

**INTEGRACION EUROPEA Y
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

Revista de Derecho comunitario europeo,
1997, núm. 2, pp. 413-445

ISSN: 1138-4026

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

Nota: Los números de las páginas no coinciden con los de la publicación, pero sí es idéntica la numeración de los párrafos, por lo que las citas a este documento pueden ir referidas a los números de los párrafos.

ABSTRACT

The reassessment of the role assigned to private international law in the context of European integration is linked to the limitations which private law unification has in the EC. The degree of legal certainty of private transactions that is required to guarantee the good functioning of an integrated area can be achieved by the establishment of uniform choice-of-law rules, with no need of substantive law unification. Such an approach is fully consistent with the basic principles of the Community -arts. 3.h) and 3(B) EC Treaty-. Moreover it safeguards the cultural identity of the Member States and ensures the benefits of competition between legal orders. Notwithstanding the deficiencies of choice-of-law rules as instruments of legal integration, the similarities between the legal orders considered reduce in the Community the shortcomings traditionally linked to the international unification of choice-of-law rules. Although the rules contained in international conventions continue to be very significant, the criteria established in some directives to fix the applicability of its rules to private international relationships deserve special attention. Moreover, Spanish practice shows the uncertainty risks which are linked to the use of directives as a means to harmonize rules of private international law. In this field the trend in the Community must lead to unification (not just harmonization). Otherwise the achievement of the degree of legal certainty required will be at risk. Far reaching consequences on the contents and functioning of the systems of private international law of the Member States derive from the non-discrimination principle and especially from the Community freedoms.

Keywords: European Integration, Legal Unification, Choice of Law Rules, European Private Law

RESUMEN

La unificación de las normas de DIPr constituye un valioso mecanismo de integración en el seno de la Comunidad Europea, cuyo potencial resulta reforzado habida cuenta de las limitaciones de la comunitarización de las normas de Derecho privado material.

Palabras claves: Integración europea, unificación jurídica, reglas de conflicto, Derecho privado europeo

INTEGRACION EUROPEA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.- II. EUROPEIZACION DEL DERECHO PRIVADO. 1. Relaciones entre el Derecho privado y el ordenamiento comunitario. 2. Caracterización del Derecho privado comunitario. A) Mecanismos de europeización del Derecho privado. B) Alcance del Derecho privado comunitario.- III. UNIFORMIZACION DEL D.I.PR. EN EL MARCO DE LA INTEGRACION EUROPEA. 1. Significado del D.I.Pr. como instrumento de integración. A) La técnica conflictual en el contexto de la integración. B) Interacción entre sectores del D.I.Pr. 2. Dimensiones del D.I.Pr. comunitario. A) Convenios internacionales de D.I.Pr. B) Normas sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario. C) Reglas de D.I.Pr. en el Derecho privado comunitario facultativo. D) ¿Reglas de D.I.Pr. implícitas?.-IV. COMPATIBILIDAD DE LAS NORMAS DE D.I.PR. NACIONALES CON EL DERECHO COMUNITARIO. 1. Exigencias derivadas del principio de no discriminación (art. 6 TCE). A) Competencia judicial internacional y normas procesales. B) Reglas sobre Derecho aplicable. 2. Condicionantes de las libertades comunitarias. A) Configuración de las normas. B) Funcionamiento.

I. Planteamiento

1. La evolución jurídica en el espacio comunitario produce sobre el Derecho internacional privado (en adelante, D.I.Pr.) consecuencias muy significativas, que son objeto de un creciente interés¹. Entre otros aspectos, el fenómeno de integración incide sobre los presupuestos del D.I.Pr., pues restringe el alcance de la pluralidad de ordenamientos estatales y modula el grado de heterogeneidad de ciertas situaciones privadas vinculadas con países comunitarios². En esta línea, no es de extrañar que el debate acerca de la uniformización en el marco comunitario de los Derechos privados nacionales (II, *infra*) revista aquí peculiar importancia, siendo además determinante de la trascendencia asignada al D.I.Pr. en el proceso de integración (III.1).

¹ Como refleja la atención que recibe ya en obras generales sobre nuestro sistema de D.I.Pr., *vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, 1996, pp. 158-181.

² Cf. J.C. Fernández Rozas, "Derecho internacional privado y Derecho comunitario", *RIE*, 1990, pp. 785-824, pp. 785-786.

De otra parte, la primacía del Derecho comunitario tiene una doble repercusión sobre el D.I.Pr. de los Estados miembros³. En primer lugar, durante los últimos lustros han proliferado reglas de D.I.Pr. de origen comunitario. En tales circunstancias, disposiciones elaboradas en el marco de integración operan propiamente como fuente de nuestro D.I.Pr., prevaleciendo incondicionalmente (en los términos de su eficacia) sobre las normas de fuente interna, lo que explica la necesidad de caracterizar los diversos instrumentos normativos que incorporan las reglas de D.I.Pr. establecidas en ese marco (III.2). En segundo lugar, el conjunto de los principios y normas del Derecho comunitario influyen la configuración e interpretación de las soluciones del D.I.Pr. español(IV).

II. Europeización del Derecho privado

1. RELACIONES ENTRE EL DERECHO PRIVADO Y EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

2. Un significativo grado de integración económica va asociado necesariamente a un nivel de uniformización jurídico-pública, que se precisa, ante todo, para garantizar la supresión de restricciones a la actividad económica transfronteriza en el marco de la integración así como para ordenar las relaciones comerciales con el exterior⁴. No obstante, pese al protagonismo de la normativa jurídico-pública, el llamado Derecho privado constituye uno de los fundamentos sobre los que se asienta la CE. El establecimiento, como realización esencial, de un mercado común -en los términos del art. 2 TCE- va referido a una realidad en la que el componente esencial son las transacciones entre los participantes en ese espacio económico, ordenadas básicamente por reglas de Derecho privado (de alguno

³ Vid. E. Brödermann, H. Iversen (E. Brödermann), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1994, pp. 9-11.

⁴ En el contexto comunitario *vid.* T. Heller, J. Pelkmans (J. Pelkmans), "The Federal Economy: Law and Economic Integration and the Positive State- The U.S.A. and Europe Compared in an Economic Perspective", M. Cappelletti, M. Secombe, J. Weiler (eds.), *Integration Through Law*, vol. I.1, Berlín, 1986, pp. 245-412, pp. 348-396. Destacando cómo los objetivos de la integración económica y el entramado constitucional de la misma son determinantes en todo caso del nivel de coordinación jurídica, *vid.* J.M. Gondra Romero, "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea", E. García de Enterría, J.D. González Campos, S. Muñoz Machado (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. I, Madrid, 1986, pp. 275-312, pp. 275-276.

de los ordenamientos nacionales), que reconocen amplia operatividad a la autonomía de la voluntad⁵.

La existencia en los ordenamientos de los diversos Estados participantes de una serie de instituciones y principios jurídico-privados en buena medida coincidentes⁶ ha facilitado notablemente la creación y desarrollo del ordenamiento comunitario. La proclamación de las libertades comunitarias y la relevancia de las normas sobre la libre competencia se vinculan directamente con la eficacia en el ámbito transfronterizo de la autonomía privada. Es decir, el Derecho comunitario aparece asociado al logro de la operatividad a escala europea, en la medida necesaria para el establecimiento del mercado común, de instituciones de Derecho privado⁷. En particular, las libertades comunitarias garantizan un peculiar margen de operatividad a la autonomía privada en los contratos que tienen por objeto el tráfico intracomunitario de bienes⁸. El Derecho privado funciona como infraestructura necesaria para la realización de las libertades comunitarias, al tiempo que éstas configuran el marco en el que operan los Derechos privados nacionales⁹.

