reglamento aprobado por el Real Decreto 2245/1986, del 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 11/1986, del 20 de marzo, de Patentes (BOE 261, del 31 de octubre de 1986 y, correcc. de errores, en BOE 294, del 9 de diciembre de 1986 y en BOE 30, del 4 de febrero de 1987). Cfr. sobre su construcción y en comentario, BERCOVITZ. *La nueva Ley de patentes. Ideas introductorias y antecedentes*, Madrid, Tecnos, 1986; J. M. OTERO LASTRES, C. LEMA DEVESA, A. CASADO CERVIÑO y J. GÓMEZ MONTERO. *Comentarios a la Ley de Patentes*, Barcelona, Praxis, 1987; J. A. GÓMEZ SEGADÉ. "Proyecto de Ley de Patentes español", en *ADI*, n° 7, 1981, pp. 503 y ss.; del mismo, "Aplazamiento de la reforma del derecho de patentes español", en *ADI*, n° 8, 1982, pp. 393 y ss.; del mismo, "El Proyecto de Ley de patentes de 1985", en *ADI*, n° 10, 1984/1985, pp. 505 y ss.; del mismo, "Características generales y algunos aspectos concretos de la nueva Ley de Patentes", en *ADI*, n° 11, 1985/1986, pp. 17 y ss., espec. 24 a 28; y en comentario al texto definitivo; del mismo, "Características generales", espec. pp. 28 a 78; del mismo, *La Ley de patentes y modelos de utilidad*, Madrid, Civitas, 1988.

<sup>201</sup> Cfr. en doctrina, A. BERCOVITZ. *Derecho de patentes: España y la Comunidad Económica Europea*, Barcelona, Ariel, 1985; M. BOTANA AGRA. "El acuerdo entre España y las C. E. sobre patentes", en *ADI*, n° 9, 1983, pp. 485 y ss.; A. CASADO CERVIÑO y J. COS CODINA. "El acuerdo en materia de patentes comunitarias. Situación actual y perspectivas de futuro", en *Not. CEE*, n° 103/104, 1993, pp. 67 y ss.; GÓMEZ SEGADÉ. "El Protocolo judicial del Convenio sobre la Patente Europea (CPE)", en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 539 y ss.; del mismo, "El renacer de la patente comunitaria y el sistema de patentes europeo", en *ADI*, n° 19, 1998, pp. 1159 y ss.; del mismo, "España ante la unificación del Derecho de Patentes en Europa", en *ADI*, n° 4, 1977, pp. 59 y ss.; E. GONZÁLEZ-SICILIA. "Consideraciones sobre la patente comunitaria", en 8 *DN* 1991, p. 13 y ss.; C. LEMA DEVESA. "El convenio europeo de Munich ante la protección de las nuevas tecnologías", en *AC*, 1993-3, pp. 605 y ss.; y VILA ROBERT. "Cinco años de experiencia española en el Convenio sobre la Patente Europea", en *Not. CEE*, n° 87, 1992, pp. 69 y ss. Y recientemente, sobre patentes farmacéuticas, M. ALVARGONZÁLEZ FIGAREDO. "Mercado interior y productos farmacéuticos: patentes y autorización de comercialización", en *Not. CEE*, n° 148, 1998, pp. 41 y ss.; A. CASADO CERVIÑO. "La ampliación de la vida de las patentes en el sector farmacéutico. La nueva normativa comunitaria", en *DN*, n° 25, 1992, p. 15 y ss.; y M. LOBATO GARCÍA-MIJÁN. *El nuevo marco legal de las patentes químicas y farmacéuticas*, Madrid, Civitas, 1994.

<sup>202</sup> Cfr. con esta expresión, GÓMEZ SEGADÉ. "El renacer de la patente europea", *cit.*, espec. p. 1169.

<sup>203</sup> Cfr. en explicación, GÓMEZ SEGADÉ. "La unificación internacional de la propiedad industrial en 1973", en *ADI*, n° 1, 1974, pp. 51 y ss., espec. 64 y 65; y MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial*, *cit.*, espec. pp. 77 y 78.

to, una “idea de futuro<sup>204</sup>”. El primero es el Convenio de Munich sobre la concesión de patentes europeas del 5 de octubre de 1973<sup>205</sup> (CPE: Convenio sobre la Patente Europea) que entró en vigor el 7 de octubre de 1977 y que, firmado por los Estados miembros y otros países europeos no pertenecientes a la Comunidad<sup>206</sup> crea un sistema unificado europeo supracomunitario y establece las instituciones que gestionan la organización del sistema de patentes europeo, introduce ciertas reglas sustantivas –invenciones patentables, requisitos de patentabilidad, legitimación para solicitar la patente europea, procedimiento de concesión<sup>207</sup>, efectos de las patentes europeas y relaciones con los sistemas de patentes nacionales– y, en fin, permite desde 1977 obtener patentes en 18 países<sup>208</sup> mediante una única solicitud presentada en una sola oficina (aunque puede tramitarse su presentación ante otros organismos<sup>209</sup>): la Oficina Europea de Patentes<sup>210</sup> sita en Munich (Alemania). Dos son los rasgos que aquí conviene destacar<sup>211</sup>. En primer lugar, su marcada influencia sobre la Ley de patentes española<sup>212</sup> y, en segundo término, el que una vez obtenida la patente de la Ofi-

<sup>204</sup> Cfr. para la cita, GÓMEZ SEGADE. “El renacer de la patente europea”, espec. p. 1160; y con un resumen, y cuidada cita doctrinal, de las diversas fases por las que ha discurrido el proceso de unificación europeo, GÓMEZ SEGADE. “La unificación internacional”, *cit.*, espec. pp. 62 a 65.

<sup>205</sup> V. también el Reglamento de ejecución del Convenio sobre la Patente Europea para el mercado común (DOCE L 401, del 30 de diciembre de 1989).

<sup>206</sup> España extendió el Instrumento de adhesión al CPE (también al *Reglamento de ejecución*) el 10 de julio de 1986 (BOE 234, del 30 de septiembre de 1986) y entró en vigor en nuestro país el 1º de octubre de 1986 (BOE 234, del 30 de septiembre de 1986) con reservas hasta el 7 de octubre de 1992 respecto de la patentabilidad de productos químicos y farmacéuticos. Cfr. también al respecto, el Real Decreto 2424/1986, del 10 de octubre, relativo a la aplicación del Convenio sobre la concesión de patentes europeas, hecho en Munich el 5 de octubre de 1973 (BOE 283, del 26 de noviembre de 1986) (RD 2424/1986).

<sup>207</sup> El procedimiento de concesión de la patente europea pasa por al elaboración de un *informe de búsqueda europea*, la publicación de la solicitud y, si el solicitante lo solicita en el plazo de seis meses desde la publicación de ese informe, la realización del examen de fondo sobre la concurrencia de los requisitos de patentabilidad. La superación de este trámite da paso a su concesión que se publica en el *Boletín Europeo de Patentes* y que, caso de designar únicamente a España, requiere que se aporte la traducción del fascículo al español (arts. 7º a 9º RD 2424/1986).

<sup>208</sup> Concretamente: todos los Estados

miembros de la Unión así como Mónaco, Suiza y Liechtenstein.

<sup>209</sup> Particularmente, en el caso de España: ante la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM: cfr. Real Decreto 1270/1997, de 24 de julio, por el que se regula la Oficina Español de Patentes y Marcas [BOE 208, del 30 de agosto de 1977]) o los organismos determinados por las CC.AA. para admitir solicitudes de patentes nacionales (art. 2º RD 2424/1986).

<sup>210</sup> La Oficina es, junto al Consejo de Administración, uno de los órganos de la institución creada por el Tratado de la Organización Europea de Patentes.

<sup>211</sup> Cfr. en comentario detallado, BOTANA AGRA. “La patente europea es ya una realidad”, en *ADI*, nº 6, 1979/80, pp. 449 y ss.; C. FERNÁNDEZ-NOVOA. “La corrección de errores en la solicitud de patente europea”, en *ADI*, nº 7, 1981, pp. 345 y ss.; J. GÓMEZ MONTERO. “El impacto de la patente europea en España”, en *12 ADI* 1987/88, p. 617 y ss., *idem*. “El impacto de la patente europea en España (1987-1989)”, en *ADI*, nº 13, 1989/90, pp. 617 y ss.; del mismo, “Noticias relacionadas con el Convenio de Munich sobre concesión de patentes europeas”, en *ADI*, nº 14, 1991/92, pp. 801 y ss.; C. LEMA DEVESA. “La repercusión de la patente europea y de la patente comunitaria en España”, en *ADI*, nº 5, 1978, pp. 671 y ss.; MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial*, *cit.*, espec. pp. 78 a 85; y R. INGER. “La patente europea”, en *ADI*, nº 5, 1978, pp. 13 y ss.

<sup>212</sup> Cfr. indicando que nuestra LP es “una traducción literal de los preceptos del CPE y del CPC”, GÓMEZ SEGADE. “Características generales”, *cit.*, espec. p. 32; o MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial*, *cit.*, espec.

cina Europea<sup>213</sup>, aquélla tiene el régimen de una patente nacional en cada uno de los Estados firmantes indicados<sup>214</sup>, no existiendo, por tanto, un régimen regulador de naturaleza supranacional o de índole verdaderamente europea, sino más bien un sistema que ha sido calificado de *casi-regional*<sup>215</sup>.

El segundo convenio armonizador<sup>216</sup>, continuador natural del CPE<sup>217</sup>, es el Acuerdo (CEE) 89/695 sobre patentes comunitarias<sup>218</sup> (APC) firmado en Luxemburgo el 15 de diciembre de 1989, que sustituyó al fracasado Convenio sobre la patente comunitaria<sup>219</sup> (CPC), aprobado en la Primera Conferencia de Luxemburgo el 15 de diciembre de 1975<sup>220</sup> y que, por el momento, ha tenido tan poco éxito como aquél para crear una patente comunitaria que, con efectos en todo el territorio de la Unión, pueda coexistir con las estrictamente nacionales<sup>221</sup>. Pese a ello no puede dejar de reconocerse la influencia que su texto ha tenido en las diversas legislaciones nacionales<sup>222</sup>.

Junto a lo dicho debe reconocerse la existencia de dos Reglamentos asociados al campo de ciertas patentes que tienen por objeto la extensión de su duración con efectos en todo el territorio de la Unión. Nos referimos, claro está, a los derechos *sui generis* contemplados en el Reglamento (CEE) 1768/1992 del Consejo, del 18 de junio de 1982<sup>223</sup>, relativo a la creación de un certificado complementa-

p. 79; y también respecto de la influencia en nuestra LP del CPC, FERNÁNDEZ-NOVOA. "La europeización del derecho español", espec. p. 83.

<sup>213</sup> Cfr. en resumen, sobre el procedimiento de concesión de la patente europea, GÓMEZ SEGADE. "La unificación internacional", espec. pp. 68 a 71.

<sup>214</sup> Debe tenerse presente la prohibición de doble protección de una invención a través de una patente europea y una nacional (art. 16 RD 2424/1986) aunque nada prohíbe la coexistencia entre patente europea y modelo de utilidad español (v. indicándolo, MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial, cit.*, espec. p. 83).

<sup>215</sup> Razón por la que tal vez sería más adecuado denominarlo Convenio sobre un procedimiento europeo para la concesión de patentes (cfr. así, GÓMEZ SEGADE. "La unificación internacional", *cit.*, espec. p. 65). Cfr. también recordando que el Convenio de Munich no produce "la definitiva unificación del Derecho de patentes europeo (sino una simple) armonización de las legislaciones nacionales en ciertos aspectos"; del mismo, "España ante la unificación del derecho europeo de patentes en Europa", en *ADI*, nº 4, 1977, pp. 59 y ss., espec. 65 y 67.

<sup>216</sup> Cfr. calificándolo así, GÓMEZ SEGADE: "España ante la unificación", *cit.*, espec. p. 75.

<sup>217</sup> V. entre quienes recuerdan que el CPC es una "prolongación natural" del CPE, MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial, cit.*, espec. p. 87.

<sup>218</sup> DOCE L 401, del 30 de diciembre de 1989. V. también el Protocolo sobre resolución de litigios en materia de violación y de

validez de patentes comunitarias (protocolo sobre los litigios) [DOCE *ibid.*]; el Protocolo sobre privilegios e inmunidades del Tribunal de apelación común (protocolo sobre privilegios e inmunidades) sobre patentes comunitarias [DOCE *ibid.*]; el Protocolo sobre el estatuto del Tribunal de apelación común sobre patentes comunitarias [DOCE *ibid.*]; el Protocolo relativo a una posible modificación de las condiciones de entrada en vigor del acuerdo sobre patentes comunitarias [DOCE *ibid.*]; así como la Declaración conjunta sobre el Acuerdo sobre *patentes comunitarias* [DOCE *ibid.*].

<sup>219</sup> La causa del fracaso fue la falta de ratificación de Irlanda y Dinamarca.

<sup>220</sup> DOCE L 17, de 1976. Cfr. con noticia de su desarrollo, GÓMEZ SEGADE. "La conferencia de Luxemburgo de 1985 sobre la patente comunitaria: Resultados y perspectivas", en *ADI*, nº 11, 1985/86, pp. 589 y ss.; del mismo, "La tercera Conferencia de Luxemburgo sobre la patente comunitaria", en *ADI*, nº 12, 1990, pp. 653 y ss. (*idem*. 13 *ADI* 1989/90, p. 653 y ss.); del mismo, "La patente comunitaria", en *DN*, 1990, pp. 55 y ss.; A. CASADO CERVIÑO. "El acuerdo sobre patentes comunitarias: la conferencia gubernamental de 1992", en *ADI*, nº 14, 1991/92, pp. 807 y ss.

<sup>221</sup> Cfr. indicando que la patente comunitaria entró en vía muerta desde 1992, GÓMEZ SEGADE. "El renacer de la patente europea", espec. p. 1160.

<sup>222</sup> V. indicándolo respecto de España, MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial, espec.* p. 86.

<sup>223</sup> DOCE L 182, del 2 de julio de 1982.



rio de protección para los medicamentos<sup>224</sup> y al Reglamento (CE) 1610/96<sup>225</sup> del Parlamento europeo y del Consejo, del 23 de julio de 1996, por el que se crea certificado complementario de protección para los productos fitosanitarios, ambos amparados en el artículo 100A del TCE<sup>226</sup>. Básicamente puede decirse que estos dos Reglamentos persiguen la ampliación del plazo de protección de productos farmacéuticos, veterinarios y fitosanitarios previamente protegidos debido al acortamiento de la vigencia real del periodo de protección por razón de la duración de los necesarios trámites administrativos previos para su comercialización<sup>227</sup>. Los efectos del certificado complementario, que deberá solicitarse en los seis meses siguientes a la obtención de la autorización de comercialización (o, caso de que ésta se anterior: de la concesión de la patente), tienen un contenido idéntico a los de la patente de base. Su duración, que se inicia con la expiración del periodo de validez legal de la patente de base, es por un periodo igual al transcurrido entre la fecha de presentación de la solicitud de la patente de base y la fecha de la primera autorización de comercialización en la Comunidad menos un periodo de cinco años<sup>228</sup>.

Las disfunciones del sistema de patentes en la CE<sup>229</sup> fueron el motor de la elaboración de un *Libro verde*, de 24 de junio de 1997, sobre la patente comunitaria y el sistema de patentes en Europa<sup>230</sup>. En su texto se identifican tres objetivos: examinar el sistema de protección mediante patentes en la Comunidad Europea, evaluar las acciones a adoptar y, por último, explorar la forma y contenido de las mismas. Su principal propuesta consiste en la transformación del ACP en un instrumento jurídico regulado por el Tratado, basado en el artículo 235<sup>231</sup>, de tal forma que la proyectada patente comunitaria tenga carácter unitario y se produzca tanto un ahorro en los costes (p. ej.: en gestión, en la traducción del folleto a todas las lenguas de los Estados miembros de la Comunidad, etc.),

<sup>224</sup> Cfr. en comentario, A. CASADO. "El Reglamento comunitario relativo a la creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos", en *ADI*, nº 14, 1991/1992, pp. 787 y ss.; del mismo, "La ampliación de la vida de las patentes en el sector farmacéutico. La nueva normativa comunitaria", en *DN*, nº 25 1992, pp. 15 y ss., del mismo, "El certificado complementario de protección de los medicamentos: reflexión sobre algunas cuestiones abiertas", en *RGD*, nº 589/590, 1993, pp. 10039 y ss.; y M. AREAN. "La protección de la vida legal de las patentes farmacéuticas", en *ADI*, nº 13 1989/1990, pp. 587 y ss. Y, respecto de la oposición española a la competencia de la Comunidad para dictarlo, M. BOTANA AGRA. "Fracaso de la impugnación por España", *cit.*, pp. 979 y ss.

<sup>225</sup> DOCE L 198, del 8 de agosto de 1996.

<sup>226</sup> V. STICE del 13 de julio de 1995, asunto C-350/1992 "España c. Consejo".

<sup>227</sup> Cfr. con similar aproximación aunque en un ámbito distinto, el Reglamento (CE) 2470/96 del Consejo, del 17 de diciembre de 1996, por el que se proroga la duración de la protección comunitaria de las obten-

ciones vegetales de patatas (DOCE L 335, del 24 de diciembre de 1996), por el que se proroga cinco años el plazo inicial de validez de la protección comunitaria de las obtenciones vegetales de patatas debido a los gastos de investigación que deben soportarse.

<sup>228</sup> El reconocimiento del certificado complementario de protección de los medicamentos provocó la modificación del art. 63 CPE permitiendo la acomodación de esta extensión al plazo de 20 años previsto genéricamente. Cfr. para España, el Acta del 17 de diciembre de 1991, ratificada por Instrumento del 21 de marzo de 1997, de revisión del art. 63 del Convenio de la Patente Europea (BOE 134, del 5 de junio de 1997).

<sup>229</sup> Cfr. un resumen en GÓMEZ SEGADE. "El renacer de la patente europea", *cit.*, espec. pp. 1161 y 1162.

<sup>230</sup> V. COM(97) 314 final y, en crítica a su texto por su falta de vigor, GÓMEZ SEGADE. "El renacer de la patente europea", *cit.*, espec. p. 1164.

<sup>231</sup> Cfr. examinando los problemas, GÓMEZ SEGADE. "El renacer de la patente europea", *cit.*, espec. pp. 1168 a 1171.

como, a la vez, una mayor seguridad jurídica al existir un marco normativo único<sup>232</sup>. En el *Libro verde* también se apunta la conveniencia de establecer vínculos entre la patente comunitaria y la patente europea que permitan transformaciones de aquéllas en patentes europeas<sup>233</sup>. Por otra parte, el 5 de febrero de 1999 la Comisión adoptó una Comunicación destinada al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre Fomento de la innovación mediante la patente. El seguimiento que debe darse al *Libro verde* sobre la patente comunitaria y el sistema de patentes en Europa<sup>234</sup>. Esta Comunicación, además de subrayar la función esencial que desempeñan las patentes como instrumento al servicio de la promoción de la inversión en el campo de la investigación y la tecnología, propone la conveniencia de establecer un sistema de patente unitario para el conjunto de la Comunidad<sup>235</sup>, y anuncia nuevas iniciativas legislativas en materia de patentabilidad de los programas de ordenador, la función de los agentes de patentes así como sobre el reconocimiento de su calificación profesional.

Recientemente la Comunidad se ha dotado de la Directiva (CE) 98/44<sup>236</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas<sup>237</sup> que, tras un complejo trámite<sup>238</sup> y al objeto de evitar que la Comunidad quedase alejada de la investigación punta

<sup>232</sup> El *Libro verde* desecha la posibilidad de crear un Tribunal de Apelación Común y se decide por atribuir la competencia sobre demandas por nulidad de la patente comunitaria a una división especial creada en el seno de la Oficina Europea de Patentes, estableciendo que sus decisiones sean recurribles ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. También sugiere la posibilidad de que el tribunal nacional que entienda de una acción por violación mantenga la facultad de pronunciarse sobre una demanda de nulidad, de tal modo que la decisión sobre esta demanda sólo afecte a la patente comunitaria en el Estado en el que esté situado el tribunal con la excepción de que la acción por violación se interpusiere ante el tribunal del lugar donde esté domiciliado el presunto infractor y que se refiriese a actos de violación cometidos en otro Estado. V. en comentario y con información más detallada, GÓMEZ SEGADE. "El renacer de la patente europea", *cit.*, espec. pp. 1162 a 1171.

<sup>233</sup> Cfr. en nuestra doctrina insistiendo en la *comunitarización* de la patente comunitaria, GÓMEZ SEGADE. "El renacer de la patente europea", *cit.*, espec. pp. 1168 y 1169.

<sup>234</sup> COM(1999) 42 final.

<sup>235</sup> Cfr. proponiendo la futura eliminación de las patentes nacionales en el ámbito comunitario, GÓMEZ SEGADE. "El renacer de la patente europea", *cit.*, espec. p. 1170.

<sup>236</sup> DOCE L 213, del 30 de julio de 1998.

<sup>237</sup> La fecha máxima fijada por la Directiva para su incorporación en el ordenamiento de los Estados miembros se ha establecido en el 30 de julio de 2000.

<sup>238</sup> Ha de recordarse el fracaso de un primer proyecto de Directiva que fue rechazado por el Parlamento europeo en 1995. Cfr. sobre la evolución en sus diversos estadios, M. AREÁN LALÍN. "La Comisión y el Comité Económico y Social de la Unión Europea impulsan una nueva propuesta de Directiva sobre invenciones biotecnológicas", en *ADI*, n° 17, 1996, pp. 1097 y ss. del mismo, "La nueva propuesta de directiva europea sobre invenciones biotecnológicas", en *Estudios de derecho mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, II, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998, pp. 935 y ss.; A. BERCOVITZ. "Problemática de la protección de las invenciones biotecnológicas desde una perspectiva europea", en *RIE*, 1990, pp. 35 y ss.; A. CASADO CERVIÑO. "La protección de la materia viva y su patentabilidad en el derecho español y en el derecho europeo", en *DN*, n° 38, 1993, pp. 1 y ss.; J. GÓMEZ MONTERO. "Algunas consideraciones sobre la Propuesta de Directiva relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas", en *ADI*, n° 15, 1993, pp. 133 y ss.; IGLESIAS PRADA. *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos en el proyecto genoma humano*, Madrid, Civitas, 1995, espec. pp. 49 a 56; J. SÁNCHEZ MOLERO y P. SOLER MATUTE. "La patente de genes humanos: examen especial de la propuesta de Directiva Comunitaria relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas", en *La Ley*, 1998-6, D-334; y, especialmente, ya en comentario final de la norma comunitaria, GÓMEZ SEGADE. "La Directiva", *cit.*, espec. pp. 1129 y ss.

en biotecnología<sup>239</sup>, pretende aclarar la distinción entre lo que es patentable y lo que no lo es en el ámbito de la materia biológica y que, muy resumidamente<sup>240</sup>, sostiene la patentabilidad de esa materia biológica (es decir: la que contenga información genética autorreproducible o reproducible en un sistema biológico), siempre que cumpla los requisitos básicos de constituir una invención nueva que implique actividad inventiva y pueda tener una aplicación industrial, a la vez que niega la posibilidad de patentar tanto las variedades vegetales, las razas de animales o los procedimientos esencialmente biológicos (p. ej.: mediante cruce, selección, etc.) de obtención de vegetales o de animales, como el cuerpo humano, y el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia total o parcial de un gen<sup>241</sup>. Por último, debe recordarse que la directiva reconoce el denominado *privilegio de agricultores y ganaderos*<sup>242</sup>, así como el régimen de licencias obligatorias cruzadas entre obtenciones vegetales y patentes.

En materia de modelos de utilidad contamos con una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de los regímenes jurídicos de protección de las invenciones mediante el modelo de utilidad<sup>243</sup>.

<sup>239</sup> Cfr. indicándolo, GÓMEZ SEGADE. "La propuesta de directiva comunitaria sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas", en *ADI*, n° 12, 1987/88, pp. 657 y ss., espec. p. 659.

<sup>240</sup> Cfr. con más detalle, GÓMEZ SEGADE. "La Directiva", *cit.*, espec. pp. 1132 a 1140.

<sup>241</sup> Cfr. ya con este juicio, GÓMEZ SEGADE. "Patentes y bioética en la encrucijada del onco-ratón al genoma humano", en *ADI*, n° 14, 1991/1992, pp. 835 y ss., espec. 840. La Directiva sostiene, concretamente, que no son patentables (a) los procedimientos de clonación de seres humanos, (b) los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano, (c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales, así como (d) los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que supongan para éstos sufrimientos sin utilidad médica sustancial y los animales resultantes de tales procedimientos.

<sup>242</sup> Como ocurre con el Reglamento (CE) 2100/94, del 27 de julio de 1994, sobre obtenciones vegetales comunitarias que se examinará más adelante (cfr. al respecto de esta innovación, GÓMEZ SEGADE. "La Directiva", *cit.*, espec. p. 1138).

<sup>243</sup> La Comisión presentó la propuesta al Parlamento el 12 de diciembre de 1997. Cfr. la Propuesta de la Comisión COM(97) 691 final COD97/0356 (DOCE C 36, del 3 de febrero de 1998) y el Dictamen del Comité Económico y Social (DOCE C 235, del 27 de julio de 1998). Cfr. en particular en nuestra doctrina, el comentario de GÓMEZ SEGADE. "Hacia un modelo de utilidad europeo", en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al*

*profesor Manuel Broseta Pont*, II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 1663 y ss. (también en *ADI*, n° 15, 1993, pp. 15 y ss.); I. GONZÁLEZ LÓPEZ. "Simposio sobre un modelo de utilidad comunitario", en *ADI*, n° 15, 1993, pp. 851 y ss., y, más reciente, del mismo, "Propuesta de Directiva sobre la protección de invenciones mediante el modelo de utilidad", en *ADI*, n° 19, 1998, pp. 1149 y ss.

<sup>244</sup> Cfr. para su examen, GÓMEZ SEGADE. "Hacia un modelo", *cit.*, espec. pp. 17-25; y, para el texto del proyecto del Max-Planck-Institut presentado en Ringberg, en *ADI*, n° 15, 1993, pp. 736 y ss. La actual regulación española de este importante derecho de propiedad industrial (cfr. con este juicio, entre otros, GÓMEZ SEGADE. "Reforma del derecho de patentes español", en *RDM*, n° 111, 1969, pp. 47 y ss., espec. 56) está contenida en los artículos 143 a 154 de la LP pese a la opinión de algún autor de que esta sede no es la más idónea (V. GÓMEZ SEGADE. "Características generales", *cit.*, espec. p. 48; del mismo, "Problemas y perspectivas del futuro derecho español de patentes", en *ADI*, n° 9, 1983, pp. 79 y ss., espec. 96). V. sobre el mismo en nuestro ordenamiento, M. VAREA SANZ. *El Modelo de Utilidad: Régimen Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

<sup>245</sup> El proyecto propone que una misma invención pueda ser objeto, simultánea o sucesivamente, de una solicitud de patente de invención y de una solicitud de modelo de utilidad. En cambio, y como es lógico, cuando sus derechos resulten lesionados, el titular no podrá iniciar procedimientos sucesivos en virtud de los dos regímenes de protección.

Este proyecto se caracteriza por armonizar las disposiciones de los diversos Estados miembros<sup>244</sup> y, en especial el alcance<sup>245</sup> y la duración de la protección<sup>246</sup>, al objeto de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior<sup>247</sup> respecto de estas pequeñas invenciones. Entre sus rasgos más significativos destaca que el proyecto sólo protegerá las nuevas invenciones de productos y procedimientos que supongan una actividad inventiva y puedan tener aplicación industrial, considerando que una invención es nueva cuando no esté comprendida en el estado de la técnica<sup>248</sup>. La propuesta también reconoce derecho de prioridad por un periodo de doce meses, a partir de la primera solicitud, a quien hubiera presentado regularmente una solicitud de modelo o patente en, o para, alguno de los Estados miembros que sean parte del CUP<sup>249</sup> o, en fin, a su causahabiente.

