9 octubre 2008

Medio: ACTUALIDAD JURÍDICA ARANZADI **Sección: OPINIÓN**

Temática: PORTADA / EL SEGURO EN LA CONSTRUCCIÓN: UN BREVE ESTUDIO SOBRE LOS SEGUROS OBLIGATORIOS

Actualidad Jurídica ARANZADI

THOMSON ARANZADI

AÑO XVIII • Nº 760
Director: Fernando Biurrun Abad
Subdirectora: Ana Álamo Ayuso
Publica: EDITORIAL ARANZADI, S.A. Camino de Galar, 15 • 31190 Cizur Menor (Navarra)

9 de octubre de 2008
Tu Actualidad Jurídica en la red
www.aranzadi.es

Sumario

• COMENTARIO
La significación de los convenios colectivos laborales en el sector agrario 1
• COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA
El tratamiento procesal de la extranjería: el fin de una polémica y, probablemente, el preludio de otra 1
• COMENTARIO DE LEGISLACIÓN
Un paso más hacia la administrativización del Derecho penal 13
• TRIBUNA
El derecho de autodeterminación del paciente 3
Pacto sobre la Justicia (julio de 2008) 19
• OPINIÓN
El seguro en la construcción: un breve estudio sobre los seguros obligatorios 16
• RESEÑAS 18

Recomendación

¿QUIERES MANTENERTE INFORMADO DE TODA LA ACTUALIDAD JURÍDICA Y DE LAS NOVEDADES DE LOS MEJORES DESPACHOS?

En pg. 20

Opinión

El seguro en la construcción: un breve estudio sobre los seguros obligatorios

Por **D. Ignacio Alonso-Cuevillas Fortuny** y **D. Rafael Gómez de la Serna y Viñas.**

«El régimen de garantías derivadas de la existencia de un seguro obligatorio es palmariamente escaso e insuficiente»

En pg. 16

Comentario

La significación de los convenios colectivos laborales en el sector agrario

Por **D.ª Luisa Vicedo Cañada.** *Profesora asociada de la Universidad Politécnica de Valencia*

I. La conexión entre el Derecho del Trabajo y el Derecho agrario

El Derecho del Trabajo, entre otros fines, y concretamente en cuanto al Derecho agrario se refiere, se ocupa de regular la relación laboral agraria, aunque conviene matizar que cada día se está alejando más el Derecho del Trabajo agrario de la especialización a la que parecía abocada hace unas décadas, particularmente con las reglamentaciones y ordenanzas laborales agrarias. Actualmente, no se puede hablar de un Derecho del Trabajo netamente agrario. Ello se debe a que las diferencias que se producen entre el trabajo en general y el agrario no son, en suma, tan relevantes como para provocar la necesidad de crear un régimen jurídico especial que se ocupe de este tipo de prestaciones de forma independiente del ordenamiento laboral.

Las peculiaridades existentes en los distintos subsectores económicos no pueden llevar a la parcelación del Derecho laboral, ya que, de producirse este hecho, daría lugar a la existencia de un número indefinido de diferentes Derechos del Trabajo (1), que aflorarían dependiendo del ámbito funcional en el que fuera a aplicarse.

En síntesis, podemos afirmar que el Derecho del Trabajo regula la relación laboral agraria, pero no a través de una ordenación distinta de la común, sino que se aplica a esta prestación de servicios la legislación laboral general (2), salvo las peculiaridades que establece el propio laudo. Éste determina en su artículo 2.3 que «la entrada en vigor de un convenio colectivo que regule alguna o algunas de las materias sobre las que versa el presente laudo producirá la total o, en su caso, parcial inaplicación del mismo... El referido acuerdo o convenio colectivo será siempre de aplicación preferente desplazando a este laudo...».

Asimismo, el artículo 2.4 del laudo dispone que «El presente laudo será aplicable en aquellas empresas en las que, estando regula-

Continúa en pg. 2

Comentario de Jurisprudencia

El tratamiento procesal de la extranjería: el fin de una polémica y, probablemente, el preludio de otra

Por **D. Alberto Palomar Olmeda.** *Profesor de Derecho administrativo. Universidad Carlos III de Madrid.*

I. La problemática de la representación de los extranjeros

La extranjería, en general, y el ejercicio de los derechos reaccionales en el marco de la misma han resultado, sin duda, uno de los elementos más conflictivos y que han generado una problemática más intensa en los últimos tiempos.