3. Es posible hablar de dependencia mutua entre el ordenamiento comunitario y los Derechos privados nacionales. Las orientaciones predominantes en el Derecho privado de los Estados miembros condicionan no sólo la configuración sino también la operatividad de las reglas de Derecho privado (de origen) comunitario. Así ocurre, en particular, respecto de la suplección jurídica requerida por las instituciones de Derecho privado creadas a nivel comunitario, como la marca comunitaria, cuya normativa prevé, por ejemplo, la asimilación a la marca nacional para determinar su régimen "como objeto de propiedad"¹⁰.

⁵ Cf. F. Rittner, "Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration", *JZ*, vol. 50, 1995, pp. 849-858, p. 850.

⁶ Acerca de la similitud de principios de Derecho privado en el conjunto de los ordenamientos comunitarios, destacando la relevancia asignada a los mismos por el TJCE, *vid.* R. Schulze, "Le droit privé commun européen", *Rev. int. dr. comp.*, vol. 47, 1995, pp. 7-32, esp. pp. 18-28.

⁷ Cf. P.C. Müller-Graff, "Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht", P.C. Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, 1993, pp. 195-230, pp. 204-206.

⁸ *Vid.* P. von Wilmowsky, "EG-Freiheiten und Vertragsrecht", *JZ*, vol. 51, 1996, pp. 590-596, *passim*.

⁹ Cf. E. Steindorff, *EG Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden, 1996, pp. 107 y 159.

¹⁰ Art. 16 del Reglamento (CE) núm. 40/94, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DOCE 1994 L 11/1).

También el Derecho comunitario, habida cuenta de su primacía, condiciona la configuración de los Derechos privados nacionales. De una parte, porque las restricciones sobre los ordenamientos nacionales derivadas de las libertades comunitarias, si bien se proyectan básicamente sobre disposiciones administrativas¹¹, también inciden sobre normas jurídico-privadas que restringen la libertad para configurar las transacciones en el espacio comunitario¹² y sobre la eficacia de ciertos derechos subjetivos resultantes de las legislaciones nacionales (como ocurre con las limitaciones derivadas de la libre circulación de mercancías sobre el ejercicio de derechos de propiedad intelectual nacionales), que deben respetar el mandato de conformidad con el ordenamiento comunitario.

Ciertamente, el principio de no discriminación (art. 6 TCE) y las libertades comunitarias se proyectan sobre todos los sectores del Derecho de los Estados miembros -incluso alejados del núcleo típico de las competencias comunitarias¹³-, siempre que los mismos regulen situaciones (incluso jurídico-privadas) comprendidas en el ámbito del TCE, esto es, se encuentren amparadas por el Derecho comunitario. Por lo tanto, normas de Derecho privado pueden resultar incompatibles con el Derecho comunitario, ante todo, por infringir el principio de no discriminación o por suponer restricciones injustificadas a las libertades comunitarias¹⁴. De otra parte, existen, parcelas del Derecho privado muy relevantes para el mercado en las que se ha alcanzado cierto grado de uniformización, como las relativas a la fundación y funcionamiento del empresario social, la protección de la organización y de la actividad empresarial, o la ordenación de negocios a través de los cuales los operadores económicos organizan sus intercambios.

¹¹ Vid. P.O. Mülbart, "Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt", *ZHR*, vol. 159, 1995, pp. 2-33, *passim*, manteniendo una interpretación restrictiva de la posibilidad de contradicción del Derecho privado con las libertades comunitarias.

¹² Cf. P. von Wilmsowsky, "EG-Freiheiten...", *loc. cit.*, pp. 591-596.

¹³ Como ilustra la sent. TJCE de 30 de marzo de 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis* (Rec. pp. 1214-1220) respecto de la normativa sobre el nombre de las personas físicas.

¹⁴ Para un análisis de conjunto, recogiendo al hilo de la jurisprudencia del TJCE cómo tal posibilidad es relevante en los diversos sectores del ordenamiento: patrimonial, de familia, de la persona o procesal, *vid.* M. Fallon, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", *R. des C.*, t. 253, 1995, pp. 59-91.

2. CARACTERIZACION DEL DERECHO PRIVADO COMUNITARIO

A. Mecanismos de europeización del Derecho privado

4. La vía legislativa más relevante en el contexto comunitario para la superación del carácter nacional de las reglas de Derecho privado es la armonización, en detrimento de la unificación. Se trata de un mecanismo institucionalizado fundamentalmente, por lo que aquí importa, con base en los arts. 3.h, 54.3.g, 100 y 235 TCE, previsto como una opción necesaria para promover la integración comunitaria, si bien ésta sólo excepcionalmente reclama la armonización de las legislaciones nacionales en materia de Derecho privado¹⁵. La técnica normativa básica es la directiva (art. 189 TCE), pues el reglamento (art. 189 TCE) y el convenio internacional (art. 220 TCE) conducen (aunque este último no siempre) a la unificación legislativa, residual en el ámbito jurídico-privado¹⁶.

Las directivas, como instrumento de la europeización legislativa, van unidas a una elevada dosis de inseguridad jurídica. No sólo no excluyen el pluralismo normativo (es decir, la disparidad de las respuestas jurídicas de los ordenamientos de los Estados miembros, que, eso sí, resulta reducida), sino que su nivel de definición (y, correlativamente, la exigencia de desarrollo por el legislador estatal) es muy variable. La probabilidad de distorsiones, a través de una transposición incorrecta o tardía de la directiva, así como las específicas cuestiones que la eficacia e interpretación de sus normas (y de las del Derecho privado de los ordenamientos nacionales) plantea, revisten especial relevancia¹⁷. En realidad, la circunstancia de que las normas

¹⁵ Cf., v. gr., O. Remien, "Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? - Legislative und gerichtliche Wege", *ZfRV*, vol. 36, 1995, pp. 116-133, p. 118. Acerca de los distintos métodos de armonización empleados en la CE, destacando que el objetivo fundamental de la misma continúa siendo la supresión de obstáculos al comercio, *vid.* P.J. Slot, "Harmonisation", *ELRev*, vol. 21, 1996, pp. 378-397. Anterior en el tiempo, dando cuenta de las disposiciones del Derecho originario en las que se basa la armonización de legislaciones, *vid.* N. Bouza Vidal, "Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea", *Tratado...* vol. I, *op. cit.*, pp. 551-570, pp. 560-568.

¹⁶ *Vid.* H.C. Taschner, "Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft -Rechtsgrundlagen, Ziele, Sachgebiete, Verfahren-", P.C. Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames...*, *op. cit.*, pp. 155-165, pp. 163-165.

¹⁷ *Vid.*, reseñando cómo esos y otros problemas presentan en el ámbito del Derecho privado rasgos diferenciados de los que son propios del Derecho público, que ha venido

nacionales adoptadas en desarrollo de las directivas comunitarias están destinadas a introducir en la legislación interna reglas armonizadas de un ordenamiento supranacional, que fijan los resultados a alcanzar, implica la necesidad de adaptar en tales situaciones los métodos de interpretación propios del Derecho privado nacional¹⁸.

5. La trascendencia de la llamada uniformización heterónoma (al margen del proceso de integración) de las legislaciones nacionales¹⁹ es muy limitada en el ámbito comunitario, lo que es lógica consecuencia del carácter fragmentario y reducido de los logros de la universalización legislativa del Derecho privado. Un elemento adicional contribuye a acentuar las dificultades inherentes a la coordinación de los logros a nivel internacional con los avances de la integración a escala comunitaria; se trata, en particular, de la ausencia de una respuesta coordinada por parte de los países europeos a las posibilidades de modular -por medio de reservas- el alcance de los convenios internacionales de Derecho uniforme, como refleja la experiencia con la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional²⁰.