La Comisión elaboró un *Libro verde*, de 19 de julio de 1995, sobre la protección de los modelos de utilidad en el mercado interior<sup>250</sup>, donde definió los modelos de utilidad como derechos registrados que confieren una protección exclusiva a ciertas innovaciones técnicas que suponen invención técnica novedosa y poseen cierto grado de invención<sup>251</sup>. El *Libro verde* indica que los motivos que aconsejan una acción comunitaria armonizadora en este ámbito son (a) las sustanciales diferencias entre los sistemas de protección existentes en los Estados miembros; (b) su importancia económica; y (c) el hecho de que su adecuada protección es un elemento importante para la ayuda a la pequeña y mediana empresa en el campo de las innovaciones. La Comisión subrayó la necesidad de proteger la invención técnica, la conveniencia de que se establezca un registro y que éste se lleve a cabo sin verificar la novedad o la actividad inventiva, lo adecuado de exigir un grado de invención menor que en el caso de las patentes, la procedencia de evaluar la evolución de la técnica no sólo en atención al territorio de un solo Estado miembro y, en fin, la necesidad de que el procedimiento de concesión debe modelarse con arreglo al establecido para el derecho de patentes.

<sup>246</sup> La propuesta propone que el modelo de utilidad tenga una duración de seis años a partir de la fecha de presentación de la solicitud, pudiendo el titular solicitar la prórroga durante los siguientes dos años y siendo posible una segunda y última solicitud de prórroga de la duración del modelo de utilidad, por un periodo de dos años como máximo. De esta manera, y sumando todo el periodo posible, la protección no podrá exceder de diez años.

<sup>247</sup> Cfr. indicando las distorsiones de la competencia que supone la existencia de diversas normativas reguladoras, GÓMEZ SEGADÉ. "Hacia un modelo", *cit.*, espec. pp. 27 y 28; y también decidido defensor de su relevancia, MASSAGUER. "La propiedad industrial", *cit.*, espec. p. 119.

<sup>248</sup> La propuesta excluye expresamente de protección a los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos; las creaciones estéticas; los planes, principios y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económicas; las formas de presentar informaciones; y los métodos de tratamiento

quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal, así como los métodos de diagnóstico. Tampoco se concederá protección para las invenciones cuya explotación sea contraria al orden público o a las buenas costumbres; las invenciones referentes a la materia biológica; las invenciones relativas a sustancias o procedimientos químicos o farmacéuticos; o las invenciones consistentes en programas de ordenador.

<sup>249</sup> También se reconoce derecho de prioridad por 12 meses a quien hubiera solicitado regularmente una patente respecto de las solicitudes de modelos de utilidad que tengan por objeto la misma invención.

<sup>250</sup> COM(95) 370 final. *Libro verde* que se inspiró en los trabajos del Instituto Max-Planck de Munich antes citados. Cfr. indicándolo y con examen de su contenido, GÓMEZ SEGADÉ. Hacia un modelo", *cit.*, espec. pp. 28 a 32.

<sup>251</sup> Cfr. en comentario, I. GONZÁLEZ LÓPEZ. "El Libro Verde de la Comisión de las UE sobre la protección del modelo de utilidad en el mercado interior", en *ADI*, nº 16, 1994/1995, pp. 959 y ss.

En materia de obtenciones vegetales<sup>252</sup> la Comunidad se ha dotado del Reglamento (CE) 2100/94<sup>253</sup> del Consejo, del 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales<sup>254</sup> al amparo del artículo 235 TCE. Este Reglamento, basado en el sistema creado por la UPOV, tiene por objeto promover el desarrollo de variedades vegetales nuevas y de mejor calidad, la incorporación de nuevas técnicas de mejora vegetal y el aumento de la producción agraria. Para ello establece los requisitos de las variedades vegetales –distintas, homogéneas, estables, nuevas–, el procedimiento de concesión del título ante la Oficina comunitaria de variedades vegetales de la Unión Europea<sup>255</sup>, así como, entre otros extremos de interés, el plazo de protección<sup>256</sup>, la prohibición de simultaneidad con el sistema protector nacional (prohibición de doble titularidad) o el sistema de patentes<sup>257</sup>; y, por acabar, el *privilegio del agricultor* consistente en la excepción por la que agricultores y ganaderos pueden, con fines de propagación en el campo, emplear el producto de la cosecha obtenida en sus propias explotaciones con material de propagación de una variedad vegetal protegida.

La aproximación de las normativas protectoras de las topografías de productos semiconductores se ha llevado a cabo mediante la Directiva (CEE) 87/54<sup>258</sup>

<sup>252</sup> La actual normativa nacional viene recogida en la Ley 3/2000, del 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales (BOE 8, del 10 de enero de 2000) [LPOV] que sustituye a la Ley 12/1975, del 12 de marzo, de protección de las obtenciones vegetales (BOE 63, del 14 de marzo de 1975) que, en su momento, constituyó un “débil rayo de luz de modernización de nuestro Derecho de patentes” (cfr. para la cita, J. A. GÓMEZ SEGADÉ. “España ante la unificación”, espec. p. 62). Cfr. en comentario a la normativa anterior, I. QUINTANA CARLO. “La protección de las obtenciones vegetales y la Ley española de 12 de marzo de 1975”, en *ADI*, nº 2, 1975, pp. 189 y ss., espec. 222-263.

<sup>253</sup> DOCE L 227, del 1º de septiembre de 1994. Cfr. también el Reglamento (CE) 1238/95 de la Comisión, del 31 de mayo de 1995, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 2100/94 del Consejo, en lo que respecta a las tasas que deben pagarse a la Oficina comunitaria de variedades vegetales (DOCE L 121, del 1º de junio de 1995); el Reglamento (CE) 1768/95 de la Comisión de 24 de julio de 1995, por el que se adoptan normas de desarrollo de la exención agrícola contemplada en el apartado 3 del artículo 14 del Reglamento (CE) 2100/94 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales (DOCE L 173, del 25 de julio de 1995) (modificado por el Reglamento [CE] 2-506/95 del Consejo, del 25 de octubre de 1995, que modifica el Reglamento [CE] 2100/94 relativo a la protección comunitaria de

las obtenciones vegetales [DOCE L 258, de 28 de octubre de 1995]); y el Reglamento (CE) 1239/95 de la Comisión, del 31 de mayo de 1995, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 2100/94 del Consejo, en lo relativo al procedimiento ante la Oficina comunitaria de variedades vegetales (DOCE L 121, del 1º de junio de 1995).

<sup>254</sup> Cfr. en doctrina, I. QUINTANA CARLO. “El Reglamento CE 2100/1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales”, en *ADI*, nº 16, 1994/1995, pp. 81 y ss.; BOTANA AGRA. “Las licencias exclusivas sobre obtenciones vegetales no son necesariamente inconciliables con el artículo 85-1 del Tratado de la CEE”, en *ADI*, nº 8, 1982, pp. 427 y ss.; así como MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial*, espec. pp. 116 a 120.

<sup>255</sup> Este organismo también está legitimado para resolver sobre las nulidad o anulabilidad de las obtenciones vegetales comunitarias.

<sup>256</sup> La protección alcanza hasta el final del vigesimoquinto año natural o, caso de variedades de la vid y especies arbóreas, hasta el final del trigésimo año después de la concesión de la protección. Cfr. con igual campo temporal, el art. 18.1 LPOV y, para la relación con la UPOV y la antigua LOV española, CARLO QUINTANA. “El Reglamento CE”, *cit.*, espec. pp. 99 y 100.

<sup>257</sup> Cfr. para la coordinación entre la normativa comunitaria y nuestra vigente LPOV, la disposición adicional 5ª LPOV.

<sup>258</sup> DOCE L 24, del 27 de enero de 1987.

del Consejo, del 16 de diciembre de 1986, referente a la protección jurídica de las topografías de productos semiconductores<sup>259</sup> que, a modo de forma nueva y *sui generis* de creación intelectual<sup>260</sup>, obliga a los Estados miembros a dotarse de normas que garanticen la protección jurídica de las topografías, siempre que sean resultado del esfuerzo intelectual de su creador y no sean corrientes en la industria de semiconductores<sup>261</sup>. La protección se concede a las personas físicas creadoras de las topografías pertenecientes a la jurisdicción de un Estado miembro o residentes habituales en él, aunque la directiva permite que los Estados

<sup>259</sup> Al amparo de esta normativa se han dictado diversas Decisiones que amplían, provisional o permanentemente, la protección jurídica de las topografías de productos semiconductores a las personas de ciertos Estados o firmantes de ciertas convenciones (p. ej. OMC). Cfr. la Decisión (CEE) 90/510 del Consejo, del 9 de octubre de 1990, por la que se extiende la protección jurídica de las topografías de productos semiconductores a las personas de determinados países y territorios (DOCE L 285, del 17 de octubre de 1990); la Decisión (CEE) 93/16 del Consejo, del 21 de diciembre de 1992, sobre la ampliación de la protección jurídica de las topografías de productos semiconductores a personas de Estados Unidos de América y de determinados territorios (DOCE L 11, del 19 de enero de 1993); la Decisión (CEE) 93/17 del Consejo, del 21 de diciembre de 1992, por la que se modifica la Decisión 90/510/CEE, relativa a la ampliación de la protección jurídica de las topografías de productos semiconductores a personas de determinados países y territorios (DOCE L 11, del 19 de enero de 1993); la Decisión (CEE) 93/520 del Consejo, del 27 de septiembre de 1993, por la que se modifica la Decisión 93/16/CEE, relativa a la ampliación de la protección jurídica de las topografías de productos semiconductores a personas de Estados Unidos de América y de determinados territorios (DOCE L 246, del 2 de octubre de 1993); la Decisión (CE) 94/4 del Consejo, del 20 de diciembre de 1993, sobre la ampliación de la protección jurídica de las topografías de productos semiconductores a personas de Estados Unidos de América (DOCE L 6, del 8 de enero de 1994); la Decisión (CE) 94/373 del Consejo, del 27 de junio de 1994, sobre la ampliación de la protección jurídica de las topografías de productos semiconductores a personas de los Estados Unidos de América (DOCE L 170, del 5 de julio de 1994); la Decisión (CE) 94/700 del Consejo, del 24 de octubre de 1994, sobre la ampliación de la protección jurídica de las topografías de productos semiconductores a personas de Canadá (DOCE L 284, del 1º de noviembre de 1994); la Decisión (CE)

94/828 del Consejo, del 19 de diciembre de 1994, sobre la ampliación de la protección jurídica de las topografías de productos semiconductores a personas de determinados territorios (DOCE L 351, del 31 de diciembre de 1994); la Decisión (CE) 94/824 del Consejo, del 22 de diciembre de 1994, sobre la ampliación de la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores a los nacionales de los miembros de la Organización Mundial del Comercio (DOCE L 349, del 31 de diciembre de 1994); la Decisión (CE) 95/237 del Consejo, del 29 de junio de 1995, sobre la ampliación de la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores a los nacionales de los Estados Unidos de América (DOCE L 158, del 8 de julio de 1995); y la Decisión (CE) 96/644 del Consejo, del 11 de noviembre de 1996, por la que se amplía la protección jurídica de las topografías de productos semiconductores a las personas de la Isla de Man (DOCE L 293, del 16 de noviembre de 1996).

<sup>260</sup> Cfr. con esta calificación, GÓMEZ SEGADÉ. "La directriz comunitaria sobre la protección de las topografías de los productos semiconductores", en *ADI*, nº 11, 1985/86, pp. 597 y ss., espec. 599; así como también MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial*, cit., espec. p. 137.

<sup>261</sup> Cfr. su incorporación en España en la Ley 11/1988, del 3 de mayo, de protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores (BOE 108, del 5 de mayo de 1988), así como mediante el Reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 1465/1988, del 2 de diciembre de 1988, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 11/1988, del 3 de mayo, para la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores (BOE 294, del 8 de diciembre de 1988); y el Real Decreto 149/1996, del 2 de febrero, por el que se amplía la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores a los nacionales de los miembros de la Organización Mundial del Comercio (BOE 59, del 8 de marzo de 1996).

miembros puedan especificar a quiénes se concede el derecho en los casos de topografías elaboradas dentro del marco del empleo laboral del creador, o en virtud de un contrato distinto del laboral<sup>262</sup>. Los Estados miembros deberán reconocer al titular el derecho a autorizar o a prohibir la reproducción de una topografía protegida, así como el derecho a la explotación comercial o a la importación con fines comerciales de una topografía o de un producto semiconductor fabricado mediante la utilización de la topografía. Este nuevo derecho exclusivo se extinguirá a los diez años a partir del año natural en que se inició la explotación comercial de la topografía en cualquier lugar del mundo. En caso de que se requiera la realización del registro, el plazo de diez años se calculará a partir de la primera de las siguientes fechas: al final del año natural en que se solicitó el registro o, bien, al final del año natural en que tuvo lugar por primera vez la explotación comercial de la topografía en cualquier lugar del mundo<sup>263</sup>.

En materia de protección jurídica de los diseños o modelos comunitarios<sup>264</sup>, el enfoque es similar al adoptado para las marcas comunitarias, ya que existen dos vehículos normativos supranacionales: una directiva y una propuesta de reglamento. La aproximación de las legislaciones de los Estados miembros realizada mediante la Directiva (CE) 98/71<sup>265</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos<sup>266</sup>, tiene como principal rasgo identificador<sup>267</sup> el que su ámbito se limita a los dibujos

<sup>262</sup> Bajo determinadas condiciones también se deberá conceder protección a las personas físicas, sociedades u otras personas jurídicas que, en un Estado miembro, procedan a una primera explotación comercial de una topografía que no haya sido anteriormente objeto de explotación comercial en ningún otro lugar del mundo y que hayan recibido de la persona habilitada para disponer de la topografía la autorización exclusiva de proceder a su explotación comercial en toda la Comunidad.

<sup>263</sup> Cfr. en doctrina, MASSAGUER. "La protección jurídica de la topografía de los productos semiconductores. Examen de la Ley 11/1988, del 3 de mayo y derecho comparado", en *Derecho y tecnología. Curso sobre innovación y transferencia*, J. BISBAL y C. VILADÁS (coords.), Barcelona, Tecnos, 1990, pp. 83 y ss.; J. MASSAGUER y J. M. PÉREZ FRÍAS. "La protección de los productos semiconductores (*chips*): un nuevo derecho para una nueva tecnología", en *La Ley*, 1987-4, pp. 969 y ss.; GÓMEZ SEGADE. "La protección de las microplaquetas (*chips*) semiconductoras", en *ADI*, nº 10, 1984/1985, pp. 575 y ss.; del mismo, "La directriz comunitaria", pp. 597 y ss.; y J. D. VILA ROBERT. "La protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores: un nuevo sistema de protección para una nueva tecnología", en *Not. CEE*, nº 74, 1991, pp. 59 y ss.

<sup>264</sup> No ya industriales, al poder registrarse

como tales las obras de artesanía. Cfr. al respecto, J. M. OTERO LASTRES. "En torno a la Directiva 98/71/CE sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos", en *ADI*, nº 19, 1998, pp. 21 y ss., espec. 25 y 29.

<sup>265</sup> DOCE L 289, del 28 de octubre de 1998.

<sup>266</sup> Su fecha de entrada en vigor fue el 17 de noviembre de 1998, pero se concede hasta el 28 de octubre de 2001 para su transposición de la legislación en los Estados miembros. Hasta la fecha la regulación española se encuentra en los artículos 182 y ss. del Estatuto sobre Propiedad Industrial (Real Decreto Ley de 26 de julio de 1929 [Gaceta n. 127, del 7 de mayo de 1930]). V. A. CASADO CERVIÑO y J. COS CODINA. "Los trabajos comunitarios sobre el diseño industrial: la Directiva comunitaria", en *GJ UE*, nº 202, 2000, pp. 31 y ss.; E. MARTÍNEZ GARCÍA. "Vaivenes ante al configuración del sistema jurisdiccional europeo para la protección del diseño industrial", en *La Ley*, 5225, del 29 de diciembre de 2000, pp. 1 y ss.; OTERO LASTRES. *El modelo industrial*, Madrid, Montecorvo, 1977; del mismo, "Los requisitos de protección del modelo industrial", en *ADI*, nº 7, 1981, pp. 115 y ss.; del mismo, "La definición de diseño industrial y los requisitos de protección en la propuesta modificada de Directiva", en *ADI*, nº 17, 1996, pp. 35 y ss.; del mismo, "En torno a la Directiva 98/71/CE", espec. pp. 21 y ss.

<sup>267</sup> Más allá de las deficiencias estructural-

y modelos registrados<sup>268</sup> en las oficinas centrales de la propiedad industrial de los Estados miembros, en la Oficina de Diseños del Benelux y a lo que resulte de los convenios internacionales que tengan efectos en un Estado miembro<sup>269</sup>. En todo caso, la directiva exige que para poder beneficiarse de la protección por uno o varios periodos de cinco años (hasta un máximo de veinticinco años<sup>270</sup>), el dibujo o modelo debe ser nuevo y poseer carácter singular<sup>271</sup>. La protección consiste, al igual que en otros derechos de propiedad industrial, en el derecho concedido a su titular de prohibir su utilización a terceros y el derecho de utilización exclusiva (esto es: fabricar, ofertar, comercializar, importar, exportar y usar un “producto en el que se encuentra incorporado el dibujo o modelo así como el que se aplique éste”, o almacenarlo a este objeto).

Finalmente también debe remarcar que esa directiva *congela* las normativas estatales en materia de piezas de reparación<sup>272</sup>, ya que en sus artículos 14 y 18 obliga a los Estados miembros a conservar sus disposiciones internas, salvo que deseen “liberalizar el mercado de estos componentes”<sup>273</sup>. La propuesta de armonización que se encuentra en el proyecto se identifica con el proyecto de Regla-

les puestas de manifiesto por OTERO LASTRES. “En torno a la Directiva 98/71/CE”, *cit.*, espec. pp. 23 y 24.

<sup>268</sup> En el texto definitivo se ha mantenido la dualidad de nombres frente a la fundamentada opinión de la conveniencia de denominación única (diseño). Cfr. ya con la advertencia de que hubiera sido mejor ofrecer una definición única, OTERO LASTRES. “La definición de diseño industrial”, en *ADI*, nº 17, 1996, pp. 35 y ss., espec. 36.

<sup>269</sup> Cuando en un Estado miembro la legislación nacional garantice la protección de los dibujos o modelos mediante disposiciones relativas a derechos sobre dibujos y modelos no registrados, derechos de autor, marcas, patentes y modelos de utilidad, o cualquier otra disposición, la aplicación de las disposiciones de la Directiva no se suprimirán, sino que se sumará a la legislación específica relativa a la protección de los dibujos y modelos. Por otra parte parece razonable que esta acumulación sea relativa más que absoluta (cfr. así OTERO LASTRES. “En torno a la Directiva 98/71/CE”, *cit.*, espec. p. 48).

<sup>270</sup> Que, como es fácil observar, desborda el periodo de protección establecido para las patentes, pero es inferior al que concede el Derecho de autor. Cfr. con juicio positivo, OTERO LASTRES. “En torno a la Directiva 98/71/CE”, *cit.*, espec. p. 46.

<sup>271</sup> Cfr. sobre la *suavización* del concepto divulgación y su conveniente fundamentación en los postulados del derecho de autor más que en los del derecho de patentes, las interesantes observaciones de OTERO LASTRES. “En torno a la Directiva 98/71/CE”, *cit.*, espec. pp. 31 a 33 y 36.

<sup>272</sup> Cfr. al respecto, L. GIMENO OLCINA. “La protección jurídica de la pieza de recambio de los automóviles”, en *La Ley*, 1997-3, pp. 1659 y ss.; y C. LENCE REJA. “La Propuesta de Directiva Comunitaria sobre protección del diseño: el freno de la cláusula de reparación”, en *ADI*, nº 18, 1997, pp. 1013 y ss.

<sup>273</sup> Recuérdese que en España su régimen está contenido en el artículo 184 EPI y que éste impide proteger como modelo a los componentes de reparación necesarios para restituir los vehículos a su apariencia inicial.

<sup>274</sup> La Comisión presentó su propuesta el 3 de diciembre de 1993. El Parlamento aprobó la propuesta de la Comisión con algunas enmiendas el 12 de octubre de 1995. La Comisión aceptó algunas de dichas enmiendas y el 14 de marzo de 1996 presentó una propuesta modificada. El Consejo está estudiando la propuesta con miras a la aprobación de una posición común. Cfr. Propuesta de la Comisión COM(93) 342 final - COD0463 (DOCE C 29, del 31 de enero de 1994); Propuesta modificada COM(96) 66 final - COD0463 (DOCE C 142, del 14 de mayo de 1996); Dictamen del Parlamento Europeo (primera lectura: DOCE C 287, del 30 de octubre de 1995); Dictamen del Comité Económico y Social (DOCE C 388, del 31 de diciembre de 1994 y suplemento de dictamen en DOCE C 110, del 21 de abril de 1995).

<sup>275</sup> Cfr. en comentario a ambos instrumentos comunitarios, además de las citas anteriores, BOTANA AGRA. “Hacia la armonización comunitaria del régimen de protección de los dibujos y modelos industriales”, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, 1, Valencia,



mento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los diseños o modelos comunitarios<sup>274</sup>, caracterizado por introducir en el espacio europeo un sistema común de protección de los diseños y modelos por medio de dos vías. La primera puede llevarse a cabo sin ningún trámite, es decir, como “diseño o modelo comunitario no registrado”, y la segunda se puede canalizar como “diseño o modelo comunitario registrado” al inscribirse en la Oficina Comunitaria de Diseños y Modelos. Esta distinción de la propuesta también afecta a la duración y al alcance de la protección: cuando el diseño o modelo está registrado, la protección tiene una duración mínima de cinco años y máxima de veinticinco, confiriéndose a su titular el *ius prohibendi* y el derecho a su utilización exclusiva; por el contrario, cuando no está registrado la protección contra la reproducción dura sólo tres años y se prohíbe únicamente su utilización por terceros<sup>275</sup>.

Para la armonización de la protección jurídica de las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen de determinados productos agrarios el marco comunitario<sup>276</sup> cuenta con el Reglamento (CEE) 2081/92<sup>277</sup> del Consejo, del 14 de julio de 1992, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios<sup>278</sup>. Este reglamento establece la existencia de dos clases de signos relativos al nombre de una región, de un lugar determinado o de un país<sup>279</sup>: la indicación geográfica protegida (IGP), utilizada para designar productos originarios de cierta área geográfica, cuyas calidad o reputación pueden ser atribuidas a dicho origen

Tirant lo Blanch, 1995, pp. 493 y ss.; F. CERDA ALBERO. “Diseño industrial: protección jurídica en España y perspectivas en la Comunidad Europea”, en *RGD*, nº 595, 1994, pp. 3669 y ss.; y J. GÓMEZ MONTERO. “El Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la protección jurídica del diseño industrial”, en *ADI*, nº 14, 1991/92, pp. 819 y ss.

<sup>276</sup> Existen múltiples tratados bilaterales en esta materia (cfr. p. ej. el Convenio sobre protección de denominaciones de origen, indicaciones de procedencia y denominaciones de ciertos productos del 27 de junio de 1973 celebrado con Francia). Cfr. con relación de estos convenios, M. M. MAROÑO GARGALLO. “La protección bilateral de las denominaciones geográficas entre España y Hungría”, en *ADI*, nº 14, 1991-1992, pp. 771 y ss.; y sobre los caracteres generales de estos convenios, C. FERNÁNDEZ-NOVOA. *La protección internacional de las denominaciones geográficas de los productos*, Madrid, Tecnos, espec. pp. 173 y ss.

<sup>277</sup> DOCE L 208, del 24 de julio de 1992 y Dictámenes rectificativos en DOCE L 27, del 30 de enero de 1997 y DOCE L 53 del 24 de febrero de 1998.

<sup>278</sup> Modificada por el Reglamento (CE) 535/97 del Consejo, del 17 de marzo de 1997 (DOCE L 83, del 25 de marzo de 1997); y el Reglamento (CE) 1068/97 de la Comisión, del 12 de junio de 1997 (DOCE L n. 156, del 13 de junio de 1997).

<sup>279</sup> Cfr. en comentario a esta norma comunitaria, M. AREAN. “Definición y protección jurídica de las indicaciones geográficas”, en *ADI*, nº 14, 1991/1992, pp. 67 y ss.; P. JIMÉNEZ BLANCO. “La protección de las denominaciones geográficas en el ámbito comunitario”, en *La Ley*, 1997, D-259; LOBATO GARCÍA-MIJÁN. “La protección de las denominaciones de origen. Estudio del Reglamento CEE 2081/92”, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 1975 y ss.; MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial*, cit., espec. pp. 97 a 100; MAROÑO GARGALLO. “Las indicaciones de procedencia y el principio comunitario de libre circulación de mercancías (Comentario a la STICE del 10 de noviembre de 1992, asunto C-3/91, “Expotur S. A. c. LOR S.A. y Confiserie du Tech)”, en *ADI*, nº 19, 1998, pp. 206 y ss.; del mismo, “El Reglamento CEE 2081/1992 del Consejo, del 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios”, en *ADI*, nº 14, 1991/92, p. 793 y ss.; y R. PELLICER. “Primeros pasos de una política comunitaria de defensa de la calidad de los productos alimenticios. Los reglamentos sobre especificidad y sobre denominaciones de origen e indicaciones geográficas”, en B-83 *GJ CE*, 1993, pp. 5 y ss. y B-84, *GJ CE*, 1993, pp. 15 y ss.

geográfico, y la denominación de origen protegida (DOP), destinada a designar un producto originario de dicha área geográfica, cuya calidad o características son fundamental o exclusivamente atribuibles a un medio geográfico determinado con sus factores naturales y humanos y cuya producción, transformación y elaboración se efectúa (salvo ciertas excepciones marginales) en dicho ámbito geográfico. Su protección se consigue mediante un registro comunitario (Registro de denominaciones de origen protegidas y de indicaciones geográficas protegidas<sup>280</sup>) que se publica en el DOCE y desde cuya fecha se abre un plazo de seis meses para la oposición por los interesados. Finalmente también deben indicarse que, al objeto de cumplir las obligaciones derivadas del ADPIC, se ha extendido a las denominaciones protegidas por terceros Estados miembros de la OMC relativas a ciertos productos (bebidas espirituosas, vinos aromatizados, etc.) la defensa reconocida a las indicaciones geográficas comunitarias<sup>281</sup>.

En aplicación del Reglamento (CEE) 2081/92, se ha dictado el Reglamento (CEE) 2037/93<sup>282</sup> de la Comisión, del 27 de julio de 1993, que establece un sistema cuyo objetivo es informar al consumidor cuando el nombre de un producto agrícola o alimenticio se registra a escala comunitaria como denominación de origen o indicación geográfica protegida; el Reglamento (CE) 1107/96<sup>283</sup> de la Comisión, del 12 de junio de 1997, relativo al registro de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 17 del Reglamento (CEE) 2081/92, que establece una lista de denominaciones que deben registrarse en el ámbito comunitario y que estarán protegidas contra cualquier uso fraudulento; y el repetidas veces modificado Reglamento (CE) 2400/96<sup>284</sup> de la Comisión, del 17 de septiembre de 1996, relativo a la inscripción de determinadas denominaciones en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas establecido en el Reglamento (CEE) 2081/92. Por último también debe indicarse que, el 6 de marzo de 1996, la Comisión presentó una propuesta de Decisión del Consejo relativa a la elaboración de una lista indicativa, no exhaustiva, de los nombres de los productos agrícolas y alimenticios considerados genéricos contemplados en el apartado 3 del artículo 3º del Reglamento (CEE) 2081/92<sup>285</sup> y que, consecuentemente, no pueden registrarse.