En síntesis, podemos recordar que esta problemática es más o menos intensa según el ámbito en el que nos centremos. De hecho, podríamos indicar que la mayor agudeza de dicha problemática se plantea en el ámbito de la representación de los extranjeros que son rechazados en frontera y que, en ese momento, y ante los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, apoderan al letrado que les asiste para formalizar los recursos que procedan en Derecho para la defensa de los intereses.

Posteriormente, se solicita el derecho de asistencia gratuita, pero no se admite tradicionalmente que el abogado tenga, en términos procesales, la representación o que pueda solicitar la misma en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita. Esto ha llevado a que la mayor parte de los procesos sean archivados por falta de representación.

Continúa en pg. 9

9 octubre 2008

Medio: ACTUALIDAD JURÍDICA ARANZADI **Sección: OPINIÓN**

Temática: PORTADA / EL SEGURO EN LA CONSTRUCCIÓN: UN BREVE ESTUDIO SOBRE LOS SEGUROS OBLIGATORIOS

Actualidad Jurídica ARANZADI

Nº 760 — 9/Octubre/2008

Comentario de Legislación

Viene de página 15

Un paso más hacia la administrativización del Derecho penal

de la velocidad marcada por el tacómetro de su vehículo (siendo deseable que en un futuro la Inspección Técnica de Vehículos revisara y obligara a corregir los márgenes de error por uso de los tacómetros).

Respecto a los supuestos de «tasa típica», lo primero que llama la atención es que se ha objetivado una tasa de alcohol, pero nada se dice respecto a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, luego para este tipo de substancias seguirá rigiendo el canon típico de «influencia de las mismas en la conducción». En la práctica es evidente que se ha incrementado el número de conformidades en juicios rápidos, cuando la tasa supera notoriamente la tipificada.

No obstante, con los mismos alegatos que especificaba para la «velocidad típica», entiendo que en supuestos que a penas rebasan el límite, la defensa deberá postular la posible descalibración por uso del etilómetro, siendo importante si los hechos suceden con proximidad o no a la revisión anual obligatoria del aparato. A tal efecto, no es baladí recordar que, según la Instrucción 02/S-61 de la Dirección General de Tráfico, de 15 de abril, los etilómetros habitualmente utilizados (Dräguer Alcotest 7410 y 7110), incluso estando perfectamente calibrados, tienen un margen de error de 0,032 mg/l en concentraciones de alcohol menores de 0,4 mg/l, aumentando hasta en un 8% para valores mayores de 0,4 mg/l y del 30% para valores mayores de 2 mg/l.

Por el contrario, la defensa debe estar preparada frente al argumento acusatorio de que entre las dos obligadas mediciones de alcohol en aire expirado, a los puros efectos acusatorios y de condena se tiene por prueba la medición más baja, luego se podría argumentar que al acogerse a la tasa más baja, el posible margen de error ya quedaría salvado. No obstante, es diáfano que pese a tomarse la más baja, ésta en sí, misma y al margen de la otra medición, posee un margen de error, y si nos acercamos a la «tasa típica», *pro reo* debe atenderse al porcentaje concreto respecto de la medición inferior.

Está claro que «tasa típica» e «influencia», tratándose de conductas contra el mismo bien jurídico que están en el mismo artículo, entran en concurso de leyes del art. 8 del Código Penal, siendo un único penal de aplicación. Por el contrario, en los supuestos en que en un mismo sujeto concurra la «influencia o tasa típica» y la «velocidad típica» (sin que exista resultado lesivo, pues entonces sería de aplicación el concurso especial del 383 del Código Penal líneas arriba transcrito), ambas acciones no estarían en concurso de leyes, sino de delitos, pues son conductas totalmente diferentes pese a compartir un mismo artículo. Entiendo que el concurso de delitos es el real del artículo 73 del Código Penal, debiéndose sumar, en consecuencia, las penas impuestas. No obstante, y a los meros efectos de reflexionar sobre el particular, entiendo que desde postulados meramente de defensa se podría mantener que entre ambas conductas puede existir un concurso medial del art. 77 del Código Penal, siendo el supuesto de «tasa típica» medio para cometer el de «velocidad típica» o, cuando menos, en el supuesto de «velocidad típica» debería concurrir la atenuante de «embriaguez» del 21.2º del Código Penal o la analógica de dicha naturaleza del 21.6º del Código Penal, según las circunstancias.