No cabe desconocer aquí el alcance de la llamada uniformización no legislativa del Derecho, que tiene lugar al margen de la intervención de los Estados. En el ámbito de las transacciones comerciales internacionales están presentes una serie de elementos (empresas transnacionales, asociaciones de comerciantes, mecanismos privados de solución de controversias...) capaces de promover la uniformización jurídica sin la intervención estatal. Sin embargo, la normativa espontánea elaborada en ese contexto se caracteriza, entre otros rasgos, por lo incompleto de su contenido (de alcance variable según las materias), su dependencia respecto del arbitraje como vía de solución de controversias y la ausencia de un poder político propio que garantice su fuerza vinculante. Entre los desarrollos recientes de la internacionalización no legislativa, merecen especial mención en el contexto europeo los principios en el ámbito contractual elaborados por una comisión

dominando la discusión, S. Grundmann, "EG-Richtlinie und nationales Privatrecht", *JZ*, vol. 51, 1996, pp. 274-287, pp. 277-287.

¹⁸ *Vid.* M. Schmidt, "Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden", *RabelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 569-597, esp. pp. 572-591; y U. Ehrlicke, "Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts", *RabelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 598-644, pp. 609-634.

¹⁹ *Cf.* K.F. Kreuzer, "Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts -Vorgaben des Gemeinschaftsrecht", P.C. Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames...*, *op. cit.*, pp. 373-447, pp. 383-385.

²⁰ *Cf.* P. Volken, "Probleme einer nicht abgestimmten Ratifikationspolitik gegenüber Konventionen EG-fremder Herkunft", C. von Bar (Hrsg.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Colonia, 1991, pp. 131-150, pp. 143-146.

de especialistas²¹. Si bien su limitado alcance geográfico, así como el hecho de comprender las transacciones internas, parece favorecer su eficacia armonizadora²², este instrumento es ilustrativo de la dificultad de coordinar ciertos progresos específicamente europeos con los desarrollos a escala global, por ejemplo, los principios semejantes formulados en el marco de UNIDROIT²³.

B. Alcance del Derecho privado comunitario

6. La expresión Derecho privado comunitario hace referencia al conjunto de las reglas de Derecho privado vinculantes por igual, al formar parte del Derecho comunitario, en todos los Estados miembros de la Comunidad, garantizando el TJCE su interpretación uniforme²⁴. Tales reglas se recogen fundamentalmente en directivas, si bien en ocasiones se hallan contenidas en el Derecho originario o en reglamentos. En sentido amplio, la noción Derecho privado comunitario englobaría también reglas jurídico-privadas establecidas, excepcionalmente, en convenios internacionales elaborados en el específico marco de la integración comunitaria -caso del Convenio sobre la patente comunitaria²⁵.

Es conocido que el TCE no atribuye competencia general a la CE para legislar en materia de Derecho privado. Las competencias relevantes en este ámbito resultan típicamente de los objetivos de la CE y de las políticas concretas asignadas a la misma, como las libertades de circulación, la libre competencia, la política social o la protección de los consumidores. En consecuencia, amplios sectores del Derecho privado, como lo relativo a la persona, familia y sucesiones, quedan substancialmente al margen. En el Derecho comunitario originario las reglas jurídico-privadas son muy escasas, destacando por su trascendencia práctica el art. 85.2 TCE. También los reglamentos comunitarios, que aseguran la unificación normativa, ocupan, por su limitado número y alcance, un lugar residual en la europeización del

²¹ The Commission on European Contract Law, *The Principles of European Contract Law (Part I: Performance, Non-Performance and Remedies)*, Dordrecht, 1995.

²² Cf. P.C. Müller-Graff, "Private Law Unification by Means other than of Codification", *Towards a European Civil Code*, Nimega, 1994, pp. 19-29, pp. 28-29.

²³ UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 1995. Valorando cómo las apreciables divergencias existentes menoscaban la coincidencia general entre las soluciones previstas en los dos instrumentos, *vid.* A.S. Hartkamp, "The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law", *ERPL*, vol. 2, 1994, pp. 341-357, *passim*.

²⁴ Cf. P.C. Müller-Graff, "Privatrecht...", *loc. cit.*, pp. 215-216.

²⁵ Incluido en el Acuerdo de Luxemburgo, de 15 de diciembre de 1989, sobre patentes comunitarias (DOCE 1989 L 401/1).

Derecho privado. No obstante, existen significativas excepciones, en particular, por medio de ciertos reglamentos que establecen instituciones de Derecho privado peculiares del ordenamiento comunitario, caso de la agrupación europea de interés económico²⁶ y de la marca comunitaria.

La directiva es el instrumento normativo de más peso en la europeización del Derecho privado. Así, entre las materias de Derecho privado que han sido objeto de armonización por medio de directivas cabe reseñar el régimen de las sociedades mercantiles, la publicidad engañosa, la responsabilidad por productos, los agentes comerciales independientes, los contratos de seguro, los contratos de consumo celebrados fuera de establecimiento mercantil, las cláusulas abusivas en contratos de consumo, la restitución de bienes culturales, los contratos de transporte y alojamiento combinados, los contratos de utilización de inmuebles a tiempo compartido... Normalmente estas directivas, en línea con las orientaciones en materia de armonización fijan unos estándares de protección comunes, excluyendo que las legislaciones nacionales puedan imponer niveles de protección más estrictos; en ocasiones, sin embargo, las directivas de armonización admiten, con carácter excepcional, la operatividad de reglas nacionales que fijan un nivel más intenso de protección²⁷.

7. De este conjunto resulta que el alcance del Derecho privado comunitario, constituido básicamente por directivas, con todas las dificultades inherentes a tal mecanismo, se limita a realizaciones aisladas en sectores concretos, circunstancia que no se ve alterada por la proyección (judicial) sobre la europeización del Derecho privado de los condicionantes derivados de las libertades comunitarias²⁸. En tiempos recientes, el debate se ha centrado en torno a la conveniencia de modificar el paradigma existente, sustituyendo el método de intervención legislativa puntual por un desarrollo centralizado a nivel comunitario de legislación relativa al conjunto del Derecho privado²⁹. En particular, el Parlamento Europeo instó ya en una Resolución de 26 de mayo de 1989³⁰ la uniformización a nivel comunitario de "ramas enteras" del Derecho privado.

²⁶ Reglamento de 25 de julio de 1985 (DOCE 1985 L 199/1).

²⁷ Planteando las distintas posibilidades *vid.* B. von Hoffmann, "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht", *ZfRV*, vol. 36, 1995, pp. 45-54, pp. 46-47, con una clasificación de las diversas directivas (y propuestas) (p. 53).

²⁸ *Vid.* O. Remien, "Denationalisierung...", *loc. cit.*, pp. 127-132.

²⁹ Planteando inicialmente la cuestión *vid.* E.A. Kramer, "Europäische Privatrechtsvereinheitlichung (Institutionen, Methoden, Perspektiven)", *J. Bl.*, vol. 110, 1988, pp. 477-489, pp. 485-489.

³⁰ (DOCE 1989 C 158/400).