<sup>280</sup> Cfr. sobre la tramitación en dicho registro y la coordinación con la competencia de las CC. AA., el Real Decreto 1634/1999, del 22 de octubre de 1999, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de solicitudes de inscripción en el Registro Comunitario de las Denominaciones de Origen y de las Indicaciones Geográficas Protegidas (BOE 265, del 5 de noviembre de 1999).<sup>281</sup> Cfr. Reglamento (CE) 3378/94 del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de diciembre 1994 que modifica el Reglamento (CEE) 1576/89 por el que se establecen las normas generales relativas a la definición, designación y presentación de las bebidas espirituosas, y el Reglamento (CEE) 1601/91 por el que se establecen las reglas generales relativas a la definición, designación y presentación de vinos aromatizados, de bebidas

aromatizadas a base de vino y de cócteles aromatizados de productos viti-vinícolas, como consecuencia de los resultados de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay (DOCE L 366, del 31 de diciembre de 1994).

<sup>282</sup> DOCE L 185, del 28 de julio de 1993. Este Reglamento ha sido modificado por el Reglamento (CE) 1428/97 (DOCE L 196, del 24 de julio de 1997) y el Reglamento (CE) 1726/98 (DOCE L 224, del 11 de agosto de 1998).

<sup>283</sup> DOCE L 148, del 21 de junio de 1996. Téngase presente que este Reglamento ha sido modificado en diversas ocasiones.

<sup>284</sup> DOCE L 327, del 18 de diciembre de 1996.

<sup>285</sup> COM (96) 38 final.

En materia de protección de los derechos de autor y derechos afines<sup>286</sup> la tarea de armonización ha sido también intensa tras una primera fase de relativa inactividad<sup>287</sup>. Junto a la clara mercantilización del derecho de autor y el correlativo debilitamiento del derecho moral<sup>288</sup>, debe destacarse que las normas comunitarias protectoras del derecho de autor y derechos afines se han encauzado a través de diversas directivas que abarcan la protección jurídica de los programas de ordenador, la regulación de los derechos de alquiler, préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, la coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, y la protección jurídica de las bases de datos<sup>289</sup>.

La protección jurídica de los programas de ordenador<sup>290</sup> se mantiene bajo el

<sup>286</sup> Cfr. en doctrina general sobre la propiedad intelectual en el ámbito comunitario, F. BONDIA ROMÁN. "La incorporación de las Directivas Comunitarias sobre derechos de autor al ordenamiento jurídico español", en *RGD*, n° 604/605, 1995, pp. 539 y ss.; A. DELGADO. "El derecho de autor y las modernas tecnologías (software, bases de datos, copia privada, satélite, cable). El punto de vista de la Ley española de 11.11.1987", en *IV Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales-CISAC*, pp. 131 y ss.; A. FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR. "El derecho de autor en la Unión Europea", en *AC*, 1995-4, pp. 959 y ss.; GÓMEZ LAPLAZA. "Los artículos 26 y 27 de la Ley de Propiedad Intelectual y la Directiva del 29 de octubre de 1993 relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. I, Madrid, Civitas, 1996, pp. 763 y ss.; M. I. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ DEL VALLE. "La propiedad intelectual y la CEE", en *Not. UE*, n° 112, 1994, pp. 93 y ss.; S. VON LEWINSKI. "Nota: Derecho de autor en la Comunidad Económica Europea: las últimas medidas de armonización", en *RGD*, n° 588/589, 1993, pp. 10437 y ss.; C. ROGER VIDE. "Los derechos de alquiler y préstamo de ejemplares de obras del espíritu de la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea del 19 de noviembre de 1992", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. I, Madrid, Civitas, 1996, pp. 1019 y ss.; G. SCHRICKER. "En torno a la armonización del derecho de autor en la Comunidad Económica Europea", en *RGD*, n° 558, 1991, p. 1419; E. SERRANO GÓMEZ. "La armonización de los derechos de autor. Propuesta de Directiva sobre la armonización de deter-

minados aspectos del derecho de autor y conexos con la sociedad de la información. Su posible repercusión en la legislación española sobre derechos de autor", en *La Ley*, 1998-1, D-78; y VIDAL PORTABALES. "La Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y afines en la sociedad de la información", en *ADI*, n° 18, 1997, p. 1007 y ss.

<sup>287</sup> Cfr. indicándolo y exponiendo las razones, MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial*, cit., espec. pp. 148 y 149.

<sup>288</sup> Cfr. con esta idea, GÓMEZ SEGADE. "El Libro Verde de la Comisión de la UE sobre los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información", en *ADI*, n° 16, 1994/1995, pp. 949 y ss., espec. 957; del mismo, "El acuerdo ADPIC como nuevo marco", espec. p. 38.

<sup>289</sup> La norma española de más relieve es el Real Decreto Legislativo 1/1996, del 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regulando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE 97, del 22 de abril de 1996), que incluye las diversas leyes especiales mediante las que se introdujeron en España las diversas normas armonizadoras de la CE y que, por último, ha sido modificada por igual razón, mediante la Ley 5/1998, del 6 de marzo, que incorpora al derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (BOE 57, del 7 de marzo de 1998). Cfr. en doctrina, J. PLAZA PENADES. *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

<sup>290</sup> Cfr. respecto de la protección del *software*, J. MASSAGUER. "La adaptación de la

sistema de derecho de autor como obra literaria, aunque sin negar la posibilidad de su tutela a través de otros mecanismos<sup>291</sup>. La Directiva (CEE) 91/250<sup>292</sup> del Consejo, del 14 de mayo de 1991, relativa a la protección jurídica de programas de ordenador es clara al respecto, al obligar a los Estados miembros a proteger los programas de ordenador mediante la técnica de derechos de autor, de la misma manera que las obras literarias y con arreglo a lo establecido en el Convenio de Berna sobre protección de obras literarias y artísticas<sup>293</sup>. La directiva indica expresamente que el programa de ordenador será objeto de protección si es original, y que las ideas y principios en los que se basa el programa, incluidos aquellos en que se basan sus *interfaces*, no quedan protegidos por derechos de autor. También se reconocen, por la peculiaridad del producto, ciertas excepciones y limitaciones al régimen general (p. ej.: en materia de copias de seguridad, de corrección de errores, la descompilación del programa en ciertas circunstancias para lograr la interoperabilidad con un programa creado de forma independiente, etc.<sup>294</sup>).

La Directiva (CEE) 92/100<sup>295</sup>, del Consejo, del 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de

Ley de Propiedad Intelectual a la Directiva CEE relativa a la protección jurídica de los programas de ordenador”, en *RDM*, nº 199/2001991, pp. 39 y ss.; del mismo, “La propuesta de directiva del Consejo sobre protección jurídica de programas informáticos”, en *ADI*, nº 13, 1989/90, pp. 681 y ss.; A. ARANA. “La protección jurídica de los programas de ordenador: el nuevo derecho europeo”, en *DN*, nº 14, 1991, pp. 22 y ss.; E. ARESTI. “La protección jurídica de los programas de ordenador en España, a través del derecho de autor, del Derecho de patentes y del derecho penal”, en *La Ley*, nº 2133, 1989, pp. 1 y ss.; R. AVILES I CARCELLER. “Notes sobre la directiva de protecció dels programes d’ordinador”, en *La Llei*, 1991-2, pp. 766 y ss.; F. BONDIA ROMÁN. “Los programas de ordenador en la Ley de Propiedad Intelectual y en la Directiva CEE del 14 de mayo de 1991”, en *DN*, nº 27, 1992, pp. 1 y ss.; del mismo, “Comentario a la Ley 16/1993, del 23 de diciembre, de incorporación al derecho español de la Directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador”, en *AIA*, nº 12, 1994, pp. 1 y ss.; BOTANA AGRA. “La Directiva 91/250/CEE sobre la protección jurídica de los programas de ordenador”, en *ADI*, nº 14, 1991/92, pp. 811 y ss.; E. FERNÁNDEZ MASÍA. *La protección de los programas de ordenador en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996; del mismo, *La protección internacional de los programas de ordenador*, Granada, Comares, 1996; E. GALÁN CORONA. “La protección jurídica del software”, en *Not. CEE*, nº 73, 1991, pp. 76 y ss.; M. LEHMAN. “La Directiva europea sobre protección de programas de orde-

nador”, en *RGD*, nº 570, 1992, espec. pp. 1625 y ss.; y T. VINJE. “El desarrollo de productos interoperables bajo la Directiva sobre software de la CE”, en *RGD*, nº 589/590, 1993, pp. 10133 y ss.

<sup>291</sup> Especialmente el derecho de patentes. Cfr. así, MASSAGUER: “La propiedad industrial”, espec. p. 99; del mismo, “La propuesta de directiva”, espec. p. 683; y recuérdese que la Directiva (CE) 98/71 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de octubre de 1998 impide que pueda incorporarse un dibujo o modelo a un programa de ordenador (cfr. indicando el acierto, OTERO LASTRES. “En torno a la Directiva 98/71/CE”, espec. p. 30).

<sup>292</sup> DOCE L 122, del 17 de mayo de 1991.

<sup>293</sup> Cfr. indicándolo expresamente, J. MASSAGUER. *Los derechos de propiedad industrial*, espec. p. 152. Y, por tanto, la protección del programa alcanza toda la vida del creador, y hasta setenta años después de su fallecimiento o del fallecimiento del último autor superviviente (art. 26 LPI).

<sup>294</sup> La (primera de una Directiva sobre propiedad intelectual) incorporación al ordenamiento español se llevó a cabo mediante la Ley 16/1993, del 23 de diciembre, de incorporación al derecho español de la Directiva 91/250/CEE, del 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (BOE 307, del 24 de diciembre de 1993).

<sup>295</sup> DOCE L 346, del 27 de noviembre de 1992. Cfr. sobre sus antecedentes, S. VON LEWINSKI. “Derechos de alquiler, derecho de préstamo y ciertos derechos vecinos. La Propuesta de la Comisión Europea para una Directiva del Consejo”, en *RGD*, nº 570, 1992,

autor en el ámbito de la propiedad intelectual<sup>296</sup> persigue armonizar el sistema jurídico de los derechos de alquiler y préstamo y de otros derechos afines<sup>297</sup> y, para ello, define ambos contratos estableciendo el régimen aplicable atribuyendo, en particular, los derechos de alquiler y de préstamo a los autores, incluidos los directores principales cinematográficos, artistas intérpretes o ejecutantes, y los productores de fonogramas y películas. La directiva también contiene normas sobre los derechos afines a los derechos de autor y reconoce, en favor de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores, un derecho de remuneración por la radiodifusión o comunicación al público de un fonograma publicado con fines comerciales.

La Directiva (CEE) 93/83<sup>298</sup> del Consejo, del 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable<sup>299</sup>. Entre sus novedades destaca la declaración de inaplicabilidad del principio de agotamiento comunitario debido al fraccionamiento territorial del derecho de representación o comunicación pública lo que, en definitiva, supone que el mismo puede volver a ser ejercitado cuando se represente la misma obra en otro Estado miembro<sup>300</sup>. La segunda gran novedad es el establecimiento de la legislación aplicable, que será la del Estado donde, bajo el control de la oportuna entidad radiodifusora, se introducen las señales en el programa así como diversas normas relativas al derecho del autor a autorizar

pp. 1881 y ss.; y, sobre su incorporación al ordenamiento español efectuada mediante la (hoy derogada) Ley 43/1994, del 30 de diciembre, de incorporación al derecho español de la Directiva 92/100/CEE, del 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler, préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (BOE 313, del 31 de diciembre de 1994), J. GARCÍA. "Comentario a los derechos de alquiler y préstamo de la Ley 43/94, del 30 de diciembre", en *AA*, n° 182, 1995, pp. 1 y ss.

<sup>296</sup> Modificada por la Directiva (CEE) 93/98 del Consejo, del 29 de octubre de 1993. Por otra parte debe tenerse presente que si se llega a aprobar la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, deberá suprimirse su artículo 7° en lo relativo al derecho exclusivo de los titulares a prohibir (o autorizar) la reproducción de sus obras, y sustituirse el artículo 10.3, referente a las limitaciones de los derechos exclusivos, por una nueva disposición que restrinja las posibilidades de limitar tales derechos.

<sup>297</sup> V. sobre la vacilante jurisprudencia comunitaria en materia de agotamiento del derecho de distribución en relación con la libre circulación de mercaderías amparada por el derecho de autor, R. VIDEL. "El

derecho de distribución de las obras del espíritu y su extinción en el derecho comunitario y en el español", en *RDP*, 1992, pp. 811 y ss.

<sup>298</sup> DOCE L 248, del 6 de octubre de 1993.

<sup>299</sup> Cfr. en comentario, L. BAZ Y BAZ. "Reflexiones en torno a la propuesta de Directiva del Consejo en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable", en B-72, *GJ CE*, 1992, pp. 5 y ss.; T. DREIER. "Radiodifusión y derechos de autor en el mercado único (Documento de trabajo de la Comisión CEE en materia de Derecho de autor, relativo a la radiodifusión de programas por cable y vía satélite)", en *RGD*, n° 562/563, pp. 654 y ss.; L. ORTEGA PUENTE. "La armonización comunitaria de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y la distribución por cable", en *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1993, pp. 99 y ss.; y, sobre la necesaria adaptación de la LPI, BONDÍA ROMÁN. "La incorporación de las Directivas", pp. 539 y ss.; y, por último, A. FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR. "Últimos desarrollos comunitarios en materia de propiedad intelectual", en *ADI*, n° 15, 1993, pp. 767 y ss.

<sup>300</sup> Cfr. ya así, la STJCE asunto 262/81, "Coditel" (*Rec.* 1982, p. 3381); y asunto 62/79 (*Rec.* 1980, p. 881); STJCE asunto 6/72, "Continental Can" (*Rec.* 1973, pp. 215 y ss).

la comunicación al público vía satélite de obras protegidas por el derecho de autor y, por último, sobre la distribución por cable *pasiva*, es decir: la transmisión por este medio de una radiodifusión.

La Directiva (CEE) 93/98<sup>301</sup> del Consejo, del 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines<sup>302</sup> establece que el periodo de protección de los derechos de autor de una obra literaria o artística es de setenta años a contar desde la muerte del autor de la obra o, si la obra es anónima o está firmada con seudónimo, de la fecha en la que la obra se hizo accesible lícitamente al público. También establece que el período de protección de una obra cinematográfica o audiovisual es de setenta años tras la muerte del último superviviente de entre las siguientes personas: el director principal, el autor del guión, el autor del diálogo y, en fin, el compositor de una música creada expresamente para ser utilizada en la obra cinematográfica o audiovisual. Sobre esta materia también cabe destacar que el periodo de protección de los derechos afines es de cincuenta años.

Por último también debemos citar que quedan protegidas bajo el manto del Derecho de autor las bases de datos y así lo expone la Directiva (CEE) 96/9<sup>303</sup>, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos<sup>304</sup>. Esta directiva, continuación de los esfuerzos apuntados en el Libro verde sobre derecho de autor y desafío tecnológico, armoniza el concepto de base datos, el objeto, condiciones, contenido, excepciones y duración de la protección, así como la autoría de la base de datos y los beneficiarios de esta protección *sui generis* respecto de los actos de extracción ilegítima.

En este apresurado recorrido sobre el derecho de la propiedad intelectual también debe citarse el *Libro verde* de la Comisión Europea, del 27 de julio de 1995, sobre los “derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la información”<sup>305</sup>. La Comisión elaboró el 20 de noviembre de 1996 una comunicación relativa al seguimiento de este Libro verde<sup>306</sup> y presentó una nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información<sup>307</sup>, que persigue adaptar la legislación

<sup>301</sup> DOCE L 290, del 24 de noviembre de 1993.

<sup>302</sup> Cfr. PLAZA PENADES. “La propuesta de Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”, en *RdP*, nº 4, 2000, pp. 87 y ss.; PÉREZ DE CASTRO. “La propuesta de Directiva relativa a la armonización de la protección del derecho de autor y de determinados derechos afines”, en *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1993, pp. 85 y ss.; y en breve, BONDÍA ROMÁN. “La incorporación de las Directivas”, espec. pp. 558 a 560.

<sup>303</sup> DOCE L 77, del 27 de marzo de 1996.

<sup>304</sup> Incorporada a nuestra legislación por la Ley 5/1998, del 6 de marzo, de incorporación al derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del

Consejo, del 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (BOE 57, del 7 de marzo de 1998). Cfr. en comentario previo a la aprobación de la Directiva, M. A. BOUZA LÓPEZ. “La posición común sobre la protección jurídica de las bases de datos”, en *ADI*, nº 16, 1994/1995, pp. 975 y ss.

<sup>305</sup> COM (95) 382 final (cfr. en comentario, GÓMEZ SEGADÉ. “El libro verde de la Comisión”, *cit.*, espec. pp. 953 a 957).

<sup>306</sup> COM(96) 568 final.

<sup>307</sup> La Comisión presentó la propuesta el 27 de enero de 1998 [COM[97] 628 final COD97/0359 [DOCE C 108, del 7 de abril de 1999]] y, en primera lectura, el Parlamento aprobó el 10 de febrero de 1999 la propuesta e la Comisión con diversas enmiendas que fueron en parte aceptadas por la Comisión. Ésta adoptó una propuesta modificada el 21

comunitaria relativa a los derechos de autor y los derechos conexos al desarrollo de la sociedad de la información y a los tratados de la OMPI de 1996 sobre derecho de autor (WCT) y sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT<sup>308</sup>). La propuesta de directiva, que se aplicará sin perjuicio de las disposiciones relativas a otros derechos (p. ej.: los relativos a la protección jurídica de los programas informáticos o de las bases de datos), define los actos amparados por el derecho exclusivo de reproducción, concediendo a los autores el derecho exclusivo de autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de los originales y copias de sus obras, incluida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a las mismas “desde el lugar y en el momento que ella misma elija”. La propuesta también contempla una serie de excepciones a los derechos de reproducción y de comunicación, al tiempo que obliga a los Estados miembros a establecer mecánicas de protección jurídica para hacer frente a las actividades que, con conocimiento de causa, faciliten neutralizar sin autorización cualquier medida tecnológica (p. ej.: código de acceso) destinada a proteger los derechos de autor, los derechos afines o el derecho *sui generis* contemplado en la Directiva 96/9/CE<sup>309</sup>.

#### 4. El derecho de sociedades

La armonización que el derecho comunitario ha llevado a cabo sobre la materia societaria se ha canalizado esencialmente mediante diversas directivas armonizadoras de las sociedades de capital y un reglamento<sup>310</sup>, estando en fase de estudio varias propuestas<sup>311</sup>. Veámoslas con detalle<sup>312</sup>.

de mayo de 1999 que es la que actualmente se examina en segunda lectura en el Parlamento (COM [1999] 250 final [DOCE C 180, del 25 de junio de 1999]). Cfr. en comentario, PLAZA PENADÉS. “La propuesta de Directiva”, *cit.*, pp. 87 y ss., espec. 91 a 110.

<sup>308</sup> Esta propuesta de Directiva se anticipa a la adhesión de la Comunidad a los dos Tratados que se prevé mediante Propuesta de Decisión del Consejo, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, de los Tratados de la OMPI sobre derecho de autor (WCT) y sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT), (COM [1998] 249 final [DOCE C 165, del 30 de mayo de 1998]), por la que se autoriza el depósito del instrumento de ratificación de dichos Tratados ante la OMPI y se autoriza a la Comisión para representar a la Comunidad en las sesiones de las Asambleas previstas por los Tratados, y negociar en este marco sobre la base de mandatos acordados previamente por la Comisión y el Consejo en el grupo de trabajo competente de este último o en reuniones *ad hoc*.

<sup>309</sup> Esta propuesta modificará la Directiva (CEE) 92/100 del Consejo, del 19 de noviembre de 1992, relativa al derecho de alquiler y préstamo y la Directiva (CEE) 93/98 del Consejo, del 24 de octubre de 1993, rela-

tiva a la armonización del periodo de protección, en la medida necesaria para transponer las nuevas obligaciones internacionales en este ámbito.

<sup>310</sup> Las normas españolas esenciales son, además de las que se dirán más adelante, la Ley 19/1989, del 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades (BOE 178, del 27 de julio de 1989), del que todavía restan en vigor algunas disposiciones, así como nuestros textos societarios por excelencia, el Real Decreto Legislativo 1564/1989, del 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE 310, del 27 de diciembre de 1989); y la Ley 2ª de 1995, del 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE 71, del 28 de marzo de 1995), y, en fin, los arts. 151 a 157 del Código de Comercio relativos a la sociedad comanditaria por acciones.

<sup>311</sup> Cfr. indicando la independización del Derecho de sociedades respecto del resto del Derecho mercantil, P. HOMMELHOFF. “Corporate and Business Law in the European Union: Status and Perspectives 1997”, A. HARTKAMP *et al* (eds.), en *Towards a European Civil Code*, The Hague, Londres,

Uno de los derechos fundamentales para la creación del mercado común –y ahora, del mercado interior<sup>313</sup>–, según reconoció el Tratado de Roma, es el derecho de establecimiento de las sociedades que hayan sido constituidas según el derecho de un Estado miembro y tengan su sede social en el interior de la Comunidad. Esta libertad de establecimiento implica, en lo que aquí ahora nos interesa, el reconocimiento mutuo de las sociedades en todos los Estados miembros, de tal forma que no se les pueda exigir a las sociedades mercantiles de un Estado miembro que se establezcan en la jurisdicción de otro, formalidades distintas de las previstas para las sociedades nacionales. Para lograr este objetivo, y ya desde 1968, se inició la tarea de armonizar las legislaciones nacionales mediante diversas directivas.

oston, Kluwer Law Int'l., 1998, pp. 585 y ss., espec. 602; y, entre nosotros últimamente, F. VICENT CHULIÁ y C. SALINAS ADELANTADO. "Derecho de sociedades y mercado de valores", en *La Ley*, 4779, del 21 de abril de 1999, pp. 1 y ss., espec. 2.

<sup>312</sup> Cfr. en general sobre la armonización comunitaria en materia de sociedades, A. CONESA HERNÁNDEZ. "Libertad de establecimiento y derecho europeo de sociedades: algunas conexiones mutuas. Comentario a la sentencia del TJCE del 17 de mayo de 1997", en *La Ley*, 1997-5, D-258; J. DÍAZ CLAVERO. "Tendencias del derecho mercantil de sociedades en Europa", en *Not. CEE*, nº 101, 1993, pp. 17 y ss.; F. DÍEZ MORENO. "El panorama normativo de las Directivas de la CEE en materia de sociedades mercantiles", en *Not. CEE*, nº 87, 1992, pp. 43 y ss.; ECHEVARRÍA SÁENZ. "La introducción del euro en las sociedades de capital", en *RdS*, nº 10, 1999, pp. 196 y ss.; J. M. EMBID IRUJO. "Los grupos de sociedades en el derecho comunitario y español", en *RCDI*, nº 599, 1990, pp. 31 y ss.; ESPÍN GUTIÉRREZ. "La competencia para decidir el aumento de capital social en el ordenamiento comunitario", en *RDBB*, nº 65, 1997, pp. 271 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. "Problemas político-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales", en *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 35 y ss.; del mismo, "Derecho europeo de sociedades y reforma del ordenamiento español", en *DA*, nº 202, 1984, pp. 189 y ss.; J. L. FERNÁNDEZ RUIZ. "Análisis comparativo del derecho de información de los accionistas y de los trabajadores en los ordenamientos español y comunitario", en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas 1991, pp. 391 a 410; J. GARCÍA DE ENTERRÍA. "La prohibición de delegar en los administradores la facultad de acordar la emisión de obligaciones convertibles en

acciones ¿un supuesto de incumplimiento de las directivas comunitarias?", en *La Ley*, 1990-2, pp. 931 y ss.; J. GIRÓN TENA. *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la CEE*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1978; del mismo, "El derecho español ante el derecho comunitario de sociedades", en *CDC*, nº 5, 1989, pp. 7 y ss.; R. GUASCH MARTORELL. "La armonización en el marco del derecho europeo de sociedades: la obligación de resultado exigida por las Directivas societarias a los Estados miembros", en *RGD*, nº 596, 1994, pp. 5651 y ss.; H. J. MIGUENS PONSSA DE LA VEGA. "La responsabilidad patrimonial en los concursos de grupos de sociedades en el ámbito de la CEE", en *RDBB*, nº 61, 1996, pp. 149 y ss.; P. PÉREZ OCAÑA. "La acción de nulidad de los acuerdos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y los criterios de armonización del derecho comunitario", en *AC*, 1992-2, pp. 361 y ss.; E. POLO. "La reforma y adaptación de la Ley de Sociedades Anónimas a las Directivas de la Comunidad Económica Europea", en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 775 y ss.; D. VÁZQUEZ ALBERT. "El derecho de suscripción preferente en el Derecho Comunitario", en *RDM*, nº 230, 1998, pp. 1691 y ss.; F. VICENT CHULIÁ. "La sociedad anónima en el derecho comunitario europeo", en *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 85 y ss.; del mismo, "Nuevas estrategias en el derecho de sociedades europeo", en *DN*, nº 76, 1997, pp. 14 y ss.; y J. ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE. "Incidencia en el ámbito societario de las directivas bursátiles", en *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 847 y ss.

<sup>313</sup> Cfr. para la evolución, N. STOFFEL VALLOTTON. "Algunas consideraciones sobre las nociones de *mercado común* y *mercado interior* en el Tratado de la Comunidad Europea", en D-24, *GJCE*, 1995, pp. 321 y ss.



La Primera Directiva (CEE) 68/151<sup>314</sup> del Consejo, del 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo 2 del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros<sup>315</sup> impuso, entre otros extremos, el principio de publicidad obligatoria sobre los extremos más relevantes de la estructura societaria, estableciendo principios de tanto relieve como el de inoponibilidad, de representación mínima del órgano de administración o la limitación de las causas que provocan la nulidad de la sociedad<sup>316</sup>.

La Segunda Directiva (CEE) 77/91<sup>317</sup> del Consejo, del 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo 2 del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital<sup>318</sup>, enumera los extremos que deben constar en los estatutos sociales (o en la escritura de constitución de la sociedad), prohíbe determinadas distribuciones de dividendos y beneficios, se establece el régimen aplicable a las pérdidas graves de capital suscrito, establece el régimen de acciones propias y préstamos y garantías concedidos por una sociedad, y, en fin, contiene el régimen aplicable al aumento y reducción de capital.

Tras estas primeras directivas<sup>319</sup>, entre 1976 y 1984 se constituyó el verdadero núcleo comunitario del derecho de sociedades al aprobarse, por un lado, la tercera y sexta directivas, destinadas a regular las modificaciones estructurales, y la cuarta, séptima y octava directivas, dirigidas a formar el denominado “código europeo” en materia contable.

La Tercera Directiva (CEE) 78/855<sup>320</sup> del Consejo, del 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, estableció las diversas etapas en que se divide el proceso de fusión –proyecto, acuerdo de junta y ejecución–, estableciéndose un régimen de nulidad de la fusión inspirado en la protección de socios y terceros<sup>321</sup>. Y la Sexta Directiva (CEE) 82/891<sup>322</sup> del Consejo, del 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas, reguladora de la escisión

<sup>314</sup> DOCE L 65, del 14 de marzo de 1968.

<sup>315</sup> Cfr. también la Decisión (CEE) 73/101 del Consejo, del 1º de enero de 1973 (DOCE L 2, del 1º de enero de 1973).

<sup>316</sup> Cfr. en comentario a estos aspectos, T. L. FERNÁNDEZ RUIZ. *La nulidad de la sociedad anónima en el derecho comunitario y en el Derecho español*, Madrid, Civitas, 1991; R. GARCÍA VILLAVARDE. “El registro mercantil y su reforma ante el derecho comunitario”, en *CDC*, nº 3, 1988, pp. 47 y ss.; del mismo, “La constitución y el capital de las sociedades en la CEE (primera y segunda directrices)”, en *CDC*, nº 5, 1989, pp. 31 y ss.; y A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ. “La Primera Directiva de la CEE en materia de sociedades y registro mercantil español”, en *RCD*, nº 597, 1990, pp. 393 y ss. (también en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica*

*Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 703 y ss.).