Respecto a las penas previstas en el reseñado artículo, entiendo que de una vez por todas se ha clarificado que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad sólo deberá de imponerse cuando se imponga la pena de multa y en ningún caso cuando se imponga la de prisión. Ello se deduce de la simple lectura del precepto, pues el legislador ha suprimido del tipo del 379 la desafortunada expresión de «en su caso» (que no refería de una forma clara si acompañaba a la prisión a multa o a ambas), y se ha unido con la copulativa «y» a la pena de multa, separándose de la pena de prisión que antecede a ambas por la disyuntiva «o». No obstante, es patente que no queda salvada una notoria contradicción con lo establecido en el artículo 49 del CP: «Los trabajos en beneficio de la comunidad no podrán imponerse sin el consentimiento del penado». Cuando la pena se ponga en sentencia de conformidad, nada habrá que objetar a tal consentimiento. No obstante, cuando la pena se imponga sin conformidad, será preciso que alguna de las partes procesales o el propio juzgador hagan la pregunta directamente al procesado, para el caso de que recayere condena. Es patente que como en otras tantas ocasiones, la falta de rigor en el legislador deberá ser suplida con el «ingenio procesal» de los operadores jurídicos.

Otra matización meramente pragmática a lo anteriormente expuesta es que en la práctica la pena de trabajos en beneficio de la comunidad puede quedar burlada si, habiéndose impuesto, tras el juicio o por conformidad, la pena de prisión, se solicita y se accede a la sustitución por la pena de multa (en la propia sentencia o antes de empezar la ejecución), en base a lo preceptuado en el art. 88 del Código Penal, sin que dicha multa sustitutiva lleve anejos los trabajos en beneficio de la comunidad.

V. Conclusiones

En conclusión, entiendo que la reforma de los artículos 47 y 379 del Código Penal es exponente claro de la contemporánea política criminal: la administrativización y objetivización de los tipos penales como forma de lucha contra los «violentos», en este caso «viarios».

Es irrefutable que la existencia de tipos objetivos reduce el arbitrio judicial respecto a la interpretación y aplicación de los mismos, así como también la capacidad operativa real de las partes procesales para la consecución de sus legítimos fines. No obstante, en las líneas anteriores he tratado de poner de relieve que, pese a la meritada objetivización del tipo tras la reforma, aún existen resquicios en la ley sustantiva y adjetiva a tener en cuenta por los operadores jurídicos para la aplicación práctica del más común de los delitos contra la seguridad vial: el previsto en el artículo 379 del Código Penal, y una de sus consecuencias más gravosas: la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilitan para la conducción de vehículos a motor y ciclomotores prevista en el artículo 47 del Código Penal. No obstante, está claro que será el día a día de juzgados y tribunales el que ponga de manifiesto otros problemas y soluciones en aplicación práctica de dicho delito y consecuencia jurídica. ■

Opinión

El seguro en la construcción: un breve estudio sobre los seguros obligatorios

*Por **D. Ignacio Alonso-Cuevillas Fortuny** y **D. Rafael Gómez de la Serna y Viñas**. Lexland Abogados, Barcelona*

Siendo el sector de la construcción no sólo el principal motor de nuestra economía, sino el origen de un bien tan básico y necesario como es la vivienda, sería lógico suponer que existe cierto proteccionismo, tanto en relación con los consumidores finales como para con los profesionales de dicho sector, a los efectos, principalmente, de asegurar tanto la inversión que llevan a cabo los primeros a la hora de adquirir un inmueble, como las responsabilidades en que puedan incurrir los segundos en el desempeño de la labor edificativa.

Sin embargo, la realidad es bien distinta, ya que el régimen de garantías derivadas de la existencia de un seguro obligatorio es palmariamente escaso e insuficiente en atención a la repercusión que este sector tiene en nuestra economía y en la realidad social.

Ello no obstante, sí que existen unos mínimos que se hallan cubiertos por una previsión legal de aseguramiento obligatorio, que, si bien distan mucho de ser suficientes, sí constituyen un elemento de referencia importante que debe tener en cuenta cualquier constructor y promotor a la hora de desempeñar su actividad.