Lo cierto, sin embargo, es que, los planteamientos proclives a una codificación (de parcelas enteras) del Derecho privado a nivel comunitario distan de ser realistas en la actualidad. No sólo porque el debate acerca de esa opción ha puesto de relieve cómo las objeciones -menoscabo de la identidad cultural, déficit democrático, eliminación de la competencia legislativa como elemento promotor de soluciones normativas eficientes³¹, pérdida de la dimensión global, elevados costes asociados a la producción y dificultades inherentes a la aplicación de la normativa uniforme...- superan ahora a los beneficios prácticos derivados de la misma³², sino también porque tal posibilidad no se compadece con los caracteres y la evolución del proceso de integración europea³³.

8. En los últimos años, lejos de observarse una tendencia a modificar la ausencia a nivel comunitario de competencia legislativa general en materia de Derecho privado, se aprecia un retraimiento del proceso de armonización jurídica emprendido (si bien puntualmente) en este ámbito³⁴. Tal circunstancia no es sólo fruto de la consolidación del principio de reconocimiento mutuo³⁵ y del consiguiente ajuste del programa de armonización³⁶, sino también de la toma de conciencia acerca de lo perturbador que resulta la multiplicidad de reglas aisladas y faltas de coordinación (en especial, con las legislaciones nacionales) existentes y de la

³¹ Sobre el particular *vid.* N. Reich, "Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law", *CML Rev*, vol. 29, 1992, pp. 861-896, *passim*; y, al hilo de la armonización del Derecho de sociedades, H. Merkt, "Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des Wettbewerbs der Gesetzgeber", *RebelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 545-568, esp. pp. 545-549.

³² En este sentido, *vid.*, *v. gr.*, P. Ulmer, "Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?", *JZ*, vol. 47, 1992, pp. 1-8, p. 5; y O. Sandrock, "Die Europäischen Gemeinschaften und die Privatrechte ihrer Mitgliedstaaten: Einheit oder Vielfalt?", *EWS*, vol. 5, 1994, pp. 1-8, pp. 5-8.

³³ *Vid.* R. von Borries, "Die Regierungskonferenz 1996 und das Privatrecht", *ZEuP*, vol. 4, 1996, pp. 193-199, pp. 196-199, destacando que no es previsible que la situación se modifique en el marco de llamado tercer pilar introducido por el TUE.

³⁴ *Cf.* I.E. Schwartz, "Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft", *ZEuP*, vol. 2, 1994, pp. 559-582, p. 576.

³⁵ En línea con la jurisprudencia del TJCE a partir de la sent. de 20 de febrero de 1979 en el asunto C-120/78, *Cassis de Dijon (Rec. pp. 651-666)*. Crítico con el alcance atribuido a ese principio, por entender que debería limitarse a ser complemento de la armonización, *vid.* M. López Escudero, "La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario", *Gaceta jurídica CE*, 1993 (enero), pp. 119-165, pp. 143-165.

³⁶ *Vid.* F. Rigaux, "Droit international privé et droit communautaire", *L'internationalisation du Droit (Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn)*, París, 1994, pp. 341-354, pp. 344-346.

proyección en este ámbito de los principios de subsidiariedad³⁷ y, sobre todo, de proporcionalidad³⁸ previstos ahora, fundamentalmente, en el art. 3 B TCE.

Las perspectivas de la europeización del Derecho privado (en especial, mercantil) en el contexto comunitario no contemplan un proceso codificador a medio plazo, escasamente realista a la luz de la situación actual, sino que centran el alcance de la armonización jurídica material (directivas) en la consolidación de los logros ya alcanzados. El acento debe recaer, no tanto en la intervención legislativa en materia de Derecho privado a nivel supranacional, como en el desarrollo a través de la jurisprudencia, la práctica y la doctrina de los principios generales de Derecho privado comunes en el ámbito europeo, en línea con la llamada internacionalización no legislativa del Derecho³⁹.

III. Uniformización del D.I.Pr. en el marco de la integración europea

1. SIGNIFICADO DEL D.I.PR. COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACION

A. La técnica conflictual en el contexto de la integración

9. Las limitaciones del desarrollo de la uniformización del Derecho (privado) material en el ámbito comunitario, ya reseñadas, se asocian, según una opinión extendida, a la revalorización de las reglas de D.I.Pr. (en particular, sobre ley aplicable) en el marco de la integración europea. El reducido alcance de la uniformización material del Derecho privado, al igual que el empleo de la directiva como mecanismo prioritario para ese fin, determinan un apreciable fraccionamiento normativo, que menoscaba la seguridad jurídica en las relaciones intracomunitarias.

Ahora bien, un espacio jurídico unitario no reclama necesariamente reglas materiales uniformes (como ilustra el principio de reconocimiento

³⁷ Vid. N. Bernard, "The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity", *CML Rev.*, vol. 33, 1996, pp. 633-666, esp. pp. 640-642.

³⁸ Poniendo de relieve que para el control de la armonización jurídica vinculada al mercado el criterio determinante es la exigencia de proporcionalidad (art. 3B pfo. 1 y 3B pfo. 3 TCE) y no de subsidiariedad (art. 3B pfo. 2 TCE), *vid.* P.C. Müller-Graff, "Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?", *ZHR*, vol. 159, 1995, pp. 34-77, esp. pp. 71-72.

³⁹ En este sentido, *vid.* B. Großfeld, K. Bilda, "Europäische Rechtsangleichung", *ZfRV*, vol. 33, 1992, pp. 421-433, esp. pp. 432-433; P. Ulmer, "Vom deutschen...", pp. 7-8; R. Schulze, "Le droit...", *loc. cit.*, pp. 28-32; y F. Rittner, "Das Gemeinschafts-privatrecht...", *loc. cit.*, pp. 855-858.

mutuo, básico en el diseño de la reciente política comunitaria en materia de armonización). La necesidad de armonización jurídico-privada en un mercado integrado dista de ser equiparable a la urgencia por eliminar restricciones y distorsiones de Derecho público. Suprimidas las barreras administrativas, lo determinante para la participación de las empresas en el extranjero no es tanto la coincidencia normativa con la situación existente en el Estado de procedencia como la adecuación funcional y la previsibilidad del ordenamiento extranjero⁴⁰. El nivel de seguridad jurídica de las relaciones privadas transfronterizas requerido para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior puede lograrse, con carácter general, a través del establecimiento de reglas uniformes en materia de ley aplicable. En la medida en que eso es así, la europeización de la legislación material, con las desventajas que le son inherentes, no es necesaria para realizar las exigencias de previsibilidad jurídica vinculadas a la integración, que pueden alcanzarse por la vía más satisfactoria de la coordinación de las reglas de D.I.Pr.⁴¹.

10. La elaboración de instrumentos de D.I.Pr. uniforme (susceptible de ser complementada con una uniformización parcial de normas materiales), en tanto garantice a las relaciones jurídico-privadas transfronterizas el nivel de seguridad jurídica necesario para el buen funcionamiento del mercado integrado, resulta una vía de uniformización legal más acorde con la orientación imperante -y con lo dispuesto en los arts. 3.h) y 3 B TCE- respecto de la armonización jurídica en el marco comunitario, salvaguardando la identidad cultural⁴² y la competencia entre ordenamientos. Estas circunstancias contribuyen a revitalizar el significado del D.I.Pr. en el proceso de integración⁴³.

⁴⁰ Cf. H.W. Hinz, "Das Interesse der Wirtschaft an einer Europäisierung des Privatrechts", *ZeUP*, vol. 2, 1994, pp. 553-558, pp. 553-554.

⁴¹ Cf. K.F. Kreuzer, "Die Europäisierung...", *loc. cit.*, pp. 408-409.