<sup>317</sup> DOCE L 26, del 30 de enero de 1977.

<sup>318</sup> Modificada por el Reglamento (CEE) 3308/80 del Consejo, del 16 de diciembre de 1980 (DOCE L 345, del 20 de diciembre de 1980) y la Directiva (CEE) 92/101 del Consejo, del 23 de noviembre de 1992 (DOCE L 347, del 28 de noviembre de 1992).

<sup>319</sup> Cfr. en comentario general, R. GARCÍA VILLAVARDE. “La constitución y el capital”, *cit.*, espec. pp. 31 y ss.

<sup>320</sup> DOCE L 295, del 20 de octubre de 1978.

<sup>321</sup> Cfr. en doctrina, J. J. PÉREZ MILLA. *Fusión Internacional de Sociedades Anónimas en el Espacio Jurídico Europeo*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

<sup>322</sup> DOCE L 378, del 31 de diciembre de 1982.

societaria por absorción y constitución imponiendo obligaciones informativas (p. ej.: proyecto de escisión), así como el trámite y las garantías de socios y acreedores<sup>323</sup>.

La armonización contable<sup>324</sup> en materia societaria se lleva a cabo mediante la Cuarta Directiva (CEE) 78/660<sup>325</sup> del Consejo, del 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad<sup>326</sup>, que coordina las disposiciones nacionales relativas a la estructura y al contenido de las cuentas anuales y el informe de gestión, los métodos de valoración y la publicidad de estos documentos para el conjunto de sociedades de capital<sup>327</sup>; la Séptima Directiva (CEE) 83/349<sup>328</sup> del Consejo, del 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas consolidadas<sup>329</sup>, que armoniza las legislaciones nacionales sobre cuentas consolidadas, obligando a realizar esta operación mediante la formulación de ciertos documentos contables cuando, con arreglo a criterios específicos, la matriz dispone de "poder legal" para controlar a la filial<sup>330</sup>; y la Octava Directiva (CEE) 84/253<sup>331</sup> del Consejo, del 10 de abril de

<sup>323</sup> Cfr. sobre ambas, DUQUE DOMÍNGUEZ. "La fusión en el Proyecto de Reforma del Derecho de Sociedades de Capital y su comparación con el derecho comunitario de la Tercera Directiva", en *RDBB*, nº 32, 1988, pp. 719 y ss.; J. M. GÓMEZ PORRÚA. *La fusión de sociedades anónimas en derecho español y comunitario*, Madrid, La Ley, 1991; SANTOS. "La escisión de sociedades en el derecho comunitario europeo", en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Giron Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 959 y ss.; y A. SEQUEIRA MARTÍN. "La fusión y la escisión de las sociedades en la CEE (tercera y sexta directivas)", en *CDC*, nº 5, 1989, pp. 155 y ss.

<sup>324</sup> Cfr. en particular, M. A. GARCÍA BENAÚ y P. GARRIDO MIRALLES. "Los sistemas contables y la armonización europea", en *Revista Europea de Financiación y Contabilidad*, nº 85, 1995, pp. 991 y ss.; J. GARCÍA DÍEZ y A. MARTÍNEZ ARIAS. "Mercado europeo de servicios de auditoría: una asignatura pendiente", en *Not. CEE*, nº 167, 1998, pp. 83 y ss.; H. ROBLEDA CABEZAS. "La adaptación de la octava directiva de derecho de sociedades en los Estados miembros: Implicaciones en materia de formación y estructura de la profesión", en *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, nº 84, 1995, pp. 775 y ss.; y F. VICENT CHULIA. "Acotaciones al Libro Verde de la Comisión sobre 'Función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la Unión Europea'", en *RGD*, nº 628/629, 1997, pp. 637 y ss.

<sup>325</sup> DOCE L 222, del 14 de agosto de 1978.

<sup>326</sup> Modificada por el Reglamento (CEE) 3308/80 del Consejo, del 16 de diciembre de 1980 (DOCE L 45, del 20 de diciembre

de 1980); Directiva (CEE) 83/349 del Consejo, del 13 de junio de 1983 (DOCE L 193, del 18 de julio de 1983); Directiva (CEE) 84/569 del Consejo, del 27 de noviembre de 1984 (DOCE L 314, del 4 de diciembre de 1984); Directiva (CEE) 89/666 del Consejo, del 21 de diciembre de 1989 (DOCE L 395, del 30 de diciembre de 1989); Directiva (CEE) 90/604 del Consejo, del 8 de noviembre de 1990 (DOCE L 317, del 16 de noviembre de 1990); Directiva (CEE) 90/605 del Consejo, del 8 de noviembre de 1990 (DOCE L 317, del 16 de noviembre de 1990) y Directiva (CE) 94/8 del Consejo, del 21 de marzo de 1994 (DOCE L 82, del 25 de marzo de 1994).

<sup>327</sup> Existe una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE en lo que se refiere a las normas de valoración aplicables en las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedad (COM[2000] 80 final-2000/0043 [COD]).

<sup>328</sup> DOCE L 193, del 18 de julio de 1983.

<sup>329</sup> Modificada por la Directiva (CEE) 89/666 del Consejo, del 21 de diciembre de 1989 (DOCE L 395, del 30 de diciembre de 1989); Directiva (CEE) 90/604 del Consejo, del 8 de noviembre de 1990 (DOCE L 317, del 16 de noviembre de 1990); y la Directiva (CEE) 90/605 del Consejo, de 8 de noviembre de 1990 (DOCE L 317, del 16 de noviembre de 1990).

<sup>330</sup> Téngase presente que existe una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE en lo que se refiere a las normas de valoración

1984, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CEE, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables<sup>332</sup>, completa el régimen aplicable en esta materia a las sociedades, definiendo las cualificaciones de las personas encargadas del control legal de los documentos contables exigidos por la cuarta y la séptima Directivas<sup>333</sup>.

La Comunicación de la Comisión, de 14 de noviembre de 1995, titulada "La armonización contable: una nueva estrategia respecto a la armonización internacional"<sup>334</sup>, reconoce que la Cuarta Directiva (78/660/CEE) no pretende alcanzar una armonización completa de las normas contables sino que, más bien, persigue garantizar una mejor comparabilidad de las informaciones financieras y, de la misma forma, también sostiene que la Séptima Directiva (83/149/CEE), que impone a las empresas matriz preparar cuentas consolidadas y un informe anual consolidado que dé cuenta de la situación financiera del grupo, es el segundo pilar del "derecho contable europeo". Dicha comunicación también pone de manifiesto los problemas de las grandes empresas europeas, que desean aumentar su capital en los mercados internacionales, debido a los diferentes requisitos exigidos en otros países (p. ej. Estados Unidos) y, para solventarlo, propone avanzar en el proceso de armonización contable internacional bajo los auspicios del International Accounting Normal Committee (IASC) y de la Organización Internacional de las Comisiones de los Valores Mobiliarios (OICVM), al objeto de definir un conjunto de normas contables que puedan ser aceptadas por los mercados de capitales del mundo entero. Para ello se pretende potenciar la labor y agilizar la estructura del Comité de contacto con el IASC (instituido por la Cuarta Directiva y compuesto por expertos de los Ministerios competentes de los Estados miembros), a la vez que le ordena específicamente que dedique sus esfuerzos a las cuentas consolidadas, ya que éstas interesan directamente a las sociedades sujetas a las presiones de los mercados internacionales de capitales. Por otra parte, en materia de auditoría, la Comisión ha dado a conocer un *Libro verde sobre el auditor legal*<sup>335</sup>, donde se reconocen algunas insuficiencias de la Octava Directiva (84/253/CEE) en materia de auditoría en la UE, a la vez que

aplicables en las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedad (COM[2000] 80 final-2000/0043[COD]).

<sup>331</sup> DOCE L 126, del 12 de mayo de 1984.

<sup>332</sup> Cfr. sobre la misma, M. A. GARCÍA BENAÚ y A. VICO MARTÍNEZ. "La auditoría ante la UEM", en *AF*, nº 6, 1997, pp. 53 y ss. Recuérdese que, en el ámbito español, contamos con la Ley 19/1998, del 22 de julio, de auditoría de cuentas (BOE 169, del 15 de julio de 1988) que, en expresión de su Exposición de motivos, recoge lo establecido en la Octava Directiva (84/253/CEE).

<sup>333</sup> Como consecuencia de la evolución económica y monetaria acaecida en la Comunidad desde la aprobación de la cuarta Directiva, se han revisado en varias ocasiones los importes expresados en ecus utilizados para definir las pequeñas y medianas empresas. La última revisión prevé un aumento del importe, debido a la depreciación

del ecu en estos cinco últimos años. Por último, también debe tenerse presente que sobre la base del Reglamento (CE) 974/98 del Consejo, del 3 de mayo de 1998, que fija el euro como moneda de los Estados miembros que integran el sistema a partir del 1º de enero de 1999, la propuesta prevé también que los importes revisados estén expresados en euros.

<sup>334</sup> COM(95) 508 final.

<sup>335</sup> *Libro verde* de la Comisión, del 24 de julio de 1996: función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la Unión Europea. COM(96) 338 final (DOCE C 321, del 28 de octubre de 1996). Cfr. en comentario, V. COMISIÓN LIBRO VERDE. "Función, posición y responsabilidad del auditor legal en la Unión Europea", en *RGD*, nº 628/629, 1997, pp. 603 y ss.; y VICENT CHULIÀ. "Aco-taciones al Libro Verde", *cit.*, espec. pp. 637 y ss.

expone las diferencias “entre lo que el público espera de una auditoría y lo que la profesión contable considera su misión”, aunque también sostiene que no ve razones para derogar la exención a las pequeñas empresas. De la misma forma también sugiere examinar la propuesta de la International Federation of Accountants como base para una definición común en la Unión, y manifiesta la necesidad de profundizar en una formación homologada para la profesión contable como una exigencia ineludible para el establecimiento de un mercado interior de los servicios de auditoría. Estas propuestas dieron lugar a la Comunicación de la Comisión del 29 de abril de 1998 relativa a la auditoría legal en la Unión Europea: el camino a seguir<sup>336</sup>.

Por último también deben citarse como medidas armonizadoras la Undécima Directiva (CEE) 89/666<sup>337</sup> del Consejo, del 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al derecho de otro Estado<sup>338</sup>, que expone la normativa referente a los requisitos de información respecto a las sucursales de sociedades en un Estado miembro que se regulen según la legislación de otro Estado, al objeto de conseguir un nivel equivalente de protección para sus accionistas y para terceras personas; y, en fin, la Duodécima Directiva (CEE) 89/667<sup>339</sup> del Consejo, del 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único que, como es conocido, reconoce la licitud de la sociedad unipersonal tanto originaria como sobrevenida, a la vez que impone ciertas limitaciones y obligaciones publicitarias para que los terceros conozcan dicha situación<sup>340</sup>.

En el terreno de las propuestas de armonización que están estancadas o en trámite de discusión<sup>341</sup>, destaca la propuesta de Quinta Directiva sobre la estruc-

<sup>336</sup> COM(1998)1112 final (DOCE C 143, del 8 de mayo de 1998).

<sup>337</sup> DOCE L 395, del 20 de diciembre de 1989.

<sup>338</sup> Cfr. al respecto, L. FERNÁNDEZ DEL POZO. “Publicidad contable de sucursales de entidades extranjeras en la XI Directiva CEE y en el RRM”, en *RDBB*, nº 53, 1994, pp. 157 y ss.

<sup>339</sup> DOCE L 395 del 30 de diciembre de 1989.

<sup>340</sup> V. al respecto, A. ALONSO UREBA. “La 12ª Directiva comunitaria en materia de sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración de la RDGRN del 21 de junio de 1990”, en *RDBB*, nº 41, 1991, pp. 65 y ss. (también en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 63 y ss.); M. ARAÚJO BOYD. “La adaptación del derecho español a la Duodécima Directiva del Consejo en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único”, en *La Ley*, 1992-1, pp. 924 y ss.; J. BOQUERA MATARREDONA. “Notas sobre la Duodécima Directiva del Consejo de las Co-

munidades Europeas en materia de sociedades”, en *RGD*, nº 547, 1990, pp. 2477 y ss.; M. BOTANA AGRA. “La sociedad de responsabilidad limitada de socio único en los derechos comunitario y español”, en *CDC*, nº 8, 1990, pp. 31 y ss.; DUQUE DOMÍNGUEZ. “La 12ª Directiva del Consejo (89/67/CEE), del 21 de diciembre, sobre la sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada”, en *RDBB*, nº 41, 1991, pp. 9 y ss. (también en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 241 y ss.); A. M. GORDÓN VERGARA y R. LÓPEZ ARANDA. “Análisis de la Duodécima Directiva del Consejo: la sociedad de responsabilidad limitada de socio único”, en *Not. CEE*, nº 87, 1992, pp. 55 y ss.; L. J. PORFIRIO CARPIO. “La Duodécima Directiva CEE: la sociedad de responsabilidad limitada de socio único”, en *DN*, nº 14, 1991, pp. 7 y ss.; J. A. ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS. “Reflexiones en torno a la sociedad unipersonal”, en *RDM*, nº 201, 1991, pp. 467 y ss.; y H. SÁNCHEZ RUS. “La sociedad unipersonal”, en *RGD*, nº 646-647, 1998, p. 9297 y ss.

<sup>341</sup> Cfr. para la propuesta de *Novena Di-*

tura de las sociedades anónimas y los poderes y obligaciones de sus órganos, así como la propuesta de Décima Directiva sobre fusiones transfronterizas<sup>342</sup> inspirada en los métodos clásicos del derecho internacional privado<sup>343</sup>. Y, aunque a caballo con el Derecho del mercado de valores, la Propuesta de Decimotercera Directiva sobre ofertas públicas de adquisición que, por su larga génesis, es un buen ejemplo de la transición de la política armonizadora, que ha evolucionado desde la propuesta de 1989 (que preveía una unificación rigurosa de las legislaciones) hasta la nueva propuesta que deja a los Estados miembros la elección de las medidas oportunas para alcanzar los objetivos propuestos. Centrándonos ahora en la primeramente citada, la propuesta de Quinta Directiva del Consejo, relativa a la coordinación de las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, con arreglo al segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses, tanto de los asociados como de terceros, en lo que respecta a la estructura de las sociedades anónimas, así como a los derechos y deberes de sus órganos<sup>344</sup>, ha de resaltarse que su innovación más relevante consiste en la imposición a las sociedades anónimas de una estructura de órgano de administración de doble nivel como ocurre en Alemania (o, en parte, en Francia) o bien de una estructura de nivel único en la que las acciones de sus miembros ejecutivos serán supervisadas por los miembros no ejecutivos. En la propuesta se contempla la necesidad de que determinados acuerdos (p. ej.: cierre o transferencia de la empresa en forma total o parcial, ampliación o reducción de manera sustancial de las actividades de la empresa, cambios importantes en la estructura organizativa, etc.) sean autorizados por el órgano de supervisión cuyos miembros, en todo caso, serán designados por la junta general, previéndose, para las sociedades que cuenten con más de mil empleados, la participación de éstos en su designación.

Por lo que respecta a la propuesta de una Décima Directiva del Consejo basada en el artículo 54, apartado 3, letra g), del Tratado, referente a las fusiones

rectiva, J. M. EMBID IRUJO. "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (el proyecto de novena Directiva)", en *CDC*, nº 5, 1989, pp. 359 y ss.

<sup>342</sup> Propuesta de una Décima Directiva del Consejo basada en el artículo 54, apartado 3, letra g), del Tratado, referente a las fusiones transnacionales de sociedades anónimas. Propuesta de la Comisión COM(84) 727 final (DOCE C 23, del 25 de enero de 1985) y Dictamen del Comité Económico y Social (DOCE C 303, del 25 de noviembre de 1985).

<sup>343</sup> Cfr. al respecto, TAPIA HERMIDA. "Aspectos jurídico-mercantiles de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas cotizadas. Apunte sobre un caso reciente desde la perspectiva del derecho español", en *RdS*, nº 12, 1999, pp. 133 y ss.

<sup>344</sup> Tras las múltiples modificaciones la Comisión ha propuesto una última modificación de Decimotercera Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición (COM[1997] 565

final). Cfr. entre los muchos comentarios a sus diversas fases, M. BROSETA PONT. "La necesaria reforma del Consejo de Administración español ante la sociedad anónima europea", en *Estudios en homenaje al profesor Federico de Castro*, Vol. I, Madrid, Tecnos, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1976, pp. 837 y ss.; G. ESTEBAN VELASCO. *El poder de decisión de las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Madrid, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, 1982; del mismo, "La estructura de las sociedades anónimas en el derecho comunitario (el proyecto modificado de quinta directiva)", en *CDC*, nº 5, 1989, pp. 231 y ss.; y A. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES. "Administración social y participación laboral en la gestión de sociedades anónimas en el derecho comunitario derivado (un estudio descriptivo sobre la evolución y contenido de las propuestas de Estatuto de Sociedad Anónima Europea y de Quinta Directiva)", en *RGD*, nº 577/578, 1992, pp. 10177 y ss.

transnacionales de sociedades anónimas<sup>345</sup>, destaca la definición del concepto “fusión transfronteriza” y las obligaciones informativas y de revisión contable que se prevé establecer<sup>346</sup>.

Finalmente, la propuesta de Decimotercera Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición<sup>347</sup>, que tiene por objeto revisar la anterior propuesta del 10 de septiembre de 1990, para tener en cuenta el principio de subsidiariedad y los resultados de la consulta emprendida por la Comisión con los Estados miembros en junio de 1993, se caracteriza por entregar a los Estados miembros un amplio margen de maniobra, al objeto de garantizar la protección de los accionistas minoritarios en los casos en que una persona física o jurídica se haga con el control de una sociedad cotizada en bolsa como resultado de una adquisición de valores con derecho de voto.

La citada Propuesta de Decimotercera Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición, ha sido diseñada para aplicarse a las ofertas públicas de adquisición de valores de una sociedad constituida con arreglo al derecho de un Estado miembro cuando (a) dichos valores estén admitidos a cotización en el mercado de uno o varios Estados miembros, (b) este mercado esté regulado y supervisado por autoridades reconocidas por los poderes públicos, y (c) cuando funcione con regularidad y sea directa o indirectamente accesible al público. Tras las acostumbradas definiciones (p. ej.: de *oferta pública de adquisición*, *partes de la oferta*, etc.) se pone de manifiesto que el objetivo de la norma es garantizar la protección de los accionistas minoritarios en los casos en que una persona física o jurídica se haga con el control de una sociedad cotizada en un mercado bursátil como resultado de una adquisición y, para ello, se establecen los siguientes principios generales que deben ser respetados por las normas nacionales de incorporación: (a) todos aquellos que posean valores de la sociedad afectada y se encuentren en la misma situación deben ser tratados por igual; (b) los destinatarios de una oferta deberán disponer de tiempo e información suficientes para poder adoptar una decisión con respecto a la oferta con pleno conocimiento de causa; (c) el órgano de administración de la sociedad afectada deberá obrar en interés de la sociedad en su conjunto; (d) no deben crearse falsos mercados de valores de la sociedad afectada, de la sociedad oferente, o de cualquier otra sociedad implica-

<sup>345</sup> Propuesta de la Comisión COM (84) 277 final (DOCE C 23, del 25 de enero de 1985) y Dictamen del Comité Económico y Social (DOCE C 303, del 25 de noviembre de 1985).

<sup>346</sup> Cfr. al respecto, SÁNCHEZ CALERO. “La Propuesta de la Comisión CEE de Décima Directiva referente a las fusiones transfronterizas de las sociedades anónimas y su incidencia en la posición jurídica de los trabajadores de las sociedades fusionadas”, en *Not. CEE*, n° 55/56, 1989, pp. 61 y ss.; y VAÑO. “Fusiones transfronterizas en la Unión Europea”, en *RGD*, n° 609, 1995, pp. 7067 a 7083.

<sup>347</sup> La Comisión presentó esta propuesta el 7 de febrero de 1996, fue aprobada por el

Parlamento Europeo el 26 de junio de 1997 previa introducción de bastantes enmiendas aceptadas en su mayoría por la Comisión (p. ej. precisión de algunos conceptos, obligación de facilitar información a los trabajadores cuando la oferta se haya hecho pública, transmisión a los trabajadores del folleto de oferta, etc.). La Comisión presentó últimamente una propuesta modificada que en la actualidad está siendo examinada por el Consejo con vistas a la adopción de una posición común. Cfr. Propuesta de la Comisión de Decimotercera Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición (COM [1997] 565 final).

da en la oferta; y (e) la sociedad afectada no deberá ver obstaculizadas sus actividades durante más tiempo del razonable, por el hecho de que sus valores sean objeto de una oferta. Al margen de las obligaciones informativas (p. ej.: los Estados miembros deberán garantizar que la decisión de presentar una oferta se hará pública, etc.), se imponen diversas obligaciones del órgano de administración de la sociedad afectada, así como los supuestos en que la oferta será obligatoria<sup>348</sup>.

Junto a las anteriores directivas, la Comunidad se ha dotado de un Reglamento –el Reglamento sobre la agrupación europea de interés económico (AEIE)–, que crea un nuevo tipo de asociación<sup>349</sup> destinado a permitir que empresas establecidas en Estados miembros diferentes puedan desarrollar óptimamente algunas actividades conjuntas sin verse obligadas a fusionarse o a formar una filial común<sup>350</sup>. El Reglamento (CEE) 2137/85<sup>351</sup> del Consejo, del 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE) se caracteriza, en sus rasgos más esenciales<sup>352</sup>, por la estructura jurídica que facilita las actividades económicas de sus miembros (de 2 a 500 procedentes de Estados miembros diferentes), o la exigencia de que la unión de sus recursos, actividades y competencias se destine a complementar las actividades económicas de sus miembros (industriales, comerciales, artesanales, agrarias, o prestaciones propias de las profesiones liberales u otras prestaciones de servicios), sin poder llegar a reemplazarlas<sup>353</sup>.

<sup>348</sup> Cfr. en comentario a la misma, J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y A. TAPIA HERMIDA. “Propuesta de Directiva sobre ofertas públicas de adquisición (OPA)”, en *Not. CEE*, nº 63, 1990, pp. 25 y ss.; R. MULLERAT. “La propuesta modificada de 13ª Directiva del Consejo CE relativa a las ofertas públicas de adquisición de valores”, en *REDF*, nº 71, 1991, pp. 377 y ss.; y J. ZURITA SÁENZ DE NAVARRETE. “Propuesta de Decimotercera Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición”, en *RDBB*, nº 63, 1996, pp. 695 y ss.

<sup>349</sup> La norma española que adopta esta forma asociativa en el ámbito exclusivamente español es la Ley 12/1991, del 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (BOE 103, del 30 de abril de 1991). Cfr. en comentario, F. BAZ IZQUIERDO. *Agrupaciones de interés económico y sus conexiones con la ley de sociedades limitadas*, Madrid, Civitas, 1996; A. L. MONGE GIL. *Las agrupaciones de interés económico*, Madrid, Tecnos, 1993; A. PAU PEDRÓN. *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid, Tecnos, 1992; y A. J. SERRA MALLOL. *Las agrupaciones de interés económico: una nueva forma social*, Madrid, Tecnos, 1992.

<sup>350</sup> Cfr. sobre esta tarea de apoyo, P. ULMER. “Las vías de unificación”, *cit.*, espec. p. 1010.

<sup>351</sup> DOCE L 199, del 31 de julio de 1985. Cfr. también los dictámenes rectificativos

(DOCE L 247, del 14 de septiembre de 1985 y DOCE L 124, del 15 de mayo de 1990).

<sup>352</sup> El 9 de septiembre de 1997, la Comisión adoptó una comunicación sobre Participación de las Agrupaciones europeas de interés económico (AEIE) en los contratos públicos y en los programas financiados por fondos públicos (COM[97] 434 final [DOCE C 285, del 20 de septiembre de 1997]), al objeto de aclarar algunas de sus características y reglas de funcionamiento, para garantizar que puedan licitar en contratos públicos y participar en programas financiados por fondos públicos en igualdad de condiciones con las demás empresas.

<sup>353</sup> Dos datos más: los beneficios obtenidas por una AEIE se consideran beneficios de los miembros y deben distribuirse entre ellos de conformidad con la cláusula prevista a tal efecto en el contrato o, en su defecto, a partes iguales; y, en segundo término, la responsabilidad de los miembros de una AEIE será ilimitada y solidaria por las deudas de la Agrupación. V. sobre estas AEIE, O. ARMENGOL I CASUL. “La Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE) y el derecho de la competencia”, en *GJ UE*, nº 143, 1994, pp. 27 y ss.; J. MASSAGUER. “La agrupación europea de interés económico. Notas en torno al Reglamento CEE 2.137/85”, en *Not. CEE*, nº 43, 1988, pp. 23 y ss.; L. NAVARRO CASES. “Las agrupaciones de interés económico”, en *Not. CEE*, nº 81, 1991, pp. 93 y ss.; A. PAU PEDRÓN. “La agrupación europea de interés económico: naturaleza,

En el plano de los proyectos armonizadores también sobresale por su importancia la Propuesta de Reglamento del Consejo, relativa al estatuto de la sociedad europea<sup>354</sup> (que se completa con una Propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el estatuto de la sociedad europea en lo que respecta a los trabajadores<sup>355</sup>), y que tiene por objeto principal la regulación de una sociedad de capital (mínimo de 100.000 euros) de ámbito europeo que, constituida por fusión, creación de una *holding*, de una filial común, o por transformación de una sociedad anónima de derecho nacional, permitirá el cambio de domicilio dentro de la Comunidad, y que estará regida por un órgano de administración (sistema monista), o bien por un órgano de dirección y un órgano de vigilancia (sistema dualista), previéndose la participación de los trabajadores en las tareas de vigilancia y de desarrollo de las estrategias de la sociedad<sup>356</sup>.

Como último ejemplo de labor armonizadora dirigida a la reestructuración transfronteriza que queremos traer a esta páginas, ha de mencionarse el proyecto de una sociedad cooperativa europea (propuesta de Reglamento del Consejo

función y régimen”, en *RCDI*, nº 587, 1988, pp. 1181 y ss.; A. RODRIGUEZ ÁLVAREZ. “La agrupación europea de interés económico”, en *Not. CEE*, nº 74, 1991, p. 21; y M. SACRISTÁN REPRESA. “La agrupación europea de interés económico (antecedentes y caracterización)”, en *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 811 y ss.

La Comisión presentó esta propuesta el 25 de agosto de 1989. En primera lectura realizada el 24 de enero de 1991 el Parlamento aprobó las propuestas de la Comisión con algunas enmiendas. La Comisión aceptó una gran parte de dichas enmiendas. El 6 de mayo de 1991 la Comisión presentó varias propuestas modificadas. Tras la Comunicación de la Comisión en materia de información y consulta de los trabajadores de 14 de noviembre de 1995 (COM[95] 547 final) y del Informe del Grupo Davignon de mayo de 1997, las sucesivas Presidencias del Consejo han presentado varios documentos que proponen un enfoque distinto del que plantea la propuesta de la Comisión. Actualmente el Consejo sigue examinando los nuevos textos. V. Propuestas de la Comisión COM(89) 268/I y II final (DOCE C 263, del 16 de octubre de 1989); Propuestas modificadas COM(91) 174/I y II final (DOCE C 176, del 8 de julio de 1991); Dictamen del Parlamento Europeo (primera lectura: DOCE C 48, del 25 de febrero de 1991); y Dictamen del Comité Económico y Social (DOCE C 124, del 21 de mayo de 1990).