Dejando para otra ocasión la necesaria reflexión sobre las muchas lagunas que presenta el régimen del seguro obligatorio en la construcción, vamos a centrar nuestra atención en esta ocasión en los seguros más importantes

9 octubre 2008

Medio: ACTUALIDAD JURÍDICA ARANZADI **Sección: OPINIÓN**

Temática: PORTADA / EL SEGURO EN LA CONSTRUCCIÓN: UN BREVE ESTUDIO SOBRE LOS SEGUROS OBLIGATORIOS

Actualidad Jurídica ARANZADI

760 — 9/Octubre/2008

Opinión

Viene de página 16

El seguro en la construcción: un breve estudio sobre los seguros obligatorios

que afectan a la construcción de viviendas en nuestro país, tanto por la edificación propiamente dicha del inmueble, como aquellos que afectan a la comercialización de edificaciones en construcción.

Desde una perspectiva cronológica, la primera norma que encontramos en sede de aseguramiento obligatorio de la actividad edificativa es la Ley 57/1968, de 27 de julio, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y ventas de viviendas.

El citado cuerpo legal establece un mandato imperativo dirigido al promotor de la obra, al efecto de que este suscriba un seguro con una entidad aseguradora autorizada cuando se efectúen pagos a cuenta en concepto del precio final de una edificación proyectada o en construcción y destinada a vivienda que no sea de protección oficial (las hoy comúnmente denominadas «compraventas sobre plano»).

El seguro contratado –según dispone la referida norma– deberá garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, más el 6% de interés anual para aquellos casos en que la construcción de la edificación no se inicie, o no se pueda finalizar, por cualquier causa, en el plazo convenido.

Por lo demás, la suscripción de este seguro obligatorio deberá constar tanto en los contratos en los que se regule la entrega del dinero a cuenta, adjuntando una copia de la correspondiente póliza, como en la publicidad de la promoción, mediante la oportuna mención.

Dicho esto, hay que señalar que, a pesar de todo lo anteriormente expuesto y al carácter inequívocamente imperativo del citado seguro, las consecuencias que puede conllevar el incumplimiento, por parte del promotor, de las obligaciones contenidas en dicha Ley se limitan a una multa por cada infracción –hasta el 25% de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada–, todo ello con independencia de las distintas acciones legales que, en su caso, puedan hacer valer los adquirientes en la defensa de sus legítimos intereses frente al promotor o, en su caso, sus administradores.

Esta tibieza normativa tiene como principal efecto que, en no pocos casos, algunos promotores opten por no suscribir la referida póliza a efectos de economizar costes, asumiendo un riesgo que, por lo demás, únicamente despliega sus efectos en el plano económico.

La segunda norma legal que contiene otro mandato relacionado con la obligatoriedad de contratar un seguro de construcción es la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que regula los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, la denominada «multipropiedad».

De forma impropia, y haciendo uso de una terminología que la propia Ley censura, se denomina «multipropiedad» a todas aquellas fórmulas por las que se articula no la transmisión de la propiedad de una vivienda, sino el derecho a disfrutar de la misma durante un período determinado anual. La finalidad de esta fórmula no es otra que evitar que el adquiriente que tan sólo desea disfrutar de una propiedad, o alojamiento, durante un período al año, tenga que asumir el coste de adquirir la entera propiedad de un inmueble.

La citada ley reguladora del régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico contiene la obligación de contratar, por parte del promotor, los seguros obligatorios necesarios que cubran:

a) Las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición del derecho, actualizadas con arreglo al índice anual de precios al consumo, todo ello para el caso de que el adquiriente decida resolver el contrato si la obra no ha sido finalizada en la fecha fijada o no se ha incorporado el mobiliario descrito en la escritura reguladora.

b) Los daños y perjuicios causados a terceros directamente por él, o por cualquiera de sus dependientes, por todo el tiempo que dure la promoción, y hasta la transmisión de la totalidad de los derechos de aprovechamiento por turno.

c) La responsabilidad civil en que puedan incurrir los ocupantes de los alojamientos como consecuencia de su utilización.

d) Incendios y otros daños generales del edificio o del conjunto de sus instalaciones y equipos. En cualquier caso, la Ley permite que, sin perjuicio de la responsabilidad del promotor para con la compañía de seguros, que la empresa de servicios que gestione el establecimiento pague la prima de este seguro.

En relación con las medidas para obligar a su cumplimiento, no se podrá otorgar la correspondiente escritura reguladora del régimen de multipropiedad si no se acredita haber contratado los citados seguros.