⁴² El mandato de respeto a la identidad nacional de los Estados miembros incorporado en el art. F.1 TUE favorece el mantenimiento de la diversidad jurídica entre los Estados miembros y su coordinación por medio del D.I.Pr., *vid.* A.V.M. Struycken, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *R. des C.*, t. 232, 1992, pp. 257-384, pp. 278-285.

⁴³ En esta línea, *vid.* J. Taupitz, "Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?", *JZ*, vol. 48, 1993, pp. 533-539, pp. 538-539; E. Jayme, "Ein Internationales Privatecht für Europa", *Ein Internationales Privatecht für Europa*, Heidelberg, 1991, pp. 5-23, p. 7; H. Duintjer Tebbens, "Private International Law and the Single European Market: Coexistence or Cohabitation?", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, pp. 49-69, pp. 61-69; S. Álvarez González, "Pasado, presente y futuro del Derecho internacional privado comunitario", *Dereito (Revista Xurística da Universidade de Santiago de Compostela)*, vol. 5, 1996, pp. 9-48, pp.

En comparación con la uniformización material, la integración jurídica por medio de reglas de los diversos sectores de D.I.Pr., haciendo posible un grado significativo de previsibilidad, implica una distorsión menor de los ordenamientos nacionales afectados y supone una actividad más sencilla, respetuosa con la diversidad en el contenido material de los ordenamientos y la igualdad entre éstos⁴⁴.

11. No obstante, los caracteres propios de las normas de conflicto y las dificultades inherentes a su aplicación menoscaban la aptitud de las mismas como instrumento de integración jurídica. No sólo por las limitaciones de esta técnica normativa para realizar los objetivos de políticas materiales⁴⁵, sino también porque la formulación general y flexible de estas reglas facilita interpretaciones dispares en los tribunales de cada uno de los Estados. Asimismo, las divergencias existentes respecto de la aplicación judicial del Derecho extranjero dificultan un tratamiento unitario de situaciones idénticas en países distintos⁴⁶, ante la tendencia a favorecer la aplicación de la ley del foro⁴⁷.

Ahora bien, la existencia de un grado notable de semejanza entre los diversos ordenamientos materiales -acentuada en ocasiones por los logros armonizadores- que coexisten en el espacio comunitario, así como la coincidencia en ese espacio acerca de los criterios básicos en el diseño de las reglas sobre ley aplicable⁴⁸, facilitan el funcionamiento de la técnica conflictual y reducen las deficiencias asociadas a la internacionalización de las soluciones localizadoras. En todo caso, el logro de un grado razonable de previsibilidad -vinculado necesariamente a la uniformidad interpretativa-

19-22; H. Koch, "Private International Law: A Soft Alternative to the Harmonisation of Private Law?" *ERPL*, vol. 3, 1995, pp. 329-342, pp. 336-339; y M. Rohe, "Binnenmarkt oder Interessenverband? (Zum Verhältnis von Binnenmarktziel und Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastricht-Vertrag)", *RabelsZ*, vol. 61, 1997, pp. 1-85, pp. 58-62.

⁴⁴ Cf. P. Hay, O. Lando, R. Rotunda, "Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration", M. Cappelletti, M. Secombe, J. Weiler (eds.), *Integration...*, *op. cit.*, vol. I.2, pp. 161-259, pp. 168-170.

⁴⁵ Vid. C. Joerges, "The Europeanisation of Private Law as a Rationalisation Process and as a Contest of Disciplines - an Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts", *ERPL*, vol. 3, 1995, pp. 175-191, pp. 186-188, quien habla de "*integration policy deficits of private international law*".

⁴⁶ Valorando las apreciables diferencias sobre el particular en los sistemas europeos vid. T.C. Hartley, "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", *ICLQ*, vol. 45, 1996, pp. 271-292, *passim*.

⁴⁷ Vid. P. Hay, O. Lando, R. Rotunda, "Conflict...", *loc. cit.*, pp. 170-174.

⁴⁸ Vid. K. Kreuzer, "Überlegungen zu einigen Grundfragen der Privatrechtsvergleichung", *Comp. L. Rev.*, vol. XXVII-3, 1993, pp. 1-44, pp. 30-44.

reclama un entendimiento de las reglas uniformes sobre ley aplicable coherente con ese objetivo, marginando las respuestas casuísticas a la luz de las peculiares circunstancias del caso concreto⁴⁹. Ciertamente, el papel asignado como instrumentos de integración a las reglas de conflicto elaboradas en este contexto, debe ser uno de los elementos determinantes de su interpretación⁵⁰. Asimismo, las peculiaridades de las reglas de conflicto condicionan las técnicas de unificación susceptibles de ser empleadas⁵¹ y la adecuación de las mismas al objetivo de integración. Cabe entender que el aporte de la previsibilidad precisa sólo puede lograrse por medio de la unificación de las reglas de conflicto, lo que cuestiona aquí el papel de las directivas y lleva a promover la vía del reglamento, por ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable, incluso sobre la de los convenios internacionales⁵², propuesta que dista de coincidir con los logros hasta el momento alcanzados.

B. Interacción entre sectores del D.I.Pr.

12. No sólo las reglas sobre ley aplicable, sino todos los sectores del D.I.Pr. desempeñan un significativo y renovado papel en el proceso de integración comunitaria. La simplificación del régimen de reconocimiento y ejecución recíprocos de decisiones judiciales (y arbitrales), siendo determinante para la eliminación de situaciones jurídicas claudicantes, aparecía ya prevista en la versión inicial del art. 220 TCE. Es conocido, a la luz del contenido del Convenio de Bruselas de 1968 (en adelante, CB), cómo el logro de un grado de cooperación en tal sector tan intenso como reclaman los

⁴⁹ Como se ha propuesto en la interpretación de las llamadas cláusulas de corrección, mecanismo fundamental en la flexibilización de las modernas normas de conflicto -como es el caso del art. 4 del Convenio de Roma de 1980 sobre obligaciones contractuales (en adelante, CR)-, *vid.* K. Kreuzer, "Zur Funktion von kollisionsrechtliche Berichtigungsnormen", *ZfRV*, vol. 33, 1992, pp. 168-192, esp. pp. 174-175 y 188-190.

⁵⁰ *Vid.*, al hilo del CR, M. Virgós Soriano, "La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas", *Noticias CEE*, 1990, núm. 61, pp. 83-94, p. 89; y A. Junker, "Die einheitliche europäische Auslegung nach dem EG-Schuldvertragsübereinkommen", *RabelsZ*, vol. 55, 1991, pp. 674-696, pp. 683-686.

⁵¹ *Vid.* M.V. Cuartero Rubio, "Técnicas de unificación del D.I.Pr. en la CEE", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, 1993, pp. 248-256, *passim*.

⁵² Propugnando el recurso al art. 235 TCE como fundamento de la adopción de reglamentos unificando el D.I.Pr. en el marco comunitario incluso en materias no patrimoniales, *vid.* K. Kreuzer, "Lex communis europea de collisione legum: Utopie ou nécessité?", *España...*, *op. cit.*, pp. 225-246; pp. 241-244.

objetivos de la integración comunitaria, va necesariamente asociado a la unificación de reglas sobre competencia judicial internacional.

A su vez, la cooperación en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones se relaciona con la unificación de reglas sobre asistencia judicial internacional. Tal aspecto se refleja en los trabajos relativos a la adopción de un convenio, en el marco del art. K.3 TUE, sobre notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales⁵³, destinado a superar la deficiente coordinación lograda por medio del Convenio de La Haya de 1965 sobre esta materia⁵⁴ y de convenios bilaterales en una cuestión tan determinante para el buen funcionamiento del sistema de reconocimiento y ejecución previsto en el CB (esp. art. 27.2)⁵⁵.