<sup>355</sup> Esta dualidad de textos responde, como en los anteriores casos, a la intención de sortear las dificultades de concordia, ya que mientras algunos Estados miembros rechazaron de plano la presencia de representantes de los trabajadores en los organismos de

la sociedad, otros exigieron que la sociedad europea tuviese dicha participación. La aprobación, en 1994, de la Directiva sobre Comités de empresa europeos (Directiva 94/4/CE, del Consejo, del 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria [DOCE L 254, del 30 de septiembre de 1994]), pareció ser la clave de superación de las divergencias, pero la consulta abierta a continuación por una comunicación de la Comisión de noviembre de 1995, puso de manifiesto que la simple aplicación de las disposiciones de esta Directiva a las sociedades europeas no sería suficiente, y que convenía reexaminar la cuestión desde una perspectiva diferente para encontrar una salida tal y como propuso el grupo de expertos European Systems of Worker Involvement (Informe Davignon). El actual estado de discusión parece que se ha desplazado desde la comparación entre un modelo “europeo” y los distintos modelos nacionales hacia la búsqueda de una fórmula que respete la esencia de los distintos sistemas nacionales.

<sup>356</sup> Cfr. al respecto, R. JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA y B. CASTELL BORRAS. “Estudio sobre el proyecto relativo al estatuto de la Sociedad europea”, en *La Ley*, 1991-2, pp. 724 y ss.; G. ESTEBAN VELASCO. “Sociedad anónima europea: la regulación de la participación de los trabajadores”, en *RDBB*, nº 40, 1990, pp. 893 y ss.; R. PÉREZ ESCOLAR. *La sociedad anónima europea*, Madrid, Montecorvo, 1992; y C. GAVALDA. “La sociedad anónima europea, según el Proyecto de Reglamento del 25 de agosto de 1989”, en *DN*, nº 7, 1991, pp. 11 y ss.



por la que se establece el estatuto de la sociedad cooperativa europea y propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo relativo a la posición de los trabajadores<sup>357</sup>), por la que se pretende reconocer la posibilidad de que dos o más entidades puedan constituir cooperativas de ámbito europeo con personalidad jurídica de derecho privado<sup>358</sup>. Su administración se encomendará a un órgano de dirección y un órgano de vigilancia (sistema dual) o a un sistema monista basado en un órgano de administración<sup>359</sup>.

### 5. El derecho del mercado financiero

La armonización de las diversas normativas sobre mercados financieros se hizo rápidamente patente para lograr tanto un nivel homogéneo entre los diversos países miembros (p. ej.: régimen de autorización, en materia publicitaria, sobre márgenes de solvencia, etc.), como al objeto de lograr implantar un *pasaporte comunitario* que permitiese a los operadores ofrecer sus servicios en todo el espacio comunitario<sup>360</sup> (art. 8 A del Tratado CE).

<sup>357</sup> La Comisión presentó las propuestas el 18 de diciembre de 1991. En primera lectura realizada el 20 de enero de 1993 el Parlamento aprobó dichas propuestas de la Comisión con algunas enmiendas (esencialmente las enmiendas se refieren a la denominación de dichas entidades, los requisitos que deben cumplir para su constitución, las modalidades de convocatoria y poder de la junta general, y capacidad jurídica y financiera; en cuanto a la función de los trabajadores en estas entidades, las enmiendas se refieren a la información, consulta y participación de los trabajadores). La Comisión aceptó parte de esas enmiendas. El 6 de julio de 1993 la Comisión presentó las propuestas modificadas. Estas últimas propuestas se encuentran actualmente en el Consejo en espera de una posición común. V. Propuestas de la Comisión COM(91) 273/III y IV final (DOCE C 99, del 21 de abril de 1992); Propuestas modificadas COM(93) 252 final-COD930388 y COD930389 (DOCE C 236, del 31 de agosto de 1993); Dictamen del Parlamento Europeo (primera lectura: DOCE C 42, del 15 de febrero de 1993); y Dictamen del Comité Económico y Social (DOCE C 223, del 31 de agosto de 1992).

<sup>358</sup> La actual normativa interna en materia de cooperativas, además de las muchas normas propias de las CC. AA. [p. ej.: Ley 4ª de 1993, del 24 de junio, de cooperativas del País Vasco (BOPV 135, del 19 de julio de 1993); Decreto Legislativo 1 de 1992, del 19 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Cataluña (DOGC 1563, del 2 de marzo); Ley 2/1999, del 31 de marzo, de sociedades

cooperativas andaluzas (BOE 107, del 5 de mayo de 1999); etc.], se encuentra en la Ley 27/1999, del 16 de julio, de Cooperativas (LC) [BOE 170, del 17 de julio de 1999]. Cfr. en comentario, J. J. MARÍN LÓPEZ. "Notas sobre la Ley 27/1999, del 16 de julio de cooperativas", en *La Ley*, 4930, del 28 de noviembre de 1999; y F. VICENT CHULIÁ. "La Ley 27/1999 del 16 de julio de Cooperativas Estatal", en *RGD*, nº 663, 1999, pp. 14561 y ss.

<sup>359</sup> Cfr. al respecto, G. FAJARDO GARCÍA. "La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Económica Europea", en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Braseta Pont*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 1133 y ss.

<sup>360</sup> Mención aparte merecen las relaciones entre la CE y la OMC. Al respecto conviene tener presente, por un lado, la Decisión (CE) 94/80 del Consejo, de 22 de diciembre (DOCE L 336, del 23 de diciembre de 1994), donde se señaló que los Acuerdos OMC y sus anejos no son directamente aplicables por los órganos judiciales (pero cfr. sosteniendo que "no puede efectuarse una afirmación taxativa sobre la directa aplicabilidad del Acuerdo", ya que es necesario examinar la tradición de cada Estado y la naturaleza del precepto, J. L. IGLESIAS PRADA. "Disposiciones generales y principios básicos en el Acuerdo sobre los ADPIC", en *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, J. L. IGLESIAS PRADA [dir.], Vol. I, Madrid, IDEI, 1997, pp. 119 y ss.,

En la reciente Comunicación de la Comisión, del 28 de octubre de 1998, sobre “Servicios financieros: construcción de un marco de acción”<sup>361</sup>, se concluye que la legislación prudencial del mercado único de servicios financieros no requiere una reforma radical, ya que basta con garantizar una interpretación clara y común de las normas (p. ej.: mediante comunicaciones interpretativas). Entre las propuestas que recoge destacan la flexibilización de la información que se facilita a los inversores (p. ej.: respecto de los folletos que deben publicarse en caso de oferta pública de valores mobiliarios, etc), la potenciación del estatuto de la sociedad europea, la conveniencia de una armonización contable más profunda, la aplicación de reglas de plena competencia entre productos financieros similares, la convergencia de los planteamientos nacionales sobre normas de conducta, la elaboración de un “estatuto de los supervisores” que distribuya responsabilidades y establezca mecanismos de coordinación entre las distintas autoridades responsables de la supervisión prudencial o, por acabar, la previsión de normas que eviten las disparidades fiscales existentes en el tratamiento de los ingresos procedentes del ahorro privado.

Tres son, según la clasificación habitual, los subsectores en los que se divide la ordenación del sistema financiero: mercado de valores, mercado de los seguros privados y mercado del crédito. Examinemos la tarea armonizadora comunitaria en cada uno de ellos.

#### a. El mercado de valores

Como acostumbra a indicarse, la armonización en el sector bursátil es un medio absolutamente imprescindible para la consecución efectiva del mercado común<sup>362</sup>.

espec. p. 121) y, por otro, la Decisión (CE) 1999/61 del Consejo, del 18 de diciembre de 1998, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, y en lo que respecta a asuntos de su competencia, de los resultados de las negociaciones de la Organización Mundial del Comercio sobre servicios financieros (DOCE L 20, del 27 de enero de 1999), por la que se adoptó el quinto protocolo del GATS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios), relativo a los servicios financieros.

<sup>361</sup> COM (98) 625 final.

<sup>362</sup> Cfr. en general sobre la incidencia de la CE en este ámbito, AA. VV. *Los productos financieros derivados y el euro: ¿un mercado único?*, E. DÍAZ RUIZ y P. LARRAGA (dirs.), Madrid, Civitas, 1999; J. ALBELLA SANTAMARÍA. *La ordenación del mercado de valores: un ordenamiento dinámico*, Madrid Tecnos, 1995; G. ALVO DÍAZ. “Normativa comunitaria en materia bursátil”, en *Not. CEE*, nº 82, 1991, pp. 79 y ss.; E. DÍAZ RUIZ. “Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-101/94 Comisión/Italia, sobre actividad de corretaje en valores mobiliarios”, en *RDBB*, nº 65, 1997, pp. 261 y ss.; C. ENTRENA PALOMERO. “El proyecto Comunitario del

Mercado de Valores”, en *Not. CEE*, nº 87, 1992, pp. 49 y ss.; A. HERNÁNDEZ GARCÍA. “El Mercado Unico de Valores: especial referencia a la Directiva sobre Servicios de Inversión y a la Directiva sobre Adecuación de Capital. Algunas implicaciones para España”, en *Not. UE*, nº 117, 1994, pp. 61 y ss.; del mismo, “El ‘Mercado Unico de Valores’ (II)”, en *Not. CEE*, nº 147, 1997, pp. 45 y ss.; M. IZQUIERDO BARRIUSO. *Los mercados de valores en la CEE. Derecho comunitario y adaptación al derecho español*, Madrid, Civitas, 1992; R. LARGO GIL. “Consideraciones sobre la repercusión de la adhesión de España a la Comunidad Europea en el régimen jurídico relativo al mercado de valores y a las entidades de crédito”, en *Not. UE*, nº 125, 1995, pp. 61 y ss.; J. I. RUIZ PERIS. “Grupos de empresas y armonización del mercado de valores en la Unión Europea. La perspectiva de la tutela del inversor”, en *RGD*, nº 615, 1995, pp. 13431 y ss.; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y A. J. TAPIA HERMIDA. “La adaptación del Derecho español del mercado de valores al Derecho comunitario”, en *RDBB*, nº 44, 1991, pp. 967 y ss.; del mismo, “Propuesta de Directiva sobre ofertas públicas de adquisición (OPA)”, en *Not. CEE*, nº 60, 1990, pp. 25 y ss.; E.

El enfoque adoptado por la Unión para lograr dicho mercado único de valores mobiliarios es similar al de los restantes sectores integrantes del mercado financiero y, por tanto, se articula en torno a tres ideas. En primer lugar, la armonización de su normativa esencial; en segundo término, el reconocimiento mutuo por las autoridades supervisoras nacionales de los controles realizados en el país donde esté situado el domicilio social del emisor de los valores; y, en tercer lugar, el establecimiento de un régimen de coordinación de las autoridades supervisoras.

Las primeras iniciativas de armonización en el sector de los valores se produjeron en la década de los ochenta mediante tres directivas que acostumbra a identificarse con su origen: las directivas sobre coordinación de las condiciones de admisión de valores a cotización oficial en una bolsa de valores, el prospecto de admisión a una bolsa de valores y, por último, la directiva sobre la obligación de información semestral que deben publicar las sociedades que cotizan en bolsa. Avanzando en este camino, el principio de control por el país de origen (*home country control*) fue introducido en este sector del sistema financiero mediante la directiva relativa a la armonización de las normas vigentes en relación con determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios<sup>363</sup>. Junto a lo anterior, se ha armonizado la información que ha de hacerse pública en casos de adquisición de participaciones significativas del capital social de una sociedad cotizada, o la prohibición de operaciones de iniciados (*insiders*). Entre los últimos desarrollos destaca la recientemente incorporada directiva sobre los servicios de inversión, que introduce plenamente el concepto de *pasaporte europeo*, la Directiva sobre adecuación de los fondos propios, que fija el capital inicial mínimo necesario para la constitución de una empresa de inversión y, como última novedad, la Directiva que introduce un sistema de garantía similar al establecido en el ámbito bancario: el denominado Fondo de garantía de inversiones<sup>364</sup>.

En materia de condiciones de admisión de los valores mobiliarios a cotización en una bolsa de valores, destacan tres directivas. La primera es la Directiva (CEE) 79/279<sup>365</sup> del Consejo, del 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las condiciones de admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en una bolsa

VERDERA. "La armonización del derecho de sociedades y bursátil en el ámbito de la CEE y su influencia en el sector bancario", en *Not. CEE*, nº 23, 1986, pp. 53 y ss.; J. ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE. "El derecho europeo sobre el mercado de valores y su repercusión en el ordenamiento español", en *RDBB*, nº 21, 1986, pp. 13 y ss.; del mismo, "El control de las OPAS en la CEE. Comentarios al Proyecto de Directiva", en OPAS. *La conquista del poder de la empresa*, Madrid, Instituto de la Empresa, 1989.

<sup>363</sup> Entre los efectos que produjo el reconocimiento de este principio destaca la modificación de la Directiva (CEE) 79/279 del Consejo, del 5 de marzo de 1979, relativa al prospecto de admisión a cotización en una bolsa de valores para sostener que, una vez aprobado el prospecto en un Estado miem-

bro, debe aceptarse en los demás. Idéntica consideración puede realizarse respecto del folleto de oferta pública.

<sup>364</sup> La normativa interna esencial viene recogida en la Ley 24/1988, del 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE 181, del 29 de junio de 1988) reformada para adecuarse a las novedades relativas a servicios de inversión por la Ley 37/1998, del 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, del 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE 275, del 17 de noviembre de 1998). Cfr. sobre ésta, P. KIRCHNER y C. SALINAS. *La reforma del mercado de valores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

<sup>365</sup> DOCE L 66, del 16 de marzo de 1979 y Dictamen rectificativo (DOCE L 126, del 21 de mayo de 1980).

de valores<sup>366</sup>, donde se establecen las condiciones mínimas<sup>367</sup> de admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en bolsas de valores con sede (o que operen) en los Estados miembros<sup>368</sup>, prohibiéndose expresamente que la admisión de valores de emisores de otros Estados miembros se supedite a su admisión previa en uno de los Estados miembros y, entre otros extremos, creándose un Comité de contacto.

La segunda es la Directiva (CEE) 80/390<sup>369</sup> del Consejo, del 17 de marzo de 1980, sobre la coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión del prospecto que se publicará para la admisión de valores mobiliarios a la cotización oficial en una bolsa de valores<sup>370</sup>, que persigue armonizar la información que se facilita a los tenedores, actuales y potenciales, de valores negociables, mediante la coordinación de las disposiciones relativas al prospecto que han de publicar los emisores de valores cuando sean objeto de una solicitud de admisión a cotización oficial en una bolsa de valores situada (o que opere) en un Estado miembro. Para ello, y entre otras exigencias, se considera como condición previa para la admisión a cotización oficial en una bolsa, la publicación de un prospecto que contenga información sobre el patrimonio, la situación financiera, los resultados y las perspectivas del emisor, así como sobre los derechos inherentes a los valores<sup>371</sup>. En esta directiva también se contemplan las condiciones para el reconocimiento mutuo de la aprobación de la información contenida en el prospecto de admisión a cotización concedida por un Estado miembro, ampliándose las funciones del Comité de contacto establecidas por la Directiva (CEE) 79/279.

Y, en fin, la tercera directiva dictada en esta materia es la Directiva (CEE) 82/121<sup>372</sup> del Consejo, del 15 de febrero de 1982, relativa a la información periódica que deben publicar las sociedades cuyas acciones sean admitidas a cotización oficial en *una bolsa de valores* que, como su rótulo indica, se destina a aumentar la protección de los inversores mediante el establecimiento de la obligación de que las sociedades bursátiles publiquen un informe semestral sobre su actividad y los resultados del primer semestre de cada ejercicio.

<sup>366</sup> Modificada por la Directiva (CEE) 82/148 del Consejo, de 3 de marzo de 1982 (DOCE L 62, del 5 de marzo de 1982); y por la Directiva (CEE) 88/627 del Consejo, del 12 de diciembre de 1988 (DOCE L 348, del 17 de diciembre de 1988).

<sup>367</sup> Ya que, sin perjuicio de las prohibiciones específicas previstas en la directiva, los Estados miembros podrán supeditar la admisión a cotización a condiciones suplementarias o más rigurosas, siempre y cuando sean de aplicación general.

<sup>368</sup> No se aplica a las participaciones emitidas por los organismos de inversión colectiva de tipo no cerrado, ni tampoco a los valores mobiliarios emitidos por un Estado miembro o por sus entes públicos territoriales.

<sup>369</sup> DOCE L 100, del 17 de abril de 1980.

<sup>370</sup> Modificada por la Directiva (CEE) 82/

148 del Consejo, del 3 de marzo de 1982 (DOCE L 62, del 5 de marzo de 1982); la Directiva (CEE) 87/345 del Consejo, del 22 de junio de 1987 (DOCE L 185, del 4 de julio de 1987); la Directiva (CEE) 90/211 del Consejo, de 23 de abril de 1990 (DOCE L 112, de 3 de mayo de 1990); y la Directiva (CE) 94/18 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 30 de mayo de 1994 (DOCE L n. 135, del 31 de mayo de 1994).

<sup>371</sup> Téngase presente que la Directiva (CE) 94/18 autoriza en determinados supuestos la dispensa, total o parcial, de la obligación de publicar el prospecto a los emisores cuyos valores mobiliarios ya están admitidos a cotización oficial en una bolsa de valores situada en otro Estado miembro, ya que, en estos casos, el mercado comunitario cuenta con suficiente información.

<sup>372</sup> DOCE L 48, del 20 de febrero de 1982.

En materia de adquisiciones de participaciones, la Directiva (CEE) 89/298<sup>373</sup> del Consejo, del 17 de abril de 1989, sobre la coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública de valores mobiliarios, impone ciertos deberes informativos sobre los valores negociables que sean objeto, por primera vez, de una oferta pública en un Estado miembro<sup>374</sup>. La información exigida es menor cuando no se solicita la admisión a cotización en una bolsa de valores. También se destina a este objetivo la Directiva (CEE) 88/627<sup>375</sup> del Consejo, de 12 de diciembre de 1988, sobre las informaciones que han de publicarse en el momento de la adquisición y de la cesión de una participación importante en una sociedad cotizada en bolsa y que es aplicable a aquellas personas que adquieran o cedan participaciones importantes en el capital de una sociedad bursátil constituida en la Comunidad.

Respecto de la normativa sobre operaciones de iniciados (*insiders*), la Directiva CEE 89/592<sup>376</sup> del Consejo, del 13 de noviembre de 1989, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada<sup>377</sup>, define el concepto de información privilegiada –esto es: la “información que no se ha hecho pública, de carácter preciso y relacionada con uno o varios emisores de valores mobiliarios, y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre la cotización de dichos valores”– y prohíbe que los iniciados primarios<sup>378</sup> adquieran o cedan valores mobiliarios aprovechándose, con conocimiento de causa, de dicha información privilegiada, así como que la cedan a un tercero (el denominado iniciado secundario).

En materia de organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) debe reseñarse la Directiva (CEE) 85/611<sup>379</sup> del Consejo, del 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM<sup>380</sup>), calificándose a estos OICVM como organismos cuyo objeto exclusivo es la inversión colectiva en valores mobiliarios de los capitales obtenidos del público y cuyas participaciones son, a petición de sus titulares,

<sup>373</sup> DOCE L 124, del 5 de mayo de 1989.

<sup>374</sup> Cfr. al respecto, L. DE CARLOS BERTRÁN. “Comentario a la Directiva del 17 de abril de 1989 por la que se coordinan las condiciones de elaboración, control y difusión del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública de valores negociables”, en *NOT. CEE*, nº 60, 1990, pp. 21 y ss.

<sup>375</sup> DOCE L 348, del 17 de diciembre de 1988.

<sup>376</sup> DOCE L 334, del 18 de noviembre de 1989.

<sup>377</sup> Recuérdese que la Comisión ya dictó sobre esta materia la Recomendación (CEE) 77/534 de la Comisión, del 25 de julio de 1977, por la que se establece un Código de conducta europeo relativo a las transacciones referentes a los valores mobiliarios (DOCE L 212, del 20 de agosto de 1977). Cfr. al respecto, F. VALENZUELA GARACH y J. I. PEINADO GRACIA. “La utilización abusiva de informaciones confidenciales y privilegiadas en los mercados de valores. Especial consi-

deración de las disciplinas CEE y española”, en *Not. CEE*, nº 81, 1991, pp. 11 y ss.; y J. ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE. “El régimen español sobre ‘insider trading’ y la propuesta de directiva comunitaria”, en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 1251 y ss.

<sup>378</sup> Para la Directiva los *iniciados primarios* son aquellas personas que disponen de información privilegiada: (a) por su condición de miembros de los órganos de administración, de dirección o de control del emisor; (b) por su participación en el capital del emisor; o (c) por tener acceso a dicha información debido al ejercicio de su trabajo, de su profesión o de sus funciones.

<sup>379</sup> DOCE L 375, del 31 de diciembre de 1985.

<sup>380</sup> Modificada por la Directiva (CE) 95/26 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de junio de 1995 (DOCE L 168, del 18 de julio de 1995).

vueltas a comprar o reembolsadas con cargo a los activos de estos organismos e imponiéndose ciertos requisitos relativos a su política de inversión e informativa. Esta Directiva de 1985 ha sido objeto de modificación por la Directiva (CEE) 88/220 del Consejo, de 22 de marzo de 1988<sup>381</sup> en un doble sentido: elevando ciertos límites de inversión y estableciendo un control específico destinado a proteger a los inversionistas<sup>382</sup>.

El 20 de diciembre de 1985 el Consejo aprobó la Recomendación 85/612/CEE relativa al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 25 de la Directiva (CEE) 85/611<sup>383</sup>, en la que se aconseja a las autoridades competentes de los Estados miembros que velen por el respeto de las “influencias notables”, cuando éstas se traduzcan en la legislación de otro Estado miembro en un límite expresado en cifras. Por otra parte, el 9 de febrero de 1993 la Comisión presentó una primera Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la citada Directiva (CEE) 85/611<sup>384</sup>. Este proyecto amplía el ámbito de aplicación de la Directiva sobre OICVM, a la vez que actualiza la Directiva de 1985 para ajustarla a la evolución de la legislación comunitaria aplicable al sector financiero. Una segunda Propuesta de modificación de la citada Directiva (CEE) 85/611 fue formulada el 17 de julio de 1998<sup>385</sup> con el objeto de ampliar su ámbito de aplicación incluyendo a los organismos de inversión colectiva que inviertan en activos financieros diferentes de los valores negociables, tales como son los instrumentos del mercado monetario, los depósitos bancarios, las opciones y contratos financieros a largo plazo normalizados, así como las acciones de otros organismos de inversión colectiva, clarificando algunos aspectos de aquella directiva (p. ej.: concepto de valor mobiliario, etc.) y mejorando sus aspectos técnicos (p. ej.: estableciendo normas de distribución de riesgos más flexibles). En idéntica fecha se propuso una tercera Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modificaba la repetida Directiva de 1985<sup>386</sup>, al objeto de actualizar la normativa en materia de sociedades de gestión (p. ej.: introduciendo un pasaporte europeo para las sociedades de gestión que les permita establecer en toda la Unión sus propias redes de distribución, revisando las limitaciones de actividad de las sociedades de gestión, aclarando determinados aspectos de la actividad de gestión colectiva de carteras, etc.) y mejorar la racionalidad de la información destinada a los inversores (p. ej.: introduciendo los denominados prospectos simplificados).

La Directiva (CEE) 93/22<sup>387</sup> del Consejo, del 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el campo de los valores negociables<sup>388</sup> es, sin duda

<sup>381</sup> DOCE L 100, del 19 de abril de 1988.

<sup>382</sup> Cfr. al respecto, A. FORNIÉS BAIGORRI. “Sobre la Directiva del Consejo de la CEE del 22 de marzo de 1988, sobre determinados Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (OICVM) en lo relativo a la política de inversión de los mismos”, en 48 *Not. CEE* 1989, pp. 61 y ss.

<sup>383</sup> DOCE L 375, del 31 de diciembre de 1985.

<sup>384</sup> COM (93) 37 final - COD0453 (DOCE C 59, del 2 de marzo de 1993). La primera lectura por el Parlamento se llevó a cabo el 27 de noviembre de 1993 (DOCE C 315, del 22 de octubre de 1993). La Comisión aceptó

parte de las enmiendas que se le formularon. El 20 de julio de 1994 la Comisión presentó una propuesta modificada (COM[94] 329 final - COD0453 [DOCE C 242, de 30 de agosto de 1994]) y el Consejo adoptó una posición común el 6 de junio de 1994 (DOCE C 213, del 3 de agosto de 1994).

<sup>385</sup> COM(1998) 449 final COD98/0243 (DOCE C 280, del 9 de septiembre de 1998).

<sup>386</sup> COM(1998) 451 final COD98/0242 (DOCE C 272, del 1º de septiembre de 1998).

<sup>387</sup> DOCE L 141, del 11 de junio de 1993.

<sup>388</sup> Modificada por la Directiva (CE) 95/26 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 1995 (DOCE L 168, del 18

alguna, una de las piezas cardinales de la armonización en el mercado común<sup>389</sup>. Su objetivo prioritario es liberalizar el acceso a los mercados de valores de todas las empresas de inversión autorizadas a prestar los servicios correspondientes en su Estado miembro de origen, introduciendo el denominado pasaporte comunitario. Entre sus muchas novedades destaca la distribución de responsabilidades entre los Estados miembros con arreglo a la conocida división de supervisión financiera a la empresa de inversión por el Estado de origen que concede la autorización (home country control) y de supervisión sobre la conducta en el mercado al Estado donde se halle el mismo (host control). Con arreglo a ello los Estados miembros deben permitir a las empresas de inversión de otros Estados miembros ejercer en su territorio aquellas actividades para las que estén autorizadas en su país de origen, bien mediante la apertura de una sucursal, o bien mediante régimen de prestación de servicios sin sucursal (p. ej.: mediante la prestación de servicios a través de agentes, por teléfono, etc). También destaca la incorporación de un anexo donde se definen las actividades de inversión, los servicios de otro tipo y los instrumentos financieros incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva.

El Consejo aprobó el 5 de abril de 1993 una posición común relativa a la Propuesta de Directiva por la que se crea un comité de valores mobiliarios. Esta propuesta resulta de las disposiciones de dos directivas distintas: la relativa a la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (Directiva 93/6/CEE), que se citará a continuación, y la Directiva sobre los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables (Directiva 93/22/CEE). Uno de los principales objetivos de este proyecto es la creación, en el seno de la Comisión, de un Comité de valores mobiliarios formado por representantes de los Estados miembros y presidido por un representante de la Comisión. Por otra parte, el 17 de julio de 1995, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva por la que se modifican la Directiva (CEE) 93/6 y la Directiva (CEE) 93/22 del Consejo relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores mobiliarios<sup>390</sup>. Esta propuesta persigue adaptar las disposiciones de esas directivas para permitir la creación del citado Comité de valores.

En materia de adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito para garantizar la igualdad de trato entre ambas mediante la

de julio de 1995) y la Directiva (CE) 97/9 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 3 de marzo de 1997 (DOCE L 84, del 26 de marzo de 1997).

<sup>389</sup> Cfr. al respecto, J. ABELLA SANTAMARÍA. "La directiva relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables y la Ley del Mercado de Valores", en 53 *RDBB* 1994, pp. 55 y ss.; R. MÍNGUEZ PRIETO. "La directiva de servicios de inversión y su incidencia sobre el modelo de mercado de valores español", en *AF*, núm. monográfico 1996, pp. 1 y ss.; y ZUNZUNEGUI. "Adaptación de la Ley del Mercado de Valores a la Directiva de Servicios de Inversión", en *DN*, nº 56, 1995, pp. 1 y ss.

<sup>390</sup> COM(95) 360 final - COD0188 (DOCE C 253, del 28 de septiembre de 1995). El 9 de mayo de 1996 el Parlamento aprobó en primera lectura la propuesta de la Comisión con cuatro enmiendas. La Comisión aceptó parte de dichas enmiendas. El 20 de junio de 1996 la Comisión presentó una propuesta modificada. El 16 de diciembre de 1996 el Consejo aprobó una posición común. El 9 de abril de 1997 el Parlamento aprobó en segunda lectura la posición común del Consejo con algunas enmiendas. El 10 de julio de 1997 la Comisión aceptó parte de dichas enmiendas (COM[97] 355 final). Se espera en breve una propuesta reexaminada que integre las enmiendas del Parlamento aceptadas por la Comisión.

armonización de los requisitos de capital, debe citarse la Directiva (CEE) 93/6<sup>391</sup> del Consejo, del 15 de marzo de 1993, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito<sup>392</sup>, en la que se exigen requisitos de capital inicial mínimos a las empresas de inversión según el tipo de actividad que desarrollen y se aplican a las entidades de crédito los requisitos de la Directiva (CEE) 89/646. Junto a lo dicho también se prevén diversas exigencias para prevenir el riesgo de posición, el riesgo de cambio, las transacciones no concluidas y el requisito general de que cada empresa está obligada a mantener un volumen de fondos propios equivalente a la cuarta parte de sus gastos generales del año anterior imponiendo, por último, la exigencia de que las empresas de inversión evalúen diariamente sus posiciones a precios de mercado.