En consecuencia, los seguros se convierten en una condición *sine qua non* para poder llevar a cabo promociones en régimen de aprovechamiento por turno.

Hasta el momento, las normas examinadas se han proyectado sobre situaciones particulares de las que no podía predicarse la generalidad que cabría esperar al regular el aseguramiento obligatorio en un sector tan sensible como el de la construcción.

Advirtiendo esta situación, el legislador vino a promulgar en el año 1999 una norma, la Ley de Ordenación de la Edificación, en la que, entre otros muchos aspectos, se regulaba por primera vez de forma genérica los seguros obligatorios que deben suscribirse en el ámbito de la construcción por parte de las entidades promotoras.

Con relación a esta cuestión, la Ley 39/1999, de Ordenación de la Edificación, es todo un compendio de buenos propósitos pendientes de ulterior concreción que, lamentablemente, a día de hoy siguen siendo precisamente eso: propósitos bienintencionados, pero, salvo en algún caso muy concreto, carentes de toda sustancia.

Atendido su contenido, la Ley de Ordenación de la Edificación regula, en su artículo 19, tres seguros:

a) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar durante un año el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.

Ese seguro podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5% del importe de la ejecución material de las obras para asegurarse de que el constructor lleva a cabo las reparaciones necesarias para subsanar los defectos de acabado que surjan en el plazo de un año. El plazo por el que se retendrán estas cantidades deberá ser, en principio –ya que la Ley no lo regula expresamente–, de un año, a contar desde la recepción de la obra sin reservas.

b) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar durante tres años el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad que vienen recogidos en la citada Ley y que han sido ampliamente desarrollados por el reciente Código Técnico de la Edificación.

c) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar durante diez años el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

De estos tres seguros, a día de la fecha, tan sólo es obligatorio concertar el seguro de los diez años, el denominado seguro decenal, siendo los otros dos plenamente potestativos.

En ese sentido, la Ley de Ordenación de la Edificación, en su disposición adicional segunda, establece como único seguro obligatorio a suscribir desde su entrada en vigor el seguro decenal, dictaminando que la obligatoriedad de los seguros trienales y anuales deberá efectuarse mediante un Real Decreto que, a día de la fecha, no se ha desarrollado.

Esta voluntariedad en la suscripción de los seguros que cubren la responsabilidad anual y trienal en la edificación tiene una indudable trascendencia práctica, por cuanto:

1. La mayoría de los problemas que afectan a la promoción de vivienda nueva afectan, precisamente, a supuestos que quedarían englobados dentro de lo que sería el seguro anual o trienal (defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras y vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad que vienen recogidos en la propia Ley).

2. La realidad es que dichos seguros voluntarios se suscriben muy raramente por los promotores con el fin de reducir costes, siendo, además, relativamente pocas las compañías que los ofertan.

En cuanto al único seguro obligatorio, el decenal, dicho seguro debe garantizar el 100% del coste de ejecución final de la obra y, en principio, debe ser contratado por el promotor, aun-

9 octubre 2008

Medio: ACTUALIDAD JURÍDICA ARANZADI **Sección: OPINIÓN**

Temática: PORTADA / EL SEGURO EN LA CONSTRUCCIÓN: UN BREVE ESTUDIO SOBRE LOS SEGUROS OBLIGATORIOS

Actualidad Jurídica ARANZADI

Nº 760 — 9/Octubre/2008

Opinión

Viene de página 17

El seguro en la construcción: un breve estudio sobre los seguros obligatorios

que la Ley permite que el promotor pacte con el constructor que este último actúe como tomador del seguro en su lugar.

Por lo demás, quedan exentos de contratar el citado seguro decenal las autopromociones, es decir, cuando un particular promueve la construcción de una vivienda para uso propio.

Esta exención desaparece para el caso de que se produzca una transmisión *inter vivos* de esta vivienda autopromocionada. En este caso, el auto promotor estará obligado, para poder transmitir la vivienda, a concertar el seguro decenal por el plazo de tiempo que reste hasta que se cumplan los diez años.