13. Asimismo, la unificación en el ámbito de la competencia judicial y del reconocimiento de decisiones se vincula con la necesidad de intensificar la europeización de las reglas sobre ley aplicable, entre otros objetivos para contrarrestar el aumento en el riesgo de *forum shopping/D.I.Pr. shopping*⁵⁶, ante la práctica ausencia de control de la ley aplicada⁵⁷. En esta línea, el debate acerca de la extensión al ámbito familiar y sucesorio de la unificación en materia de competencia y reconocimiento -reforzado ahora por las previsiones de los arts. K.1.6) y K.3.2.c) TUE⁵⁸, que complementan vías de actuación sugeridas ya con anterioridad, en particular los arts. 220 y 235 TCE⁵⁹- debe vincularse con eventuales progresos en la coordinación de las respuestas sobre ley aplicable en tales sectores. No en vano, la heterogeneidad de las reglas nacionales de D.I.Pr. en el ámbito familiar y sucesorio ha sido considerada la circunstancia determinante de su exclusión del régimen del CB⁶⁰. El futuro del D.I.Pr comunitario pasa por su expansión

⁵³ Uno de los aspectos donde la necesidad de europeización del Derecho procesal resulta más urgente, cf. R. Stürner, "Das Europäische Zivilprozeßrecht- Einheit oder Vielfalt?", *Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht*, Tubinga, 1992, pp. 1-24, pp. 18-20.

⁵⁴ BOE núm. 203, de 25.VIII.87.

⁵⁵ Vid. E. Jayme, C. Kohler, "Europäisches Kollisionsrecht 1996- Anpassung und Transformation der nationalen Rechte", *IPRax*, vol. 16, 1996, pp. 377-389, p. 389.

⁵⁶ Cf. K.F. Kreuzer, "Die Europäisierung...", *loc. cit.*, p. 408.

⁵⁷ Vid. C. Kohler, "Einheit, Vielheit und Relativität im Kollisionsrecht der EG-Mitgliedstaaten", *IPRax*, vol. 12, 1992, pp. 277-284, pp. 281-284.

⁵⁸ Vid. P. Beaumont, G. Moir, "Brussels Convention II: A New Private International Law Instrument in Family Matters for the European Union or the European Community", *ELRev*, vol. 20, 1995, pp. 268-288, p. 277.

⁵⁹ Vid. C. Kohler, "L'article 220 du Traité CEE et les conflits de juridictions en matière de relations familiales: premières réflexions", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XVIII, 1992, pp. 221-240, pp. 223-238.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 221-222, reproduciendo parcialmente el Informe Jenard.

hacia un ámbito material global, como muestran particularmente los condicionantes existentes en el Derecho de familia⁶¹, baste pensar en cómo la eficacia a nivel comunitario de las decisiones sobre custodia de menores se relaciona directamente con la movilidad de las personas para fijar su residencia en ese espacio.

2. DIMENSIONES DEL D.I.PR. COMUNITARIO

14. Utilizando un criterio de clasificación que combina el instrumento normativo empleado con la diversa función de las reglas de D.I.Pr.⁶², cabe agrupar las distintas normas de D.I.Pr. comunitario, a efectos de dar cuenta de su significado, en las siguientes categorías.

A. Convenios internacionales de D.I.Pr.

15. Es obligado hacer referencia, en primer lugar, a los convenios internacionales específicos de D.I.Pr. concluidos en el marco de la integración, pese a no constituir normas de Derecho comunitario en sentido estricto⁶³. Entre estos convenios destacan el CB y el CR, que continúan ocupando un lugar esencial en el D.I.Pr. comunitario⁶⁴. Ciertamente, el CB contiene los regímenes uniformes de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones aplicables (dentro de su limitado ámbito material) por los tribunales de los Estados miembros a las situaciones internacionales que presentan ciertos vínculos espaciales -diversos en uno y otro caso- con el área de integración⁶⁵, que en este ámbito, igual que en otros, resulta extendido al EEE⁶⁶. Por su parte, el CR, que encuentra entre sus

⁶¹ Vid. S. Alvarez González, "Pasado...", *loc. cit.*, pp. 39-43.

⁶² En la línea seguida recientemente por J. Basedow, "Europäisches Internationales Privatrecht", *NJW*, vol. 30, 1996, pp. 1921-1929.

⁶³ Acerca de sus características básicas que, entre otros aspectos, condicionan la posibilidad de ser parte en los mismos y de establecer mecanismos supranacionales de interpretación, *vid.* A. Borrás Rodríguez, "Los convenios complementarios entre los Estados miembros de la CEE", *Noticias CEE*, núm 12, 1986, pp. 115-118.

⁶⁴ Cf. E. Jayme, C. Kohler, "Europäisches...", *loc. cit.*, p. 377.

⁶⁵ Poniendo de relieve las dificultades en ocasiones asociadas a la imprecisión de esos límites, pero defendiendo el carácter razonable y funcional de los mismos *vid.* H. Gaudemet-Tallon, "Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen: quelques repères", *E pluribus unum (Liber amicorum G.A.L. Droz)*, La Haya, 1996, pp. 85-104.

⁶⁶ A través aquí del Convenio de Lugano de 1988, cuya interpretación, en particular al quedar al margen de la competencia del TJCE, plantea dificultades específicas, *vid.* T.

fundamentos la voluntad de reducir los riesgos de *forum shopping*/D.I.Pr. *shopping* asociados a los progresos del CB, ha conducido a la unificación de las normas sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de los Estados participantes en el proceso de integración.

Estos dos convenios son instrumentos típicos de D.I.Pr. -se proyectan sobre la competencia y el reconocimiento de (decisiones de) tribunales estatales o determinan la aplicabilidad de los ordenamientos estatales-, cuya existencia sería incluso imaginable al margen de la integración supranacional. La interacción con el Derecho comunitario, como ordenamiento jurídico diferenciado, plantea dificultades, en particular, en la medida en que la aplicabilidad de éste requiere criterios específicos. La prioridad del Derecho comunitario sobre la normativa convencional (art. 20 CR) no evita distorsiones que pueden derivar de la incorporación en el Derecho derivado armonizador (sobre todo, en materia de protección de consumidores y de trabajadores) de reglas de conflicto, destinadas a garantizar el nivel comunitario de protección en situaciones vinculadas con terceros países, contradictorias con las soluciones convencionales⁶⁷.

16. Desde la perspectiva de los objetivos de integración, el recurso a convenios internacionales para la elaboración de reglas de D.I.Pr. dista de ser la solución óptima, como muestra la experiencia: dilación de su entrada en vigor, alteraciones en la transposición, reservas, falta de competencia originaria del TJCE...⁶⁸, deficiencias que tienden a acentuarse con la creciente extensión de la CE; lo que unido a que en el marco del art. 235 TCE es posible el empleo de los reglamentos debería condicionar (a la baja) el recurso en el futuro a los instrumentos convencionales⁶⁹.

No obstante, entre los avances recientes destaca el Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995 relativo a los procedimientos de

Schmidt-Parzefall, *Die Auslegung des Parallelübereinkommens von Lugano*, Tubinga, 1995, esp. pp. 57-112.