Una de las últimas novedades armonizadoras es la creación de un sistema de garantía de las inversiones para los casos de quiebra de una empresa de inversión. La Directiva (CE) 97/9<sup>393</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, del 3 de marzo de 1997, relativa a los sistemas de garantía de inversiones exige a todos los Estados miembros que establezcan uno o varios sistemas de garantía de las inversiones, al objeto de que todas las empresas de inversión sean miembro de uno o más de dichos sistemas<sup>394</sup>. El sistema de indemnización se activará<sup>395</sup> cuando (a) las autoridades competentes hayan comprobado que una empresa de inversión no puede atender sus obligaciones derivadas de los derechos de los inversores, sin *aparente perspectiva próxima* de poder hacerlo, o (b) una autoridad judicial haya dictado una resolución que tenga como efecto suspender la posibilidad de los inversores de hacer efectivos sus créditos contra dicha empresa<sup>396</sup>.

Por otra parte, la Comunicación de la Comisión, del 31 de marzo de 1998<sup>397</sup> denominada "El capital de riesgo: clave de la creación de empleo en la Unión Europea", destaca la importancia de los mercados de capital de riesgo, al proporcionar financiación de riesgo a las PYME y sociedades de fuerte crecimiento, indicando también el grado de subdesarrollo de los mercados de capital de riesgo en la Unión, en relación con la situación en los Estados Unidos. Esta situación provoca, en opinión de la citada Comunicación, que los empresarios europeos no pueden acceder satisfactoriamente al capital necesario para el lanzamiento y el desarrollo de sus empresas y que, por otra parte, los inversores de capital de riesgo carecen de buenas oportunidades de colocación. Tras identificar seis barreras para la creación de mercados de capital de riesgo a escala europea, la Comunicación propone un plan de acción para eliminar estos obstáculos y, así

<sup>391</sup> DOCE L 141, del 11 de junio de 1993.

<sup>392</sup> Modificada por la Directiva (CE) 98/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22 de junio de 1998 (DOCE L 204, del 21 de julio de 1998) y la Directiva (CE) 98/33 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22 de junio de 1998 (DOCE L 204, del 21 de julio de 1998).

<sup>393</sup> DOCE L 84, del 26 de marzo de 1997.

<sup>394</sup> Pueden quedar dispensadas las entidades de crédito que ya pertenezcan a un sistema que garantice un grado de protección por lo menos equiparable al de un sistema de garantía y que reúna determinados requisitos específicos.

<sup>395</sup> La directiva fija un nivel mínimo comunitario de cobertura de 20.000 ecus por inversor, autorizando a los Estados miembros a establecer una cobertura más amplia si así lo desean. No obstante, algunas categorías de inversores pueden ser excluidas por los Estados miembros de la cobertura del sistema de garantía, o quedar cubiertas por un importe inferior. Los Estados miembros fijarán libremente las modalidades de organización y de financiación de los sistemas.

<sup>396</sup> Cfr. en comentario, J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. "Aprobada la directiva relativa a los sistemas de indemnización de los inversores", en *RDBB*, nº 66, 1997, pp. 581 y ss.

<sup>397</sup> COM(98) 552 final.



mejorar las condiciones de desarrollo del capital de riesgo en la Unión Europea.

Finalmente ha de mencionarse la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, por la que se modifican las directivas (CEE) 90/619, 97/7 y 98/27/CE<sup>398</sup>, destinada a crear un marco jurídico armonizado para los contratos a distancia en materia de servicios financieros que, al mismo tiempo, ofrezca un nivel adecuado de protección de los consumidores. Por ello este proyecto de directiva persigue completar la Directiva (CE) 97/7 y establecer una base común para las condiciones bajo las cuales se celebran los contratos a distancia en materia de servicios financieros al por menor (servicios bancarios, servicios de seguros y servicios de inversión) y negociados a distancia sin presencia física simultánea de las partes (p.e.: por teléfono, fax o Internet). La propuesta de directiva reconoce, en la línea de otras muchas, un periodo de reflexión de 14 días al consumidor, antes de celebrar un contrato con el proveedor (30 días para los créditos hipotecarios, seguros de vida y operaciones individuales de jubilación) que, lógicamente, se excluye cuando se trate de servicios cuyo precio pueda variar en función de la evolución de los mercados financieros.

#### b. El derecho del mercado de los seguros privados

La creación de un mercado único de seguros es el segundo puntal de la creación de un sistema financiero armonizado en el seno de las Comunidad<sup>399</sup>. Su objetivo es doble: por un lado, conseguir un espacio sin fronteras interiores en el que las entidades aseguradoras puedan ejercer libremente su actividad y, por otro, que los ciudadanos de la Unión puedan acceder a la gama más amplia posible de productos de seguros ofrecidos en la Comunidad, garantizándoles, a su vez, un nivel homogéneo de protección jurídica y económica a la hora de concertar seguros<sup>400</sup>.

La tarea armonizadora de la Comunidad puede examinarse con arreglo a la división entre seguros de vida y seguros de daños (o no de vida). Respecto del primer sector, el Consejo inició su tarea armonizadora en materia de libre prestación de servicios mediante la Directiva (CEE) 79/267 del Consejo, del 5 de

<sup>398</sup> Propuesta de la Comisión COM (98) 468 final (DOCE C 385, del 11 de diciembre de 1998).

<sup>399</sup> La normativa interna de transposición más destacada se contiene en la Ley 30/1995, del 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (BOE 268, del 9 de noviembre de 1995) (LOSSP).

<sup>400</sup> Cfr. en general, E. E. ALCALDE GUTIÉRREZ. "La armonización de la legislación española de seguros con la normativa comunitaria. Efectos sobre su función de intermediación financiera", en *AF*, nº 15, 1996, pp. 1261 y ss.; J. CAMACHO DE LOS RÍOS. *Armonización del derecho del seguro de daños en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1996; M. DEL VALLE SCHAAN. "Mercado interior del seguro: etapas y desarrollo", en *Not. CEE*, nº 91/92, 1992, pp. 11 y ss.; del mismo, "La incorporación de las terceras directivas

comunitarias", en *Not. UE*, nº 139/140, 1996, pp. 121 y ss.; P. FERNÁNDEZ-RAÑADA DE LA GÁNDARA *et al.* "El seguro en la CEE", en *Not. CEE*, nº 16, 1986, pp. 9 y ss.; V. FUENTES CAMACHO. "Adaptación del derecho interno español a las directivas comunitarias sobre seguros directos: omisiones, deficiencias y mecanismos de corrección", en *La Ley*, 1998-1, D-58; E. NAVARRO CONTRERAS. "El nuevo artículo 107 de la Ley de Contrato de Seguro. La transposición de la segunda Directiva en materia de seguros distintos de los de vida", en *La Ley* 1997-3, D-143; y F. J. TIRADO SUÁREZ. "Acotaciones a la reforma de la Ley del contrato de seguro en la perspectiva del derecho comunitario", en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas 1991, pp. 1083 y ss.

marzo de 1979, de coordinación del seguro directo de vida, que fue completada mediante la Segunda Directiva (CEE) 90/619 del Consejo, del 8 de noviembre de 1990, de coordinación del seguro de vida. Ambas fueron complementadas con una Tercera Directiva (CEE) 92/96 del Consejo, del 10 de noviembre de 1992, cuyo objetivo último es la plena realización del mercado con arreglo a los principios de una autorización administrativa única y supervisión de la actividad de la entidad aseguradora por las autoridades del Estado miembro en que esté situado el domicilio social de aquella (*home country control*).

En el sector de seguros no de vida los objetivos son similares y se iniciaron con la Directiva (CEE) 73/239 del Consejo, del 24 de julio de 1973, mediante la que se crea el marco jurídico que permite el libre establecimiento en este sector, que se completó con la Directiva (CEE) 88/357 del Consejo, del 22 de junio de 1988, y una Tercera Directiva (CEE) 92/49 del Consejo, de 18 de junio de 1992, por la que se coordinaron las normas nacionales en materia de inversión, diversificación y emplazamiento de los activos aptos para inversión de las provisiones técnicas, la legislación aplicable a la supervisión de seguros, las condiciones del seguro y el control material de las pólizas y de los documentos contractuales, y, por último, el acceso a la actividad de seguros y su ejercicio, así como la supervisión con arreglo al principio de control por el país de origen. Veamos con un poco más de detalle estas normas.

La armonización también se ha desplegado en sectores específicos tales como el seguro de defensa jurídica (Directiva [CEE] 87/344<sup>401</sup>), los seguros de responsabilidad civil por accidentes de circulación con vehículos a motor (Directiva [CEE] 72/166/CEE<sup>402</sup>, Segunda Directiva 84/5<sup>403</sup> y Tercera Directiva [CEE] 90/232<sup>404</sup>) o, en fin, los seguros de crédito y caución (Directiva [CEE] 73/239<sup>405</sup>). La materia relativa a las cuentas anuales y consolidadas de las compañías aseguradoras también ha merecido la atención de la Comunidad (Directiva [CEE] 91/674<sup>406</sup>), al igual que la creación de un Comité de seguros (Directiva [CEE] 91/675<sup>407</sup>) con funciones de auxilio a la Comisión. En el plano de los proyectos, la Comisión mantiene dos propuestas de directivas: una relativa a la coordinación

<sup>401</sup> Directiva del 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica (DOCE L 185, del 4 de julio de 1987).

<sup>402</sup> Directiva del 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DOCE L 103, del 2 de mayo de 1972).

<sup>403</sup> Directiva del 30 de diciembre de 1983, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles (DOCE L 8, del 11 de enero de 1984).

<sup>404</sup> Directiva del 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones

de los Estados Miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos automóviles (DOCE L 129, del 19 de mayo de 1990).

<sup>405</sup> Directiva del 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro distinto del seguro de vida, y a su ejercicio (DOCE L 228, del 16 de octubre de 1973), modificada por la Directiva (CEE) 87/343, del 22 de junio de 1987 (DOCE L 185, del 4 de julio de 1987).

<sup>406</sup> Directiva del 19 de diciembre de 1991, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros (DOCE L 374, del 21 de diciembre de 1991).

<sup>407</sup> Directiva del 19 de diciembre de 1991, por la que se crea un Comité de Seguros (DOCE L 374, del 31 de diciembre de 1991).

de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre la liquidación obligatoria de sociedades de seguros directos, y otra referida a la vigilancia complementaria de las empresas de seguros que formen parte de un grupo.

En materia de libre prestación de servicios en la actividad aseguradora sobre la vida deben mencionarse la Segunda Directiva (CEE) 90/619<sup>408</sup> del Consejo, del 8 de noviembre de 1990<sup>409</sup>, que establece las normas generales sobre libre prestación de servicios transfronterizos en el ámbito de los seguros de vida, que, entre otras novedades, introduce el derecho del titular de la póliza individual de seguro de vida a disponer de un plazo de quince a treinta días durante el que podrá cancelar el contrato, y la Tercera Directiva (CEE) 92/96<sup>410</sup> del Consejo, del 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativa al seguro directo de vida<sup>411</sup>, que modifica la Directiva (CEE) 79/267 y la antes citada Directiva (CEE) 90/619. El ámbito de aplicación de esta directiva de 1992 coincide con el de la Primera Directiva (CEE) 79/267 para permitir que todo asegurador debidamente autorizado por el Estado miembro de origen desarrolle las actividades contempladas por la directiva en todos los Estados miembros, de tal forma que una única autorización administrativa, otorgada por las autoridades competentes del Estado miembro en el que la empresa tenga el domicilio social, sea suficiente en todos los Estados miembros y permita a la empresa desarrollar en ellos sus actividades, bien en régimen de establecimiento, bien en régimen de libre prestación de servicios. En materia de distribución de competencias la directiva sigue el criterio tradicional, es decir, reserva al Estado miembro de origen, conforme al *home country control*, la competencia exclusiva de supervisión financiera sobre la actividad de la empresa de seguros (p.e.: comprobación de la solvencia de la empresa, de la constitución de provisiones técnicas suficientes, etc.). Esta directiva de 1992 también introduce el derecho a acceder a todo producto de seguros lícitamente comercializado en la Comunidad, siempre y cuando no contravenga las disposiciones legales de interés general en vigor en el Estado miembro del compromiso, y reconoce el derecho del tomador a un plazo, de entre catorce y treinta días desde que se le comunique la formalización del contrato, para renunciar a los efectos del seguro en cuestión.

En idéntico campo pero en materia de seguros no de vida destaca la Segunda Directiva (CEE) 88/357<sup>412</sup> del Consejo, del 22 de junio de 1988<sup>413</sup>, dedicada a definir el régimen de libre prestación de servicios al objeto de establecerlo para buena parte de la actividad aseguradora<sup>414</sup>. Junto a esta novedad la Directiva de

<sup>408</sup> DOCE L 330, del 29 de noviembre de 1990.

<sup>409</sup> Modificada por la Tercera Directiva (CEE) 92/96 del Consejo, del 10 de noviembre de 1992 (DOCE L 360, del 9 de diciembre de 1992). Cfr. *infra*.

<sup>410</sup> DOCE L 360, del 9 de diciembre de 1992 y Dictamen rectificativo en DOCE L 54, del 5 de marzo de 1993.

<sup>411</sup> Modificada por la Directiva (CE) 95/26 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de junio de 1995 (DOCE L 168, del 18 de julio de 1995).

<sup>412</sup> DOCE L 172, del 4 de julio de 1988 y

Dictamen rectificativo en DOCE L 166, del 16 de junio de 1989.

<sup>413</sup> Modificada por la Directiva (CEE) 90/618, del Consejo, del 8 de noviembre de 1990 (DOCE L 330, del 29 de noviembre de 1990) y la Directiva (CEE) 92/49 del Consejo, del 18 de junio de 1992 (DOCE L 228, del 11 de agosto de 1992).

<sup>414</sup> J. M. V. DE FRUTOS GÓMEZ. "Comunidad europea y actividad aseguradora. La segunda directiva sobre la libre prestación de servicios en el seguro directo de daños: una etapa en la realización del mercado interior", en D-13, *GJ CE*, 1990, pp. 131 y

1988 diferencia los grandes riesgos y los riesgos de masa y refuerza y amplía las novedades establecidas por la Primera Directiva de coordinación de 1973 sobre seguros distintos del seguro de vida. También debe citarse la Tercera Directiva (CEE) 92/49<sup>415</sup> del Consejo, del 18 de junio de 1992<sup>416</sup>, que instauró un sistema de autorización administrativa previa y única que permite a las entidades de seguros con domicilio social en uno de los Estados miembros de la Comunidad abrir sucursales y operar en régimen de libre prestación de servicios bajo el control del Estado miembro en el que la entidad aseguradora tiene establecido su domicilio social<sup>417</sup>. Entre otras novedades destacables, la directiva también prohibió los sistemas de control sistemático y *a priori* de pólizas y tarifas, por lo que, excepción hecha de los seguros obligatorios y el seguro de enfermedad sustitutorio de los regímenes legales de seguridad social, los Estados sólo pueden utilizar métodos de control no sistemático y *a posteriori*.

En sus aspectos contables y financieros, la armonización comunitaria en el sector de seguros se ha llevado a término mediante dos normas: la Directiva (CEE) 91/674<sup>418</sup> del Consejo, del 19 de diciembre de 1991, que concentra la normativa sobre información contable y cuentas consolidadas de las empresas de seguros (salvo las pequeñas asociaciones mutuales), y la Directiva (CE) 98/78<sup>419</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de octubre de 1998, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros integradas en grupos de seguros. También existe una Propuesta de Directiva del Consejo sobre la coordinación de las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas sobre la liquidación obligatoria de las compañías de seguros directos<sup>420</sup>, que afecta a las entidades a las que se aplica bien la Primera Directiva (CEE) 73/239 –Directiva de coordinación “no vida”–, bien la Primera Directiva (CEE) 88/357 –llamada de coordinación “vida”– y donde se contemplan dos tipos de liquidación obligatoria –ambos regidos por los principios de unidad de procedimiento y de universalidad de los efectos–, según la situación patrimonial en que se encuentre la entidad afectada: la liquidación obligatoria normal y liquidación obligatoria especial.

Por último, y en lo que atañe a la armonización sectorial, destaca, en primer lugar, la relativa al seguro de defensa jurídica que, mediante la Directiva (CEE) 87/344<sup>421</sup> del Consejo, del 22 de junio de 1987, sobre la coordinación de las

ss.; y J. C. LAGUNA DE PAZ. “Límites de la delegación legislativa para la adaptación de la normativa española al derecho comunitario europeo: su incidencia en el régimen jurídico de las Sociedades de Agencia y Correduría de Seguros”, en *PJ*, nº 18, 1990, pp. 149 y ss.

<sup>415</sup> DOCE L 228, del 11 de agosto de 1992 y Dictamen rectificativo en DOCE L 311, del 14 de noviembre de 1997.

<sup>416</sup> También modificada por la Directiva 95/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de junio de 1995 (DOCE L 168, del 18 de julio de 1995).

<sup>417</sup> Esta tercera Directiva modificó la Directiva (CEE) 73/239 y la Directiva (CEE) 88/357 sobre el seguro no de vida.

<sup>418</sup> DOCE L 374, del 31 de diciembre de 1991.

<sup>419</sup> DOCE L 330, del 5 de diciembre de 1999.

<sup>420</sup> La Comisión presentó la propuesta de Directiva el 23 de enero de 1987. El Parlamento aprobó la propuesta de la Comisión con algunas enmiendas el 14 de marzo de 1989. El 12 de septiembre de 1989 la Comisión presentó una propuesta modificada. La propuesta modificada se encuentra en el Consejo en espera de una posición común. Cfr. Propuesta de la Comisión COM(86) 768 final (DOCE C 71, del 19 de marzo de 1987); Propuesta modificada COM(89) 394 final (DOCE C 235, del 6 de octubre de 1989); Dictamen del Parlamento Europeo (primera lectura: DOCE C 96, del 17 de abril de 1989) y Dictamen del Comité Económico y Social (DOCE C 319, del 30 de noviembre de 1987).

<sup>421</sup> DOCE L 185, del 4 de julio de 1987 y Dictamen rectificativo en DOCE L 218, del 7 de agosto de 1987.

disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, estableció normas comunes para este seguro y, en particular, reconoció que las entidades aseguradoras podían escoger entre (a) establecer un servicio separado para llevar la gestión del seguro de defensa jurídica, (b) confiar la gestión de los siniestros del ramo de defensa jurídica a una empresa jurídicamente distinta, o (c) reconocer al asegurado el derecho a confiar la defensa de sus intereses a un abogado de su elección desde el momento en que tenga derecho a reclamar la intervención del asegurador de conformidad con la póliza, teniendo presente que, en todos los casos en que haya que recurrir a un abogado, el asegurado tendrá libertad de elección<sup>422</sup>. Otro ámbito específico de armonización es el relativo al seguro de crédito y seguro de caución que se llevó a cabo mediante la Directiva (CEE) 87/343<sup>423</sup> del Consejo, del 22 de junio de 1987<sup>424</sup>, donde, entre otros extremos de interés, se suprimió la posibilidad existente en Alemania de prohibir la acumulación del seguro de caución con los de otros ramos y se establecieron garantías financieras suplementarias para el seguro de crédito. También el seguro de crédito a la exportación ha sido objeto de armonización mediante la Directiva (CE) 98/29<sup>425</sup> del Consejo, del 7 de mayo de 1998, relativa a la armonización de las disposiciones principales sobre el seguro de crédito a la exportación para operaciones con cobertura a medio y largo plazo, donde se acaba con las diferencias entre los sistemas públicos de seguro de crédito a la exportación a medio y largo plazo, por sus perniciosos efectos de falseamiento sobre la competencia. Pero sin duda ha sido en el campo de los seguros de responsabilidad civil de vehículos de motor donde la acción de la Comunidad ha sido más enérgica. En efecto, al respecto basta citar la Directiva (CEE) 90/618<sup>426</sup> del Consejo, del 8 de noviembre de 1990, que incluyó el seguro obligatorio de los vehículos de motor contra daños a terceros en el marco establecido por la segunda Directiva (CEE) 88/357 del Consejo sobre seguros "no de vida" y, por tanto, permitió el acceso de este sector al régimen de libre prestación de servicios, o la tercera Directiva (CEE) 90/232<sup>427</sup> del Consejo, del 14 de mayo de 1990, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, cuyas principales innovaciones consistieron en la extensión a todo el territorio de la Comunidad (salvo para ciertos supuestos) de la cobertura del seguro obligatorio de automóviles a los pasajeros de vehículos, así como la prohibición de que el fondo de garantía estatal condicione el pago de la indemnización a que la víctima pueda probar que el responsable del accidente no puede pagar o no está dispuesto a hacerlo<sup>428</sup>.

<sup>422</sup> V. al respecto, E. TEJERO ORTEGO. "Directiva sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica", en *Not. CEE*, n° 53, 1989, pp. 73 y ss.

<sup>423</sup> DOCE L 185, del 4 de julio de 1987.

<sup>424</sup> Esta Directiva modifica la Primera Directiva (CEE) 73/239 del Consejo, del 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio.

<sup>425</sup> DOCE L 148, del 19 de mayo de 1998.

<sup>426</sup> DOCE L 330, del 29 de noviembre de 1990.

<sup>427</sup> DOCE L 129, del 19 de mayo de 1990.

<sup>428</sup> Cfr., entre los abundantes comentarios a estas últimas Directivas, L. M. ALMAJANO DE PABLOS. "Incidencia de la tercera directiva comunitaria sobre seguro de automóviles en la armonización de la cobertura de este seguro", en *Not. CEE*, n° 81, 1991, pp. 67 y ss.; A. BEVERLY. "La armonización del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de Vehículos a Motor", en *RGD*, n° 525,

La Comisión ha presentado una Propuesta de Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican la Directiva (CEE) 73/239 y la Directiva (CE) 92/49<sup>429</sup>. La propuesta contempla disposiciones especiales respecto de las víctimas por siniestros acaecidos en un Estado miembro que no sea el de residencia de las víctimas cuando hayan sido causados por un vehículo asegurado por una empresa establecida en un Estado miembro que no sea el de residencia de la víctima y esté matriculado en un Estado miembro que no sea el de residencia de la víctima. El objeto de la propuesta no es otro que permitir a la víctima de un siniestro de ese tipo ejercer la acción directa contra la entidad aseguradora del sujeto civilmente responsable. Por ello, y de acuerdo con la propuesta, toda entidad de seguros autorizada en virtud de la legislación vigente deberá designar en todos los Estados miembros, salvo aquel en el que haya obtenido la autorización, un representante para la liquidación de siniestros y, además, cada Estado miembro deberá crear o autorizar un organismo de información y un organismo de indemnización. También debe mencionarse la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles<sup>430</sup> y que afecta a aquellas directivas. Esta propuesta tiene por objetivo garantizar a las víctimas de accidentes de circulación que las reglas de liquidación de siniestros serán similares con independencia del lugar de la Comunidad en que se haya producido el accidente y también permitirá superar la normativa actual que sólo contempla casos de accidentes de la circulación

1988, pp. 3795 y ss.; J. CARBONELL PUIG. "La Tercera Directiva 92/96/CEE sobre seguro directo de vida", en *DN*, nº 44, 1994, pp. 1 y ss.; FRUTOS GÓMEZ. "La aplicación del Derecho comunitario al seguro del automóvil", en *RGD* nº 525, 1988, pp. 3809 y ss.; del mismo, "Armonización de las legislaciones en el sector del seguro. La segunda Directiva 84/5 CEE concerniente a la aproximación de las legislaciones relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor", en *La Ley* (Comunidades Europeas), nº 3, 1986-2, pp. 113 y ss.; A. GÓMEZ LOZANO. "Adaptación de la normativa española de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor a las Directivas de la CEE", en *Revista de Derecho de la Circulación*, nº 2, 1987, pp. 66 y ss.; J. L. IGLESIAS PRADA. "Reflexiones sobre la Tercera Directiva de la CEE en materia de seguro de responsabilidad civil automovilística", en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 601 y ss.; REGLERO CAMPOS. "Seguro de responsabilidad civil: la Tercera Directiva CEE", en *DN*, nº 14, 1991, pp. 14 y ss.; F. MANSILLA. "La adaptación del seguro del automóvil a la nor-

mativa europea", en *RDC*, nº 4, 1987, pp. 175 y ss.; F. SOTO NIETO. "Adaptación de la ley de uso y circulación de vehículos de motor al ordenamiento jurídico comunitario", en *La Ley*, 1986-4, pp. 1120 y ss.; F. J. TIRADO SUÁREZ. "La adaptación del seguro del automóvil a la normativa comunitaria", en *RGD*, nº 508/509, 1987, pp. 273 y ss.; del mismo, "La adaptación del seguro del automóvil a la normativa comunitaria (II parte)", en *RGD*, nº 512, 1987, pp. 2563 y ss.; del mismo, "La nueva ley de mediación en seguros privados y el derecho comunitario sobre la materia", en *Not. CEE*, nº 99, 1993, pp. 31 y ss.

<sup>429</sup> COM(97) 510 final COD97/264.

<sup>430</sup> La propuesta fue presentada por la Comisión el 13 de octubre de 1997. La primera lectura del Parlamento se llevó a cabo el 16 de julio de 1998. La Comisión aceptó una parte de las modificaciones propuestas y el 31 de marzo de 1999 presenté una propuesta modificada que se encuentra en el Consejo en espera de una posición común. Cfr. Propuesta de la Comisión COM(97) 510 final COD 0264 (DOCE C 343, del 13 de noviembre de 1997) y propuesta modificada COM(1999) 147 final COD 97/264 (DOCE C 171, del 18 de junio de 1999).

acaecidos en el Estado de residencia de la víctima (por lo que no ofrece garantías suficientes a las víctimas de accidentes de la circulación ocurridos fuera de su Estado de residencia), mediante la armonización del trato a dispensar en caso de accidentes acaecidos en un Estado miembro que no sea el de residencia de la víctima y causados por un vehículo asegurado y matriculado en un Estado miembro que tampoco sea el de residencia de la misma.

### c. El derecho del mercado del crédito

Por último, no cabe duda que la armonización en el sector del mercado del crédito también debe calificarse de pieza esencial para la consecución del mercado financiero único en el seno de la Unión<sup>431</sup>. Los diversos campos de actuación de esta tarea armonizadora abarcan tanto el relativo a la homogeneización de las condiciones de acceso a la actividad bancaria, como en lo referente a la armonización de los controles financieros sobre dichas entidades<sup>432</sup>.

En materia de derecho de establecimiento y libre prestación de servicios bancarios destacan tres normas comunitarias: la Directiva 73/183, la Directiva 77/780 y la Directiva 89/646. La primera de ellas, la Directiva (CEE) 73/183<sup>433</sup> del Consejo, de 28 de junio de 1973, sobre la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de actividades por cuenta propia de los bancos y otras entidades financieras<sup>434</sup>, tiene

<sup>431</sup> Cfr. entre los muchos que lo destacan, J. M. GARRIDO. "El derecho bancario en el mercado único europeo", en *RDM*, nº 195, 1990, pp. 155 y ss.; espec. 155 y 158.