Las cautelas que la Ley establece para asegurar el cumplimiento de la obligación de asegurar la responsabilidad decenal se proyectan directamente sobre la propia mecánica de la promoción de viviendas en su fase de comercialización, afectando al otorgamiento de las escrituras de obra nueva, y, en su caso, de transmisión de la vivienda, y al control del Registro de la Propiedad, de tal modo que se no podrán inscribir en el Registro de la Propiedad:

a) Escrituras públicas de declaración de obra nueva en las que no conste que se ha suscrito el seguro decenal –salvo, por supuesto, en los casos de autopromoción–.

b) Escrituras públicas de transmisión *inter vivos* de viviendas autopromocionadas en las que no conste que se ha suscrito el seguro decenal por el plazo que reste hasta cumplirse los diez años.

El último seguro obligatorio que queremos mencionar es el que viene contemplado en reciente Ley 2/2007, reguladora de las Sociedades Profesionales, el cual, si bien no regula específicamente la actuación de los agentes de la construcción, sí tiene una indudable trascendencia a la hora de condicionar la actuación de arquitectos, ingenieros o aparejadores que realicen su trabajo bajo el paraguas de una de estas sociedades profesionales.

En este sentido, el artículo 11.3 de la citada norma viene a establecer la obligatoriedad de que las sociedades profesionales contraten un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas –directamente o a través de sus socios o empleados– puedan incurrir en el desempeño de la actividad o actividades que constituyen su objeto social.

Con ello se pretende que la responsabilidad profesional de ciertos profesionales quede cubierta, al menos en parte, por este seguro obligatorio, dando un plus de garantía a los destinatarios de sus servicios profesionales. ■

Reseñas

TJCE

Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación: ámbito de aplicación

El Derecho comunitario ampara a un trabajador que sufre una discriminación por motivo de la discapacidad de su hijo

➢ Ref. 760/1 **[10 pgs. D.O.]**

STJCE 17-7-08

Ponente: Sr. A. Ó Caoimh

El Tribunal de Justicia establece que la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a).

Primera cuestión prejudicial resuelta mediante el procedimiento de urgencia: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental

Solicitud de que no se reconozca una resolución judicial de restitución de un menor retenido ilícitamente en otro Estado miembro

➢ Ref. 760/2 **[13 pgs. D.O.]**

STJCE 11-7-08

Ponente: Sr. J. N. Cunha Rodrigues

El Tribunal de Justicia establece que una vez dictada y comunicada al órgano jurisdiccional de origen una resolución de no restitución, es irrelevante, a efectos de la expedición del certificado previsto en el artículo 42 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 (certificado de restitución del menor), que esta resolución haya sido suspendida, reformada, anulada o, en cualquier caso, no haya devenido firme o haya sido sustituida por una resolución de restitución, en tanto la restitución del menor no se haya producido efectivamente. Sin que se haya expresado duda alguna en cuanto a la autenticidad de este certificado y habiéndose expedido éste conforme al formulario cuyo modelo figura en el anexo IV del Reglamento, no se permite la oposición al reconocimiento de la resolución de restitución y al órgano jurisdiccional requerido le incumbe únicamente constatar la fuerza ejecutiva de la resolución certificada y disponer la restitución inmediata del menor.

Directiva 89/104/CEE sobre marcas: derecho exclusivo del titular de la marca (art. 5.1): alcance

El titular de una marca no puede prohibir el uso de un signo idéntico o similar a su marca en publicidad comparativa, si se garantiza que no hay riesgo de confusión para el consumidor entre dichos productos y marcas

➢ Ref. 760/3 **[8 pgs. D.O.]**

STJCE 12-6-08

Ponente: Sr. M. Ilešic

El Tribunal de Justicia establece que los artículos 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, y 3 bis, apartado 1, de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, en su versión modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, deben interpretarse en el sentido de que el titular de una marca registrada no está facultado para prohibir el uso de un signo idéntico o similar a su marca por parte de un tercero en publicidad comparativa, si ésta cumple todas las condiciones de licitud enunciadas en el mencionado artículo 3 bis, apartado 1. No obstante, cuando se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 5, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/104 para prohibir el uso de un signo idéntico o similar a una marca registrada, se excluye que la publicidad comparativa en la que se use dicho signo cumpla la condición de licitud enunciada en el artículo 3 bis, apartado 1, letra d), de la Directiva 84/450, en su versión modificada por la Directiva 97/55. El artículo 5, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/104 debe interpretarse en el sentido de que el titular de una marca registrada no está facultado para prohibir el uso en publicidad comparativa, por parte de un tercero, de un signo similar a esa marca para productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los que dicha marca está registrada, cuando tal uso no dé lugar a riesgo de confusión por parte del público,