⁶⁷ Para una visión, acogida por el llamado Grupo europeo de D.I.Pr., muy negativa de tal estado de cosas cuestionando la necesidad de reglas de conflicto específicas en tales directivas, *vid.* E. Jayme, C. Kohler, "L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 84, 1995, pp. 1-40, esp. pp. 36-39. Por el contrario, hay quien entiende que si bien los aspectos formales (descoordinación con el CR) son criticables, la experiencia demuestra la conveniencia de las reglas sobre ley aplicable contenidas en esas directivas, por precisar con claridad la aplicabilidad del Derecho privado comunitario de las directivas en situaciones vinculadas con terceros Estados, *cf.* J. Basedow, "Europäisches...", *loc. cit.*, pp. 1925-1926.

⁶⁸ *Cf.* K. Kreuzer, "Lex communis...", *loc. cit.*, pp. 240-241.

⁶⁹ *Cf.* J. Basedow, "Europäisches...", *loc. cit.*, p. 1922.

insolvencia⁷⁰, limitado a los conflictos intracomunitarios, que, entre otros objetivos, pretende complementar al CB, que excluye esa materia de su ámbito de aplicación. Asimismo, la técnica convencional puede ser determinante para la extensión del CB al ámbito familiar y sucesorio, así como en materia de notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales, habida cuenta de la previsión contenida en el art. K.3.2.c), que contempla la adopción de convenios internacionales en lo relativo a la cooperación en el ámbito de la justicia.

B. Normas sobre la aplicabilidad del Derecho privado comunitario

17. La mayor parte de las normas de Derecho comunitario son típicamente de Derecho público. El ámbito del Derecho administrativo se caracteriza por la existencia de una estricta correlación entre competencia judicial y competencia legislativa, inherente a la naturaleza de la relación jurídica y al papel atribuido al poder público en la configuración de la misma⁷¹, lo que provoca que en este ámbito no exista la necesidad de determinar el ordenamiento aplicable⁷². La situación es distinta cuando las normas administrativas contemplan consecuencias directas -sin la intermediación de un órgano administrativo- sobre relaciones jurídicas privadas⁷³. Asimismo, la "territorialidad" característica del Derecho público resulta matizada por el fenómeno comunitario, como consecuencia del principio de reconocimiento mutuo y de control por las autoridades del país de origen⁷⁴.

La existencia de una regla sobre ley aplicable que delimita el alcance de la normativa privada (o pública con consecuencias directas sobre relaciones jurídico-privadas) comunitaria en las situaciones internacionales es

⁷⁰ Acerca del mismo, *vid.* M. Virgós, E. Schmit, "Informe sobre el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia de 23 de noviembre de 1995", reproducido en M. Virgós Soriano, F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil europeo*, Madrid, 1996, pp. 440-523.

⁷¹ Cf. H. Batiffol, P. Lagarde, *Traité de Droit international privé*, t. I, 8ª ed., París, 1993, p. 413.

⁷² Cf., *v. gr.*, C. von Bar, *Internationales Privatrecht (Erster Band. Allgemeinen Lehren)*, Múnich, 1987, p. 218.

⁷³ Cf., en relación con los regímenes de defensa de la competencia, M. Martinek, *Das internationale Kartellprivatrecht (Ein Beitrag zur kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung im internationalen Wirtschaftsrecht)*, Heidelberg, 1987, pp. 28-29.

⁷⁴ Cf. L. Radicati di Brozolo, "L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 82, 1993, pp. 401-424, pp. 402-403.

bien conocida en materia de defensa de la libre competencia⁷⁵. El criterio de los efectos (en el mercado comunitario) resulta determinante de la aplicabilidad de la normativa europea de defensa de la competencia en situaciones vinculadas con ordenamientos de Estados no miembros -las relevantes aquí en el plano del D.I.Pr.-⁷⁶, lo que se proyecta sobre los arts. 85 ss TCE y los numerosos reglamentos adoptados en desarrollo de los mismos.

18. La presencia de reglas sobre la aplicabilidad de normas de origen comunitario a situaciones jurídico-privadas transfronterizas adquiere peculiar relevancia en las directivas de armonización de Derecho privado. En efecto, es habitual que estas directivas incorporen, casi a modo de anexo, reglas determinantes de su aplicabilidad, cuestión que es distinta del hecho de que la armonización llevada a cabo por directivas incluya en ocasiones la de ciertas reglas de D.I.Pr. de los Estados miembros⁷⁷. De momento, interesa valorar el significado de las reglas sobre la aplicabilidad de la normativa armonizada contenida en directivas. Con carácter general, el alcance de la cuestión conflictual que se suscita varía según el significado de la armonización prevista en la directiva⁷⁸.

Cuando la directiva fija un nivel unitario de protección, la cuestión clave es concretar la vinculación exigida con la CE como determinante de la aplicación del estándar de protección establecido. Eso es algo que debe resolver típicamente la normativa comunitaria incorporando reglas sobre su aplicabilidad. Para lograr ese fin algunas de las directivas más recientes incorporan un mandato a los Estados miembros de garantizar la aplicación del estándar de protección a todas las relaciones transfronterizas que presenten un vínculo significativo con la CE. Ilustrativos en este sentido son

⁷⁵ Vid. A.K. Schnyder, "Gemeinschaftsrechtliches Kollisionsrecht?- Zur Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrecht bei Sachverhalten mit Beziehungen zu Drittstaaten", C. von Bar (*Hrgb.*), *Europäisches...*, *op. cit.*, pp. 3-15, esp. pp. 6-10.

⁷⁶ La delimitación entre el alcance respectivo de la normativa comunitaria y las disposiciones internas de los Estados miembros no es una cuestión de D.I.Pr. (*cf.* J. Sonnenberger, "Europarecht und Internationales Privatrecht", *ZVglRWiss*, vol. 95, 1996, pp. 3-47, pp. 3-4.). En tales circunstancias las relaciones existentes entre los ordenamientos implicados presentan caracteres específicos (por ejemplo, al ser determinante la primacía comunitaria o el reparto competencial), por lo que no son equiparables a las situaciones que implican una pluralidad de ordenamientos en el sentido propio del D.I.Pr.

⁷⁷ Para una aproximación al significado de las directivas en el D.I.Pr. desde la perspectiva española, M. Desantes Real, "La incidencia de las fuentes de origen institucional (Derecho comunitario europeo) en la configuración del sistema español de Derecho internacional privado", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria 1993*, Madrid, 1994, pp. 53-121, pp. 104-112.

⁷⁸ *Cf.* B. von Hoffmann, "Richtlinien...", *loc. cit.*, p. 47.

el art. 6.2 de la Directiva de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos por consumidores⁷⁹ (que prevé la aplicación de la protección dispensada por la Directiva a todo contrato que presente un vínculo estrecho con los Estados miembros) y el art. 9 de la Directiva de 26 de octubre de 1994 relativa a contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido⁸⁰ (que prevé su aplicación siempre que el bien inmueble se encuentre en el territorio de un Estado miembro). La valoración de estas normas, en especial en lo que concierne a su interacción con el CR, ha sido muy dispar, frente a quienes han considerado que marcan una tendencia fatal⁸¹, cabe entender que, dejando al margen deficiencias formales, la concreción de la aplicabilidad de las normas protectoras establecidas en las directivas es coherente con el alcance armonizador pretendido y se compadece con la función de tales directivas⁸².

Por su parte, si la armonización prevista en la directiva no excluye la posibilidad de que las legislaciones nacionales contengan un nivel de protección más estricto, el aspecto clave en el plano conflictual es precisar cuál de las legislaciones nacionales vinculadas con el supuesto es la aplicable al mismo. En tanto en cuanto no existan sobre el particular reglas de D.I.Pr. a nivel comunitario, la determinación debe hacerse acudiendo al D.I.Pr. autónomo, de modo que subsiste el riesgo aludido de *forum/D.I.Pr. shopping*⁸³.