<sup>432</sup> Cfr. en doctrina, J. R. ALVAREZ RENDUELES. "La banca española en los inicios del mercado único bancario", en *ot. CEE*, nº 105, 1993, pp. 11 y ss.; L. BUENO S DRE. "Coordinación bancaria en la Comunidad Económica Europea (primera parte)", en *Not. CEE*, nº 82, 1991, pp. 65 y ss.; del mismo, "Coordinación bancaria en la Comunidad Económica Europea (segunda parte)", en *Not. CEE*, nº 83, 1991, pp. 101 y ss.; P. CLAROTTI. "El libro blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el perfeccionamiento del mercado interno y la banca", en *RDBB*, nº 22, 1986, pp. 241 y ss.; F. CONLLEDO LANTERO. "La convergencia legal en el Tratado de la Unión Económica y Monetaria: ¿hacia un modelo único de banco central nacional?", en *RDBB*, nº 71, 1998, pp. 649 y ss.; C. GALÁN LÓPEZ. "Libro Verde sobre 'Servicios Financieros': cómo satisfacer las expectativas de los consumidores", en *RDBB*, nº 63, 1996, pp. 852 y ss.; F. F. GARAU SOBRINO. "Hacia la liberalización de los movimientos de capitales en la Comunidad Europea: la Directiva 88/361/CEE del Consejo, del 24 de junio", en *Not. CEE*, nº 61, 1990, pp. 37 y ss.; J. GARCÍA ROA. "La implantación del mercado bancario unificado y la adaptación de la normativa

española", en *AF*, nº 7, 1996, pp. 681 y ss.; J. M. GARRIDO. "El derecho bancario", *cit.*, espec. pp. 155 y ss.; P. ISLA ÁLVAREZ DE TEJERA. "Las libertades comunitarias en el sector bancario", en *DN*, nº 42, 1994, pp. 1 y ss.; LLEBOT MAJÓ. "El mercado interior del crédito en el ámbito de la CEE", en *RDBB*, nº 38, 1990, pp. 373 y ss.; E. PIÑEL. "La moneda única y los contratos bancarios", en *RDBB*, nº 64, 1997, pp. 999 a 1009; F. SÁNCHEZ CALERO. "Adaptación de la normativa de los establecimientos de crédito al ordenamiento de la CEE", en *RDBB*, nº 23, 1986, pp. 463 y ss.; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. "La armonización bancaria: autorización, control y estructura de bancos y sucursales", en *Libre circulación de capitales en la CEE*, Valladolid, Lex Nova/Centro de Estudios Europeos, Universidad de Valladolid, pp. 33 y ss.; P. TROBERG. "Algunas consideraciones en torno a la armonización del derecho bancario en la Comunidad Europea", en *RDBB*, nº 22, 1986, pp. 257 y ss.; y E. VERDERA Y TUELLS. "La liberalización de los movimientos de capitales en la CEE", en *RDM*, nº 196/197, 1990, pp. 281 y ss. (también en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 1125 y ss.).

<sup>433</sup> DOCE L 194, del 16 de julio de 1973.

<sup>434</sup> Incorporada a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto Legislativo 1298/1986, del 28 de junio, de adaptación del

un ámbito reducido en relación con los estándares actuales<sup>435</sup> ya que, por ejemplo, no se aplica a las entidades financieras que se desplacen a otro Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos, ni a la prestación de servicios relacionados con los movimientos de capitales, o no incluye determinados servicios (p.e.: recepción de órdenes de compra o de venta).

La Directiva (CEE) 77/780<sup>436</sup> del Consejo, del 12 de diciembre de 1977, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio<sup>437</sup> (conocida como Primera Directiva de coordinación bancaria<sup>438</sup>), puede identificarse como la primera norma comunitaria que realmente impone las condiciones de un verdadero mercado común bancario. Esta directiva regula el acceso a la actividad bancaria –es decir, la consistente en recibir depósitos del público y conceder créditos– mediante el establecimiento de las condiciones básicas de autorización<sup>439</sup> (p. ej.: fondos propios diferenciados, mínimo suficiente de fondos propios, etc.), enumera las entidades que quedan excluidas de su ámbito de aplicación (p. ej.: los bancos centrales) e indica las condiciones que permiten la aplicación parcial o la aplicación aplazada (con carácter temporal) de la directiva<sup>440</sup>. También establece las normas de creación de sucursales de entidades de crédito que tengan su domicilio social en otro Estado miembro, impone los requisitos que deben darse para que la autoridad nacional competente pueda retirar la autorización concedida a una entidad de crédito y añade ciertas condiciones suplementarias para la autorización de entidades de crédito que formen parte de un grupo<sup>441</sup>.

La última directiva de esta tanda, e instrumento fundamental para la realización del mercado interior bancario, es la llamada Ley bancaria europea: la Directiva (CEE) 89/646<sup>442</sup> del Consejo, del 15 de diciembre de 1989, para la

derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas (BOE 155, del 30 de junio de 1986).

<sup>435</sup> La principal razón de su escasa importancia actual radica en la aplicabilidad directa de las disposiciones del Tratado y la superación por la Primera Directiva de coordinación bancaria.

<sup>436</sup> DOCE L 322, del 17 de diciembre de 1977.

<sup>437</sup> Modificada por la Directiva (CEE) 85/345 del Consejo, del 8 de julio de 1985 (DOCE L 183, del 16 de julio de 1985); Directiva (CEE) 86/137 del Consejo, de 17 de abril de 1986 (DOCE L 106, del 23 de abril de 1986); Directiva (CEE) 86/52 del Consejo, del 27 de octubre de 1986 (DOCE L 309, del 4 de noviembre de 1986); Directiva (CEE) 89/646 del Consejo, del 15 de diciembre de 1989 (DOCE L 386, del 30 de diciembre de 1989); Directiva (CE) 95/26 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de junio de 1995 (DOCE L 168, del 18 de julio de 1995); Directiva (CE) 96/13 del Consejo, del 11 de marzo de 1996 (DOCE L 66, del 16 de marzo de 1996); Directiva (CE) 98/33 del Parlamento Europeo y del

Consejo, del 22 de junio de 1998; (DOCE L 204 del 21 de julio de 1998 y Dictamen rectificativo en DOCE L 270, del 7 de octubre de 1998).

<sup>438</sup> Incorporada a través del Real Decreto Legislativo 1298/1986, del 28 de junio, de adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas (BOE 155, del 30 de junio de 1986) y la Ley 26/1988, del 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito (BOE 182, del 30 de julio de 1988).

<sup>439</sup> La Comisión ha publicado la decimoquinta edición de la lista de los establecimientos de crédito de conformidad con el artículo 3.7 y el artículo 10.2 de la Directiva (CEE) 77/780 (cfr. DOCE C 237, del 28 de julio 1998).

<sup>440</sup> Cfr. el Informe [COM(85) 77 final] de la Comisión al Consejo sobre la aplicación aplazada de esta Primera Directiva.

<sup>441</sup> El 21 de septiembre de 1998 la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (CEE) 77/780 (DOCE C 317, del 15 de octubre de 1998).

<sup>442</sup> DOCE L 386 del 30 de diciembre de



coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE<sup>443</sup> (denominada Segunda Directiva de coordinación bancaria<sup>444</sup>). Su misión consiste en establecer el reconocimiento mutuo de las autorizaciones y sistemas de supervisión cautelar, de modo que las autorizaciones concedidas en un Estado miembro sean válidas en el conjunto de la Comunidad y se aplique el principio del ejercicio del control por parte del Estado miembro de origen<sup>445</sup> (*home country control*), estableciéndose un catálogo de operaciones que constituyen el núcleo de la actividad bancaria y que, por tanto, se benefician del reconocimiento mutuo<sup>446</sup>. Otros extremos de interés introducidos por esta directiva son el reconocimiento de la reserva de actividad<sup>447</sup>, el establecimiento de un capital mínimo para desarrollar esta actividad en función de la categoría de entidad de que se trate, la necesidad de identificación de socios con una participación cualificada, la introducción de una autorización bancaria única que permite abrir una sucursal de una entidad autorizada en otro Estado miembro sin que el Estado de acogida pueda exigir autorización o capital de dotación, el establecimiento de diversas normas relativas a las autorizaciones que se concedan a entidades filial, directa o indirecta, de empresas matrices que se rijan por el derecho de países no comunitarios, y las prohibiciones de inversión de los fondos propios (p. ej.: invertir más del 15 por 100 de fondos propios en una entidad que no sea de crédito, o una entidad financiera, o una empresa que ejerza actividades auxiliares o que represente una extensión de la actividad bancaria).

1989 y Dictamen rectificativo en DOCE L 15, del 19 de enero de 1990.

<sup>443</sup> Modificada por la Directiva (CEE) 93/20 del Consejo, del 6 de abril 1992 (DOCE L 110, del 6 de abril de 1992 y Dictamen rectificativo en DOCE L 280, del 24 de septiembre de 1992) y Directiva (CE) 95/26 del Consejo y del Parlamento, del 29 de junio 1995 (DOCE L 168, del 18 de julio de 1995). Cfr. en comentario específico, M. L. ALONSO HORCADA y J. M. CUENCA MIRANDA. "Comunicación de la comisión sobre libre prestación de servicios e interés general en la segunda directiva bancaria", en *RDBB*, n° 67, 1997, pp. 998 y ss.; J. PIÑARES LEAL. "La segunda directiva de coordinación bancaria y su adaptación en España", en *Not. CEE*, n° 89, 1992, pp. 11 y ss.; I. RAMOS HERRANZ. "Nueva modificación de la primera directiva de coordinación bancaria por lo que respecta a la lista de entidades de crédito excluidas de forma permanente del ámbito de su aplicación", en *RDBB*, n° 62, 1996, pp. 518 y ss.; y M. J. VÁZQUEZ PENA. "Comunicación interpretativa de la comisión europea sobre los problemas de la libre prestación de servicios y el interés general en la segunda directiva bancaria", en *RDBB*, n° 67, 1997, pp. 1011 y ss.

<sup>444</sup> Incorporada al ordenamiento español mediante la Ley 3ª de 1994, del 14 de abril,

por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la segunda directiva de coordinación bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero (BOE 90, del 15 de abril de 1994).

<sup>445</sup> De hecho, la distribución de las funciones de supervisión entre las autoridades del país de origen y las del país de acogida es la siguiente: el país de origen responde de la solvencia global y el país de acogida controla la liquidez de las sucursales establecidas en su territorio.

<sup>446</sup> Esta Directiva aporta modificaciones importantes al régimen instaurado por la Directiva (CEE) 77/780, sobre todo, en materia de supervisión prudencial y la posibilidad para los Estados miembros de acogida de exigir una autorización y un capital de dotación de las sucursales de las entidades de crédito autorizadas en otros Estados miembros y, especialmente, al prever la concesión de una autorización única válida en toda la comunidad y la aplicación del principio de supervisión por el Estado miembro de origen.

<sup>447</sup> Es decir: es necesario estar autorizado como entidad de crédito para ejercer, a título profesional, la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables del público.

La Directiva (CEE) 92/30<sup>448</sup> del Consejo, del 6 de abril de 1992, sobre la supervisión consolidada de las entidades de crédito<sup>449</sup>, sustituye a la Directiva (CEE) 83/350 y tiene por objeto reforzar la supervisión de las entidades de crédito que forman parte de un grupo, mediante la ampliación del ámbito de la supervisión consolidada tanto a los grupos bancarios cuya empresa matriz sea una entidad de crédito, como a aquellos otros en los que no se dé esta circunstancia<sup>450</sup>. Por otra parte, mediante la Directiva (CEE) 92/121<sup>451</sup> del Consejo, del 21 de diciembre de 1992, sobre vigilancia y control de las operaciones de gran riesgo de las entidades de crédito<sup>452</sup>, se armonizan las normas esenciales de supervisión sobre los grandes riesgos frente a un cliente o grupo de clientes relacionados entre sí, entendidos éstos como riesgos cuyo valor alcanza o supera el 10 por 100 de los fondos propios de la entidad acreedora<sup>453</sup>.

Como no podía ser de otra forma, la Comunidad también ha armonizado diversos aspectos relativos a la estructura económica de las entidades de crédito. Así ha ocurrido en materia de fondos propios, con la Directiva (CEE) 89/299<sup>454</sup> del Consejo, del 17 de abril de 1989, sobre los fondos propios de las entidades de crédito<sup>455</sup>; en materia de coeficientes de solvencia, con la Directiva (CEE) 89/647<sup>456</sup> del Consejo, del 18 de diciembre de 1989, sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito<sup>457</sup>; o, en fin, en lo relativo a la adecuación de requisitos

<sup>448</sup> DOCE L 110, del 28 de abril de 1992 y dictamen rectificativo en DOCE L 280, del 24 de septiembre de 1992.

<sup>449</sup> Modificada por la Directiva (CEE) 93/6 del Consejo, del 15 de marzo de 1993 (DOCE L 141, del 11 de junio de 1993).

<sup>450</sup> Incorporada a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto 1343/1992, del 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/1992, del 1º de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada en las entidades financieras (BOE 293, del 7 de diciembre de 1992).

<sup>451</sup> DOCE L 29, del 5 de febrero de 1993.

<sup>452</sup> Incorporada a nuestro ordenamiento por la Orden de 30 de diciembre de 1992, sobre normas de solvencia de las entidades de crédito (BOE 7, del 8 de enero de 1993) y por la Circular del Banco de España 5/1993, de 26 de marzo, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE 84, del 8 de abril de 1993).

<sup>453</sup> Cfr. al respecto, G. CALVO DÍAS. "Directiva comunitaria sobre supervisión y control de las operaciones de gran riesgo en las entidades de crédito", en *Not. CEE*, nº 105, 1993, pp. 17 y ss.

<sup>454</sup> DOCE L 124, del 5 de mayo de 1989.

<sup>455</sup> Modificada por la Directiva (CEE) 91/633 del Consejo, del 3 de diciembre de 1991 (DOCE L 339, del 11 de diciembre de 1991); Directiva (CEE) 92/16 del Consejo, del 16 de marzo de 1992 (DOCE L 75, del 21 de marzo de 1992); y Directiva (CEE) 92/30 del

Consejo, del 6 de abril de 1992 (DOCE L 110, del 28 de abril de 1992 y Dictamen rectificativo en DOCE L 280, del 24 de septiembre de 1992). Cfr. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ. "Examen de la Directiva 89/117 del Consejo de las Comunidades sobre publicidad de los documentos contables de las sucursales en el extranjero de establecimientos bancarios", en *Not. CEE*, nº 64, 1990, pp. 53 y ss.; y M. TARRIO BEJARANO. "Directiva del Consejo relativa a los fondos propios de las entidades de crédito", en *Not. CEE*, nº 65, 1990, pp. 53 y ss.

<sup>456</sup> DOCE L 386, del 30 de diciembre de 1989 y Dictamen rectificativo en DOCE L 234, del 26 de agosto de 1997.

<sup>457</sup> Modificada por la Directiva (CEE) 92/30 del Consejo, del 6 de abril de 1992 (DOCE L 280, del 24 de septiembre de 1992); Directiva (CE) 95/15 de la Comisión, del 31 de mayo de 1995 (DOCE L 125, del 8 de junio de 1995); Directiva (CE) 96/10 del Consejo, del 21 de marzo de 1996 (DOCE L 85, del 3 de abril de 1996); Directiva (CE) 98/32 del Parlamento y del Consejo, del 19 de mayo de 1998 (DOCE L 204, del 21 de julio de 1998); Directiva (CE) 98/33 del Parlamento y del Consejo, del 22 de junio de 1998 (DOCE L 270, del 7 de octubre de 1998). Cfr. sobre ésta y la modificación operada por la Directiva 96/10/CE, F. J. PIÑARES LEAL. "Comentario a la propuesta de directiva del consejo sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito", en *Not. CEE*, nº 52, 1989, pp. 69 y ss.; E. DÍAZ RUIZ.

con las empresas de servicios de inversión mediante la Directiva (CEE) 93/6<sup>458</sup> del Consejo, del 15 de marzo de 1993, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito<sup>459</sup>, que se destina a garantizar la igualdad de trato para las entidades de crédito y las empresas de inversión, armonizando sus requisitos de capital<sup>460</sup>. También ha abordado la armonización de los requisitos informativos de naturaleza contable con la Directiva (CEE) 89/117<sup>461</sup> del Consejo, del 13 de febrero de 1989, relativa a las obligaciones en materia de publicidad de los documentos contables de las sucursales, establecidas en un Estado miembro, de entidades de crédito y de entidades financieras con sede social fuera de dicho Estado miembro, al objeto de evitar que las sucursales de los bancos y de otras entidades financieras con domicilio social en otro Estado miembro o en un tercer país publiquen cuentas anuales separadas y con la Directiva (CEE) 86/635<sup>462</sup> del Consejo, del 8 de diciembre de 1986, sobre las cuentas anuales y cuentas consolidadas de los bancos y de otras entidades financieras que tiene por objeto armonizar la información contable de todas las entidades de crédito (y otras entidades financieras) de la Comunidad<sup>463</sup>.

La creación de un sistema de garantía de depósitos al objeto de proteger a los depositantes de las entidades de crédito en todo el territorio de la UE y garantizar la estabilidad del sistema bancario en su conjunto se produjo mediante la Directiva (CE) 94/19<sup>464</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos<sup>465</sup>. Esta directiva obliga a los Estados a instaurar en su territorio uno o más sistemas de garantía de depósitos que cubran todos los depósitos de un mismo depositario hasta un

“Directiva 96/10/CE, del 21 de marzo de 1996, modificando la Directiva 89/647/CEE, respecto al reconocimiento por las autoridades competentes de la compensación contractual en relación a las cuentas de orden relacionadas con tipos de interés y tipos de cambio de divisas”, en *RDBB*, nº 62, 1996, pp. 501 y ss.; y I. GÓMEZ-JORDANA. “La Directiva 96/10/CE, del 21 de marzo de 1996, que modifica la Directiva 89/647/CEE en lo que se refiere al reconocimiento por las autoridades competentes de la compensación contractual”, en *RDBB*, nº 63, 1996, pp. 651 y ss. Por último, téngase presente que ambas han sido incorporadas al ordenamiento español través de la Ley 13/1992, del 1º de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada en las entidades financieras (BOE 132, del 2 de junio de 1992) y del Real Decreto 1343/1992, del 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/1992, del 1º de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada en las entidades financieras (BOE 293, del 7 de diciembre de 1992).

<sup>458</sup> DOCE L 141, de 11 de junio de 1993.

<sup>459</sup> Modificada por la Directiva (CE) 98/31 del Parlamento y del Consejo, del 22 de junio de 1998 (DOCE L 248, del 8 de septiembre de 1998) y la Directiva (CE) 98/33 del Parlamento y del Consejo, del 22 de

junio de 1998 (DOCE L 204, del 21 de julio de 1998 y Dictamen rectificativo en DOCE L 270, del 7 de octubre de 1998).

<sup>460</sup> Incorporada al ordenamiento español a través de la Ley 37/1998, del 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, del 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE 275, del 17 de noviembre de 1998).

<sup>461</sup> DOCE L 44, del 16 de febrero de 1989.

<sup>462</sup> DOCE L 372, del 31 de diciembre de 1986 y Dictamen rectificativo en DOCE L 60, del 3 de marzo de 1987 y DOCE L 316, del 23 de noviembre de 1988.

<sup>463</sup> Estas dos últimas directivas han sido incorporadas mediante la Circular del Banco de España 4/1991, del 14 de junio, a entidades de crédito, sobre normas de contabilidad y modelos de estados financieros (BOE 153, del 27 de junio de 1991).

<sup>464</sup> DOCE L 135, del 31 de mayo de 1994.

<sup>465</sup> Incorporada mediante el Real Decreto 2606/1996, del 20 de diciembre, sobre régimen jurídico de los Fondos de Garantía de Depósitos (BOE 307, del 20 de diciembre de 1996). Cfr. al respecto, F. SÁNCHEZ CALERO. “Modificación del régimen de los fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito, con motivo de la transposición de la Directiva 94/19/CE”, en *RDBB*, nº 61, 1996, pp. 228 y ss.

importe total de 20.000 euros para el caso de que los interesados no puedan disponer de los mismos (p. ej.: por insolvencia de la entidad).

En materia de instrumentos de pago, la Comunidad también ha desplegado su actividad armonizadora mediante tres recomendaciones. La primera es la Recomendación (CEE) 87/598<sup>466</sup> de la Comisión, del 8 de diciembre de 1987, relativa a un código europeo de conducta referente a los pagos electrónicos, donde se expresan los principios generales relativos al contrato entre organismos emisores de tarjetas y sus usuarios y donde se establece el principio de libertad de afiliación del cliente a los emisores que elija y de interoperabilidad de todas las terminales de pagos electrónicos. La segunda es la Recomendación (CEE) 88/590<sup>467</sup> de la Comisión, del 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y, en particular, a las relaciones entre los titulares de las tarjetas y los expedidores de las mismas, en la que establece la obligación de que las entidades financieras faciliten al cliente información apropiada sobre las cláusulas contractuales (en particular sobre las facturas y todos los demás gastos posibles que deba satisfacer), así como sobre sus derechos y obligaciones contractuales, se sostiene la irregularidad de remitir al consumidor medios de pago que no haya solicitado, y se recomienda que las operaciones autorizadas por los organismos expedidores sean consignadas en soporte físico, a fin de que sea posible conservar una prueba y rectificar los errores. Y la tercera es la Recomendación (CE) 97/489<sup>468</sup> de la Comisión, del 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos, aplicable a las transacciones efectuadas mediante instrumentos de acceso a distancia, tales como instrumentos electrónicos de pago o ventanillas automáticas, para recomendar que el emisor debe comunicar al titular las condiciones contractuales por las que se regirá la emisión y la utilización del instrumento, así como la legislación aplicable al contrato y establecer las obligaciones a que está sujeto el titular del medio de pago. Esta recomendación también contiene una limitación de responsabilidad del titular del instrumento, por utilización ilegítima de un máximo de 150 euros, salvo que se pruebe que actuó con negligencia grave o de forma fraudulenta<sup>469</sup>.

La reciente Directiva (CE) 98/26<sup>470</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores<sup>471</sup> pretende, por su parte, reducir el riesgo sistémico<sup>472</sup> que llevan aparejado

<sup>466</sup> DOCE L 365, del 24 de diciembre de 1987.

<sup>467</sup> DOCE L 317, del 24 de noviembre de 1988.

<sup>468</sup> DOCE L 208, del 2 de agosto de 1997.

<sup>469</sup> V. sobre las citadas Recomendaciones, en general, M. P. DÍAZ CREMADES. "Comentario a la recomendación de la Comisión del 17 de noviembre de 1988 relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas", en *Not. CEE*, nº 64, 1990, pp. 45 y ss.; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. "Recomendación de la Comisión de la CEE en relación con las tarjetas de crédito", en *RDBB*, nº 28, 1987, pp. 903 y ss.; del mismo,

"Proyecto de Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas en relación a los sistemas de pago", en *RDBB*, nº 39, 1990, pp. 665 y ss.; I. FARRANDO MIGUEL y J. CASTAÑER CODINA. "Atribución y distribución de responsabilidad civil por el uso no autorizado de tarjetas", en *RDBB* 2001 (en prensa).

<sup>470</sup> DOCE L 166, del 11 de junio de 1998.

<sup>471</sup> La Directiva ha sido incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 41/1999, del 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores (BOE 272, del 13 de noviembre de 1999).

<sup>472</sup> El riesgo sistémico supone que el incumplimiento de las obligaciones de un par-

los sistemas de pagos y de liquidación de valores, para lo que establece las normas aplicables a las órdenes de transferencia y compensación e indica tres ideas cardinales<sup>473</sup>. *Una*, que las órdenes de transferencia no podrán revocarse una vez cursadas al sistema; *dos*, que la insolvencia de un participante no podrá tener efectos retroactivos y, *tres*, que la legislación aplicable en materia de insolvencia será la del Estado miembro del sistema. Así mismo, la directiva dispone que las garantías constituidas en favor de un sistema por un participante no se verán afectadas por la incoación contra éste de un procedimiento de insolvencia.

También deben traerse a esta sede las directivas relativas a transacciones financieras que abarcan desde la Directiva (CEE) 91/308<sup>474</sup> del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales<sup>475</sup>, hasta las normas relativas a transferencias financieras transfronterizas. Centrándonos en estas últimas destaca, en primer lugar, la Recomendación (CEE) 90/109<sup>476</sup> de la Comisión, del 14 de febrero de 1990, sobre la transparencia de las condiciones bancarias en las transacciones financieras transfronterizas y, sobre todo la Directiva (CE) 97/5<sup>477</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas<sup>478</sup>, que establece los requisitos mínimos en materia de información y de ejecución de las transferencias transfronterizas, para lograr que las transferencias intracomunitarias efectuadas en euros y (por ahora) en divisas de los Estados miembros, y cuyo importe no sobrepase los 50.000 euros, sean rápidas,

participante en un sistema de pagos o de liquidación de valores puede dar lugar a la imposibilidad de que otros participantes cumplan a su vez con sus respectivas obligaciones.

<sup>473</sup> Las entidades incluidas en el ámbito de aplicación de la directiva son tanto las entidades de crédito, como las empresas de inversión, organismos públicos y cualquier empresa que tenga su sede social fuera del territorio comunitario y que desempeñe funciones análogas a las de las entidades de crédito o las empresas de inversión comunitarias.

<sup>474</sup> DOCE L 166, del 28 de junio de 1991.

<sup>475</sup> Cfr. los Informes de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva COM(95) 54 final y COM(98) 401 final y, en comentario doctrinal, G. ARRANZ PUMAR. "Directiva relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales", en *Not. CEE*, nº 99, 1993, pp. 11 y ss.; C. A. CHAVES GALÁN. "La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de actividades delictivas en el marco de la Unión Europea. Conceptos y perspectivas", en *Not. CEE*, nº 159, 1998, pp. 49 y ss.; del mismo, "El espacio financiero europeo como marco del problema del blanqueo de capitales", en *Not. CEE*, nº 160, 1998, pp. 21 y ss.; del mismo, "Situación actual y perspectivas de futuro en torno a la lucha contra el blanqueo de capitales en la Unión Europea", en *Not. CEE*, nº 165, 1998, pp. 21 y ss.; del mismo, "La Directiva 91/308/CEE, del Consejo, del

10 de junio, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales", en *Not. CEE*, nº 162, 1998, pp. 17 y ss. Por último, téngase presente que esta Directiva ha sido incorporada mediante la Ley 19/1993, del 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE 311, del 29 de diciembre de 1993).

<sup>476</sup> DOCE L 67, del 15 de marzo de 1990.

<sup>477</sup> DOCE L 43, del 14 de febrero de 1997 y Dictamen rectificativo en DOCE L 25, del 31 de enero de 1998 y DOCE L 95, del 10 de abril de 1997.

<sup>478</sup> Cfr. sobre el particular, A. AURIOLAS MARTÍN. "La directiva comunitaria sobre transferencias bancarias transfronterizas", en *DN*, nº 85, 1997, pp. 11 y ss.; R. LAFUENTE SÁNCHEZ. "Las transferencias transfronterizas en la Unión Europea: reflexiones sobre la propuesta de directiva del 18 de noviembre de 1994", en *RGD*, nº 620, 1996, pp. 5003 y ss.; J. L. DE PAZ MARTÍN. "Las transferencias transfronterizas en la Unión Europea: la Directiva 97/5/CE", en *La Ley*, 1998-6, D-291; M. C. SÁNCHEZ MIGUEL. "Transferencias de fondos en la Unión Europea: propuesta de directiva relativa a transferencias transfronterizas", en *RDBB*, nº 57, 1995, pp. 174 y ss.; y M. J. VÁZQUEZ PENA. "Directiva Europea relativa a las transferencias transfronterizas", en *RDBB*, nº 65, 1997, pp. 359 y ss.

fiables y poco costosas. Esta directiva incorpora como novedad más sobresaliente el deber de indemnización de la entidad al cliente en los casos en que no se respete el plazo convenido o, a falta de dicho plazo, cuando al término del quinto día laborable bancario siguiente a la fecha de aceptación de la orden de transferencia transfronteriza, no se hayan acreditado los fondos en la cuenta de la entidad del beneficiario (salvo que el retraso sea imputable al ordenante<sup>479</sup>).

Por último también debe tenerse presente que el 15 de diciembre de 1997 la Comisión presentó una nueva Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio<sup>480</sup>. Esta propuesta tiene por objeto la codificación de todas las directivas que abarcan este ámbito. Aparte de la Directiva (CEE) 77/780, este proyecto de Directiva también afecta a las directivas (CEE) 73/183, 89/299, 89/646, 89/647, 92/30 y 92/121. También ha de repararse que, entre los proyectos en marcha existe una Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la coordinación de leyes, reglamentos y disposiciones administrativas sobre el saneamiento y la liquidación de las entidades de crédito<sup>481</sup>, que tiene por objeto instaurar un sistema de reconocimiento mutuo de las normas que en los distintos Estados miembros regulan la resolución de las dificultades financieras de sus respectivas entidades de crédito, para lo que define qué se entiende por medidas de saneamiento y establece las normas de distribución a la hora de aplicar esas medidas en función de dónde tengan sus oficinas principales las entidades de crédito: dentro o fuera de la Comunidad. Otro proyecto en marcha es la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (CEE) 77/780 sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio<sup>482</sup>, que pretende armonizar el tratamiento aplicable a los emisores no bancarios de dinero electrónico –denominados: “entidades de dinero electrónico”– sujetándolos a una supervisión cautelar apropiada para evitar falseamientos de la competencia entre emisores bancarios y no bancarios. Para ello se proyecta modificar la Primera Directiva bancaria para considerar a estas entidades de dinero electrónico como entidades de crédito y, por tanto, sujetarlas a las disposiciones de la primera y segunda directivas de coordinación bancaria y, en definitiva, permitirles acceder al pasaporte europeo. Y, finalmente, también ha de recordarse la existencia de una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo

<sup>479</sup> Incorporada al ordenamiento español por la Ley 9/1999, del 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea (BOE 88, del 13 de abril de 1999).

<sup>480</sup> COM(97) 706 final COD0357.

<sup>481</sup> El 23 de diciembre de 1985, la Comisión presentó esta propuesta. La primera lectura se llevó a cabo el 13 de marzo de 1987, el Parlamento aprobó la propuesta de la Comisión con algunas enmiendas. La Comisión aceptó parte de estas enmiendas y presentó una propuesta modificada el 4 de enero de 1988. Cfr. Propuesta de la Comisión COM(85) 788 final (DOCE C 356,

del 31 de diciembre de 1985); Dictamen del Parlamento Europeo (primera lectura: DOCE C 99, del 13 de abril de 1987); Propuesta modificada COM(88) 4 final (DOCE C 36, del 8 de febrero de 1988); y Dictamen del Comité Económico y Social (DOCE C 236, del 20 de octubre de 1986).

<sup>482</sup> Dos propuestas han sido llevadas por la Comisión al Parlamento para que éste emita su dictamen. Cfr. Propuesta de la Comisión [COM(1998) 461 final COD0252] (DOCE C 313, del 15 de octubre de 1998) y Propuesta de la Comisión [COM(1998) 461 final COD0253] (DOCE C 313, del 15 de octubre de 1998).

y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales<sup>483</sup>, donde se persigue luchar contra la morosidad estableciendo que la fecha de vencimiento del pago de deudas no debe superar los 21 días naturales a partir de la fecha de facturación o, en ausencia de factura, a partir de la fecha de entrega, salvo que contractualmente se hubiera dispuesto lo contrario. Esta propuesta también prevé la posibilidad de que las partes contratantes pacten “reservas de dominio” o que se establezcan procedimientos acelerados (que no necesitan la intervención de un juez, y que no superarán los sesenta días) para el cobro de deudas no impugnadas.

### 6. *El derecho de la contratación con consumidores*

La defensa de los consumidores y usuarios es, además de una política propia de la Unión Europea, un campo estrechamente vinculado a las tareas armonizadoras en el sector financiero<sup>484</sup>. Los logros armonizadores en defensa de los usuarios de servicios financieros se centran, esencialmente, en un triple ámbito. En primer lugar, respecto de los peligros que supone la contratación no presencial con una especial atención a la novedades derivadas de la irrupción del comercio electrónico; en *segundo término*, sobre el clausulado de los contratos realizados con consumidores y, particularmente, respecto de las cláusulas abusivas; y, en *tercer*

<sup>483</sup> La propuesta fue presentada por la Comisión el 25 de marzo de 1998. El Comité Económico y Social emitió su dictamen el 10 de septiembre de 1998. En primera lectura, realizada el 17 de septiembre de 1998, el Parlamento Europeo ha presentado diversas enmiendas al texto inicial (p.ej.: sobre las definiciones de transacciones comerciales o administraciones públicas, sobre la fecha inicial de cómputo del incumplimiento, etc.). La Comisión ha aceptado una parte de las enmiendas y el 29 de octubre de 1998 presentó una propuesta modificada para la adopción de una posición común. Propuesta de la Comisión COM(98) 126 final COD0099 (DOCE C 168, del 3 de junio de 1998); Propuesta modificada COM(98) 615 final (DOCE C 374, del 3 de diciembre de 1998); y Dictamen del Comité Económico y Social (DOCE C 407, del 28 de diciembre de 1998). Propuesta de la Comisión COM(98) 126 final COD0099 (DOCE C 168, del 3 de junio de 1998); Propuesta modificada COM(98) 615 final (DOCE C 374, del 3 de diciembre de 1998); y Dictamen del Comité Económico y Social (DOCE C 407, del 28 de diciembre de 1998).

<sup>484</sup> Cfr., en general, sobre la influencia del Derecho de la CE sobre el derecho de los consumidores, J. M. BADENAS CARPIO. “Los litigios transfronterizos: notas al *Libro Verde* sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el

mercado único europeo”, en *AC*, 1995-1, pp. 59 y ss.; G. A. BOTANA GARCÍA. “Incidencia de los instrumentos de derecho comunitario en la protección de los consumidores”, en *AC*, 1993-1, pp. 53 y ss.; L. M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA. “Derecho comunitario y protección de los consumidores”, en *RCDD*, nº 620, 1994, pp. 201 y ss.; C. A. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO. “Las comunidades europeas y la protección de los consumidores”, en *RGD*, nº 586/587, 1993, pp. 6761 y ss.; J. LETE ACHIRICA. “La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario”, en *AC*, 1998-1, pp. 183 y ss.; M. J. MORILLAS JARILLO. “La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea”, en *AC*, 1994-3, pp. 571 y ss.; I. QUINTANA CARLO. “La protección del consumidor en España (aspecto comparativo con la Comunidad Económica Europea)”, en *AC*, 1987-1, pp. 801 y ss.; S. RIVERO ALEMÁN. *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Pamplona, Aranzadi, 1995; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. “Propuesta de Directiva por la que se introduce la acción inhibitoria en defensa de los intereses de los consumidores”, en *RDBB*, nº 62, 1996, pp. 530 y ss.; y D. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA. “La política de la Comunidad Económica Europea para la protección de los consumidores”, en *Not. CEE*, nº 63, 1990, pp. 79 y ss.

*lugar*, en materia de financiación del consumo<sup>485</sup>. Veamos con más detalle los esfuerzos de armonización en este sector.

En materia de protección contractual del consumidor destaca, en primer lugar, la Directiva (CE) 97/7<sup>486</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de febrero de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia<sup>487</sup>, destinada a exigir que el consumidor o usuario reciba información clara y comprensible sobre ciertos extremos (p. ej.: identidad y, en su caso, la dirección del proveedor, características del bien o del servicio, así como su precio, etc.), antes de concluir cualquier contrato a distancia de los incluidos en el ámbito de la Directiva<sup>488</sup>. Esta información deberá confirmarse por escrito o en soporte duradero (p. ej.: correo electrónico, etc.) en el momento de la ejecución del contrato. Como es ya tradicional, la norma comunitaria también reconoce en beneficio del consumidor un *derecho de retractación* de, al menos, siete días laborables sin que su ejercicio pueda penalizarse<sup>489</sup>. También se establece en la norma comunitaria que, en principio, el vendedor o proveedor dispone de un plazo de treinta días para ejecutar el pedido y que, en caso de suministro no solicitado, la ausencia de respuesta del consumidor no equivale a un consentimiento.

En este mismo ámbito también debe mencionarse la Directiva (CEE) 85/577<sup>490</sup> del Consejo, del 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales<sup>491</sup>, dirigida a ciertos contratos no expresamente excluidos por la

<sup>485</sup> Cfr. en comentario general, AA.VV. *Crédito al consumo y transparencia bancaria*. U. NIETO CAROL (dir.), Madrid, Civitas, 1998; M<sup>a</sup> M. ANDREU MARTÍN. *La protección del cliente bancario*, Madrid, Tecnos, 1998; E. POLO SÁNCHEZ. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, Civitas, 1990; y L. DíEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN. "Contratos de crédito y protección de los consumidores", en *ADC*, 1999, pp. 1357 y ss.

<sup>486</sup> DOCE L 144, del 4 de junio de 1997.

<sup>487</sup> Cfr. en general, J. JUSTE MENCÍA. "Posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia", en *RDBB*, n<sup>o</sup> 60, 1995, pp. 1153 y ss.; del mismo, "Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho comunitario europeo (algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)", en *La Ley*, 1997-6, D-339 (también en *Estudios de derecho mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Vol. II, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998, pp. 1011 y ss.).

<sup>488</sup> No están incluidos ciertos contratos relativos a 1. Los servicios financieros mencionados, 2. Los contratos concluidos por medio de distribuidores automáticos, 3. Los

contratos concluidos con los operadores por la utilización de las cabinas telefónicas públicas, 4. Los contratos referentes a los bienes inmuebles con excepción del alquiler, y 5. Los contratos concluidos durante una subasta. La Directiva también prevé excepciones parciales para los bienes de consumo doméstico corriente ofrecidos en giras y para los contratos de turismo y de transporte.

<sup>489</sup> Este plazo llega hasta los tres meses cuando el vendedor no cumple con sus obligaciones informativas.

<sup>490</sup> DOCE L 372, del 31 de diciembre de 1985.

<sup>491</sup> Cfr. en comentario a estos contratos, I. ALVAREZ VEGA. "La protección de los consumidores en materia de contratos celebrados a distancia", en *Boletín Asturiano sobre la Unión Europea*, n<sup>o</sup> 55, 1995, pp. 17 y ss.; M. GUZMÁN ZAPATER. "La protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de establecimiento mercantil. (Incidencia de la Ley 26/91 sobre la reglamentación de algunos contratos de venta concluidos por consumidores en los supuestos de tráfico externo) II", en *Gaceta Jurídica de la CE*, n<sup>o</sup> 122, 1993, pp. 13 y ss.; M. VERGEZ SÁNCHEZ. "Régimen jurídico de los contratos realizados fuera de establecimiento (una aproximación al derecho europeo)", en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón*



directiva<sup>492</sup>, donde pueden existir prácticas predatorias (p. ej.: contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor durante una excursión organizada por el comerciante fuera de su establecimiento comercial, en caso de visita del comerciante al domicilio o lugar de trabajo del consumidor cuando la visita no se haya realizado a instancia expresa del consumidor, etc.), obligando al empresario a informar por escrito al consumidor sobre su derecho a rescindir el contrato y concediendo al consumidor un plazo de siete días para retractarse de su anterior decisión<sup>493</sup>.

Por último la Directiva (CEE) 93/13<sup>494</sup> del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>495</sup>, que considera abusivas las cláusulas no negociadas cuando, en detrimento del consumidor, provoca un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato. La directiva, además de expresar en su anexo una lista indicativa de cláusulas que pueden considerarse abusivas, también reconoce expresamente el principio de interpretación más favorable para el consumidor en caso de dudas sobre el sentido de una cláusula, así como establece que los consumidores no estarán vinculados por las cláusulas abusivas que figuren en los contratos celebrados con un profesional<sup>496</sup>.

De resultas de un *Libro verde 1993*<sup>497</sup>, la CE promulgó la Directiva (CE) 99/

*Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 1185 a 1202.

<sup>492</sup> La directiva excluye ciertas modalidades contractuales (p. ej.: aquéllos con cierto importe, los contratos de construcción, venta o alquiler de bienes inmuebles, contratos de seguro, contratos relativos a valores muebles, etc.).

<sup>493</sup> Su incorporación al ordenamiento jurídico español se llevó a cabo mediante la Ley 26/1991, del 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (BOE 283, del 26 de noviembre).

<sup>494</sup> DOCE L 95, del 21 de abril de 1993.

<sup>495</sup> Incorporada al ordenamiento español mediante la Ley 7/1998, del 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE 89, del 14 de abril).

<sup>496</sup> Cfr. sobre esta directiva en nuestra doctrina, J. M. DÍAZ FRAILE. "La protección registral del consumidor y la directiva sobre cláusulas abusivas de 1993", en *RCDI*, nº 622, 1994, pp. 1023 y ss.; del mismo, "La protección registral del consumidor y la directiva sobre cláusulas abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión", en *RCDI*, nº 633, 1996, pp. 527 y ss.; del mismo, "La protección registral al consumidor y la directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993", en *Not. UE*, nº 114, 1994, pp. 51 y ss.; del mismo, "La transposición en el derecho español de la directiva sobre cláusulas abusivas. Aplicación registral", en *Not. CEE*, nº 146, 1997, pp. 9 y ss.; A. EMPARANZA. "La directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas

en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español", en *RDM*, nº 213, 1994, pp. 461 y ss.; P. J. BUESO GUILLÉN. "Los criterios determinantes del carácter abusivo en la directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores", en *RDBB*, nº 59, 1995, pp. 653 y ss.; M<sup>a</sup> V. PETIT LAVALL. *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas del crédito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996; A. PINTO MONTEIRO. "El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores", en *RDM*, nº 219, 1996, pp. 79 y ss.; y A. VAQUER ALOY. "Cinco años de aplicación judicial de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores", en *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 221 y ss.

<sup>497</sup> El *Libro Verde* de la Comisión, del 15 de noviembre de 1993, sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios posventa (COM[93] 509 final [DOCE C 338, del 15 de diciembre de 1993]) estudia los problemas a los que se enfrentan los consumidores en materia de garantías legales y comerciales (o convencionales) y de servicios posventa (particularmente el suministro de recambios) en sus compras transfronterizas; plantea las dificultades jurídicas para la creación de un mercado interior, derivadas de la diversidad de ordenamientos jurídicos

44<sup>498</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, que tiene por objeto definir y regular las garantías legales y comerciales (o convencionales) aplicables a los bienes adquiridos por consumidores. A tal efecto la directiva establece que los bienes de consumo adquiridos deben ser conformes al contrato estableciéndose algunas presunciones al efecto<sup>499</sup>. Asimismo reconoce el derecho de reclamación del consumidor frente a cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, cuando la denuncia se efectúe en el plazo de dos años a partir de la entrega salvo que, en el momento de la celebración de la compraventa, el consumidor hubiera tenido conocimiento del defecto o, fundadamente, no hubiera podido ignorarlo. La norma comunitaria también indica los supuestos en que el vendedor no es responsable de la falta de conformidad del bien con las declaraciones públicas del productor o de su representante, establece la presunción de que las faltas de conformidad que se manifiesten en un periodo de seis meses a partir del momento de la entrega ya existían en esa fecha y, en fin, atribuye al consumidor ciertos derechos frente al vendedor cuando le haya notificado su falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se percató de la misma y ésta sea de cierta importancia (p.e.: exigir la reparación del bien o su sustitución, una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato, etc).

La Directiva (CEE) 87/102<sup>500</sup> del Consejo, del 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo<sup>501</sup> es también una importantísima norma de aproximación de las legislaciones europeas respecto de ciertos contratos<sup>502</sup> de crédito al consumo<sup>503</sup>. Entre sus principales exigencias

aplicables y del hecho de que los consumidores suelen desconocer las disposiciones de la legislación extranjera; y, en fin, propone que se armonicen las legislaciones nacionales mediante la técnica de armonización limitada a los elementos específicos de la protección de los consumidores.

<sup>498</sup> DOCE L 171, del 7 de julio de 1999. Los Estados miembros cuentan hasta el 1º de enero de 2002 para la aplicación de esta Directiva, que entró en vigor el 7 de julio de 1999.

<sup>499</sup> P. ej., la presunción de que los bienes de consumo son conforme al contrato cuando en el momento de su entrega se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra, etc.

<sup>500</sup> DOCE L 42, del 12 de febrero de 1987.

<sup>501</sup> Modificada por la Directiva (CEE) 90/88 del Consejo, del 22 de febrero de 1990 (DOCE L 61, del 10 de marzo de 1990) y la Directiva (CE) 98/7 del Parlamento Europeo, del 16 de febrero de 1998 (DOCE L 101, del 1º de abril de 1998).

<sup>502</sup> Entre las exclusiones del ámbito de aplicación de la directiva destacan 1. Los

contratos de crédito destinados a la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles; 2. Los contratos de crédito destinados a la renovación o mejora de inmuebles; 3. Los contratos de arrendamiento, excepto cuando éstos prevean que el título de propiedad pase en última instancia al arrendatario; y 4. Los créditos gratuitos, o los créditos en forma de anticipos en una cuenta corriente, concedidos por una entidad de crédito o una entidad financiera, y que sean diferentes de una cuenta de tarjeta de crédito.

<sup>503</sup> Cfr. al respecto, F. J. AMORÓS DORDA. "La Directiva 87/102 CEE, de protección al consumidor y crédito al consumo", en *CDC*, nº 2, 1987, pp. 123 y ss.; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. "La transposición en el derecho español de la directiva sobre crédito al consumo, análisis general", en *Boletín del Colegio de Registradores*, nº 11, 1996, pp. 249 y ss.; M. P. DÍAZ CREMADES y J. M. GÓMEZ DE MIGUEL. "La armonización comunitaria del crédito al consumo, la directiva del 22 de febrero de 1990" (*siq*), en *Not. CEE*, nº 86, 1992, pp. 45 y ss.; y J. A. MORENO MOLINA y M. C. GONZÁLEZ CARRASCO. "La protección del consumidor en materia de

destacan que cualquier publicidad sobre un crédito en la que se indique un elemento relativo al coste del mismo debe mencionar asimismo el porcentaje anual de cargas financieras, la necesidad de que el contrato de crédito se formalice siempre por escrito, las exigencias informativas en los casos de crédito en forma de anticipo en cuenta corriente o, en fin y al objeto de evitar situaciones de enriquecimiento injusto, la necesidad de que los Estados miembros establezcan condiciones en virtud de las cuales puedan recuperarse los bienes financiados mediante créditos concedidos para su adquisición. Por último, también debe destacarse que la Directiva recoge el derecho del consumidor a no verse afectado caso de cederse los derechos del prestamista a un tercero, por lo que exige a los Estados miembros que velen por dicho derecho cuando se utilicen letras de cambio, o por que el contrato de crédito no afecte a los derechos del consumidor frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante dichos contratos, cuando los bienes o servicios no se suministren o no sean conformes al contrato<sup>504</sup>.

El Informe de la Comisión, del 11 de mayo de 1995, sobre la aplicación de la Directiva (CEE) 87/102<sup>505</sup>, indicó que la mayoría de los Estados miembros han adoptado disposiciones más estrictas que las establecidas en la directiva. Por su parte el Informe de la Comisión, del 24 de septiembre de 1997, sobre la aplicación de la Directiva 87/102<sup>506</sup>, continuación del anterior, presenta un catálogo de temas sobre los que existe coincidencia en que deben ser desarrollados (p. ej.: publicidad dirigida a los jóvenes consumidores, normas sobre descubiertos, reembolso anticipado, creación de organismos facultados para recibir las quejas de los consumidores, etc.), aunque también indica que no existe unanimidad entre los Estados respecto de la conveniencia de dotarse de nueva normativa comunitaria (por motivos relacionados con la subsidiariedad) o, incluso, sobre la relevancia de la materia (por el escaso volumen de operaciones transfronterizas).

En materia de comercio electrónico la CE ha dictado una Comunicación y una reciente directiva. En la primera –Comunicación de la Comisión del 18 de abril de 1997 denominada “Una iniciativa europea en el sector del comercio electrónico”<sup>507</sup>– se distingue entre el comercio electrónico indirecto y el de naturaleza directa, según si existe o no necesidad de entrega física de los objetos adquiridos (objetos muebles *vs.* programas de ordenador), y se afirma que el comercio electrónico no se limita a Internet, sino que incluye otras aplicaciones (p. ej.: videotexto, telecompra, compra por catálogo o por CD-Rom, etc.).

La recientemente aprobada Directiva 2000/31<sup>508</sup> de Parlamento Europeo y del Consejo, del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico)<sup>509</sup>, basado en parte en

crédito al consumo: análisis de la Directiva 87/102 de la CEE y su incidencia en el derecho español”, en *RJ Castilla-La Mancha*, nº 16, 1992, pp. 7 y ss.

<sup>504</sup> Esta directiva ha sido incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 7/1995, del 23 de marzo, de crédito al consumo (BOE 72, del 25 de marzo de 1995 y correcc. de errores en BOE 113, del 12 de mayo de 1995).

<sup>505</sup> COM(95) 117 final.

<sup>506</sup> COM(95) 117 final. Informe resumido y comentarios (COM[97] 465 final).

<sup>507</sup> Cfr. COM(97) 157 final.

<sup>508</sup> Cfr. DOCE L 178, del 17 de julio de 2000.

<sup>509</sup> Cfr. al respecto, A. MARTÍNEZ NADAL. *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Madrid, Civitas, 1998; J. RIVAS ALEJANDRO. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en internet*, Pamplona, Aranzadi, 1999; R. IILLESCAS ORTIZ. *Derecho*

las orientaciones elaboradas en la anterior *Comunicación*, se caracteriza por establecer un catálogo de definiciones que clarifiquen este ámbito (p. ej.: de “Servicios de la sociedad de la información”, de “prestador de servicios”, etc.) y por reconocer diversos principios. Entre éstos destaca el que todos los Estados miembros deben velar por que los servicios suministrados por quien esté establecido en su territorio respeten las disposiciones aplicables en el Estado miembro en cuestión y que, además, formen parte del ámbito coordinado de la propuesta de directiva; la prohibición de someter a un régimen de autorización previa el acceso a la actividad de proveedor de servicios de la sociedad de la información; la conveniencia de identificar perfectamente a los prestadores de servicios; la libertad de contratación por vía electrónica, salvo determinadas excepciones marginales (p. ej.: contratos sujetos al derecho de familia, que requieran la intervención de notario, etc.); el régimen informativo; la prohibición de envíos comerciales no solicitados cuando exista negativa del destinatario; la previsión de códigos de conducta y de sistemas alternativos de resolución de disputas; o, en fin, la consideración de que los contratos electrónicos se consideran concluidos cuando el destinatario del servicio reciba el acuse de recibo de su aceptación enviado por el prestador por vía electrónica y confirme, a su vez, haberlo recibido.

Intimamente ligada a lo anterior, debe mencionarse la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la firma electrónica, destinada a establecer un sistema común de utilización de la firma electrónica en la CE y conseguir un entorno seguro para la autenticación electrónica (esto es: permitir que el destinatario compruebe el origen de los datos transmitidos electrónicamente y verifique que son completos y no han sido modificados). Esta directiva<sup>510</sup> establece los criterios para el reconocimiento jurídico de la firma electrónica, contiene diversas definiciones y establece diversos principios (p. ej.: velar por que no se nieguen efectos jurídicos, validez o carácter vinculante a una firma por el hecho de que ésta se presente en forma electrónica, etc.) y prohibiciones (p. ej.: que los Estados puedan someter a autorización previa la prestación de servicios de certificación; que, en los ámbitos regulados por la propuesta, impongan restricciones a la prestación de servicios de certificación procedente de otro Estado miembro, etc.<sup>511</sup>).

*de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2001; F. J. GARCÍA MÁS. “Análisis de la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior”, en *RCSI*, nº 661, 2000, pp. 2869 y ss.; y M. PARDO LEAL. “La Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico: su aplicación en el ámbito del mercado interior”, en *GJ UE*, nº 210, 2000, pp. 36 y ss.

<sup>510</sup> El proyecto de directiva fue recogido en España antes de su aprobación mediante el Real Decreto-Ley 14/1999, del 17 de septiembre, sobre firma electrónica (BOE 224, del 18 de septiembre de 1999) (convalidación en el BOE 257, del 27 de octubre de 1999).

Cfr. en comentario a esta transposición anticipada, A. MARTÍNEZ NADAL. “Comentarios de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto Legislativo 14/1999, del 17 de septiembre, sobre firma electrónica”, I y II, en *La Ley*, 4939 y 4940, del 1º de diciembre de 1999 y del 2 de diciembre de 1999.

<sup>511</sup> Cfr. en doctrina, A. MARTÍNEZ NADAL. *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Madrid, Civitas, 1998; F. GALINDO. “El proyecto de directiva europea sobre firma electrónica”, en *La Ley*, 1998-3, D-164; J. A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ. “Derecho comunitario y derecho del consumo”, en *RDM*, nº 192, 1989, pp. 327 y ss.; F. J. GARCÍA MÁS. “La contratación electrónica: La firma y el documento electrónico”, en *RCDI*, nº 652, 1999, pp. 765 y ss.; del

Finalmente también debe citarse entre los esfuerzos armonizadores en defensa de los consumidores la Directiva 90/314/CEE<sup>512</sup> del Consejo, del 13 de junio de 1990 relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados<sup>513</sup>, que aproxima las normativas de los Estados miembros en lo relativo a esta categoría de viajes, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados vendidos en territorio comunitario, o cuya oferta se haya realizado dentro del mismo<sup>514</sup>. La directiva regula el régimen informativo del folleto publicitario, indicando que la información allí contenida tiene carácter vinculante para el organizador, así como otras obligaciones informativas. Por otra parte, la directiva también prohíbe, salvo en casos tasados, la alteración del precio, concediendo al consumidor un derecho de rescisión contractual caso de que se modifique el viaje contratado, al tiempo que considera al organizador responsable del incumplimiento o de la mala ejecución del contrato, salvo en casos de culpa del consumidor o de fuerza mayor.

### 7. Otros logros armonizadores

Existen otros muchos ejemplos de la tarea armonizadora en el seno de la Comunidad por lo que aquí bastará recordar, por acabar este ya demasiado largo recorrido, dos de los más significativos. El primero es el conseguido mediante la Directiva (CEE) 86/653<sup>515</sup>, del 18 de diciembre, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes<sup>516</sup>.

Y el segundo, esta vez vinculado al mundo publicitario, se encuentra en la Directiva (CE) 95/46<sup>517</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos aplicable, como no podía ser de otra forma, al tratamiento de datos personales automatizados total o parcialmente, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos, o que vayan a figurar, en un fichero, al objeto de proteger los derechos y libertades de las personas en lo relativo al tratamiento de datos personales.

mismo, "La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE, del 13 de diciembre de 1999 y Real Decreto-Ley 14/1999, del 17 de septiembre", en *RCDI*, nº 659, 2000, pp. 1927 y ss.; J. M. DÍAZ FRAILE. "Estudio de la regulación de la firma electrónica en la Directiva Europea del 13 de mayo de 1998", en *La Ley*, 1998-6, D-302.

<sup>512</sup> DOCE L 158, del 23 de junio de 1990.

<sup>513</sup> Incorporada al ordenamiento español mediante la Ley 21/1995, del 6 de julio, de viajes combinados (BOE 161, del 7 de julio de 1995).

<sup>514</sup> El carácter de "combinado" se asocia a dos condiciones: una, que la prestación sobrepase las 24 horas y dos, que se venda por un precio global.

<sup>515</sup> DOCE L 382, del 31 de diciembre de 1986.

<sup>516</sup> Incorporada al ordenamiento interno español mediante la Ley 12/1992, del 27 de mayo, sobre el contrato de agencia (BOE 129, del 29 de mayo de 1992).

<sup>517</sup> DOCE L 281, del 23 de noviembre de 1995.