19. Dejando a un lado dificultades que se pueden plantear cuando la normativa de D.I.Pr. se remite a la ley de un Estado miembro de la CE, que incumpliendo sus obligaciones no ha incorporado en su ordenamiento interno las normas protectoras contenidas en la armonización comunitaria⁸⁴,

⁷⁹ DOCE 1993 L 95/29.

⁸⁰ DOCE 1994 L 280/83.

⁸¹ Cf., en la línea ya apuntada más arriba, E. Jayme, C. Kohler, "Europäisches Kollisionsrecht 1994: Quellenpluralismus und offenen Kontraste", *IPRax*, vol. 14, 1994, pp. 405-415, pp. 406-407.

⁸² Vid. B. von Hoffmann, "Richtlinien...", *loc. cit.*, pp. 51-54; y J. Basedow, "Europäisches...", *loc. cit.*, pp. 1925-1926.

⁸³ Tal es la situación, por ejemplo, en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, armonizada por la Directiva de 25 de julio de 1985 (DOCE 1985 L 210/29) (cf. B. von Hoffmann, "Richtlinien...", *loc. cit.*, p. 50), donde la existencia de un cierto grado de uniformización heterónoma del D.I.Pr. -por medio del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos (BOE núm. 21, de 25.I.89)- no altera sustancialmente el señalado déficit de seguridad jurídica en el contexto comunitario.

⁸⁴ Sobre el particular, que ha merecido especial atención en Alemania por los precedentes de contratos celebrados por turistas alemanes en España, *vid.* E. Brödermann, H. Iversen (H. Iversen), *Europäisches...*, *op. cit.*, pp. 352-448.

parece oportuno en el presente contexto -pese a que no se trate de reglas sobre la aplicabilidad de la normativa comunitaria- aludir a las peculiares carencias asociadas al empleo de la directiva como mecanismo para la uniformización del D.I.Pr. de los Estados miembros⁸⁵.

En ocasiones las directivas de armonización del Derecho privado incluyen la armonización de reglas de D.I.Pr. de la materia de que se trate. Los riesgos de que esas reglas de D.I.Pr. sean transpuestas de modo incorrecto en los ordenamientos nacionales son muy elevados, con el consiguiente menoscabo de la pretendida uniformización del D.I.Pr. Dos simples ejemplos de la práctica española, bastan para dar cuenta de lo perturbadora que puede ser tal circunstancia.

El art. 12 de la Directiva de 15 de marzo de 1993 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro⁸⁶, contiene una norma de conflicto que prevé que la propiedad del bien cultural tras su restitución quede regida por la legislación interna del Estado miembro requirente. Pues bien, en la normativa de incorporación al Derecho español⁸⁷ de la mencionada Directiva, sencillamente se omite por completo la referencia a la regla de conflicto establecida en la armonización comunitaria⁸⁸. Tampoco se encuentra exenta de problemas la incorporación a nuestro ordenamiento, por medio, últimamente, de la Ley 30/95 del contrato de seguro, de las reglas de conflicto contenidas en directivas comunitarias de armonización de los contratos que cubren riesgos localizados dentro de la CE, principalmente en la de 22 de junio de 1988⁸⁹ y en la de 18 de junio de 1992⁹⁰. La incorporación de tales reglas a nuestro ordenamiento por medio del art. 107 de la Ley del contrato de seguro plantea ciertos interrogantes, por ejemplo, como consecuencia del carácter unilateral con el que se formulan las reglas españolas, que contrasta con la técnica del art. 7.1 de la Directiva de 1988, o, también, habida cuenta de que en el art. 107.6 de la Ley española se obvia toda referencia a la posibilidad -recogida en

⁸⁵ Acerca de la armonización de las reglas D.I.Pr. por medio del Derecho comunitario derivado, fundamentalmente directivas, *vid.* W.H. Roth, "Angleichung des IPR durch sekundäres Gemeinschaftsrecht", *IPRax*, vol. 14, 1994, pp. 165-174, *passim*.

⁸⁶ DOCE 1993 L 74/74.

⁸⁷ Ley 36/94, de 23 de diciembre (BOE núm. 307, de 24.XII.94)

⁸⁸ Poniendo de relieve tal circunstancia *vid.* V. Fuentes Camacho, "La lucha contra el tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales (Algunas reflexiones críticas en torno a la Ley 36/1994 de 23 de diciembre)", *La Ley: Com. eur.*, núm. 3997, 1996, pp. 1-6, p. 4.

⁸⁹ DOCE 1988 L 172/1.

⁹⁰ DOCE 1992 L 228/1.

el art. 7.2 de la misma Directiva- de dar efecto a normas imperativas de D.I.Pr. de terceros Estados.

C. Reglas de D.I.Pr. en el Derecho privado comunitario facultativo

20. La CE ha dado lugar a la creación de ciertas instituciones jurídico-privadas de ámbito comunitario que no eliminan las instituciones equivalentes de ámbito nacional, quedando a la voluntad de los operadores la opción entre la de ámbito comunitario o la nacional. Este fenómeno ha tenido lugar, en particular, en el sector societario, mediante la agrupación europea de interés económico⁹¹ y en el de la propiedad industrial, entre otros, a través de la ya aludida marca comunitaria. En este último ámbito la normativa comunitaria incorpora también reglas sobre competencia judicial internacional.

Los reglamentos comunitarios que crean estas instituciones jurídicas no proporcionan una regulación omnicompreensiva, sin lagunas. Se trata de instituciones de Derecho uniforme cuyas carencias normativas difícilmente puede suplir el ordenamiento comunitario al que pertenecen, habida cuenta del carácter puntual y aislado de las reglas de Derecho privado contenidas en el mismo. En ese contexto es en el que deben valorarse las reglas básicas sobre ley aplicable de estos instrumentos, destinadas a determinar qué ordenamiento de un Estado miembro debe ser empleado para suplir las carencias normativas de las disposiciones comunitarias reguladoras de la institución de que se trate⁹².

Es esa la función, por ejemplo, del art. 2.1 Reglamento 2137/85, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico, que en lo que respecta, entre otros extremos, al funcionamiento interno de la agrupación prevé la aplicación, sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento de "la ley interna del Estado de la sede establecida por el contrato de agrupación". En una línea similar, en cuanto a su significado, cabe aludir al art. 16 del Reglamento de 1993 sobre la marca comunitaria, que establece los criterios para seleccionar el Estado miembro a cuya normativa nacional se asimila, en lo no previsto por el Reglamento, el régimen de la marca comunitaria como objeto de propiedad. Por su parte, el art. 97 de este Reglamento contempla la aplicación del ordenamiento del foro (en particular,

⁹¹ Reglamento 2137/85, de 25 de julio, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (DOCE 1985 L 199/1).

⁹² Al respecto, *vid.* J. Basedow, "Europäisches...", *loc. cit.*, pp. 1926-1927.

de sus reglas de D.I.Pr. y procesales) a las cuestiones no incluidas en el ámbito del Reglamento.

D. ¿Reglas de D.I.Pr. implícitas?

21. Cuestión controvertida es precisar si en ciertas normas y principios del Derecho comunitario originario se encuentran ocultas verdaderas reglas de conflicto que se imponen a las soluciones previstas en los sistemas nacionales de D.I.Pr. Tal planteamiento supone afirmar que normas y principios del TCE no sólo condicionan la configuración e interpretación de las reglas de D.I.Pr. de los Estados miembros, que deben ser conformes con el Derecho comunitario, sino que en realidad contienen de modo implícito auténticas reglas de conflicto. Esta posibilidad es relevante en relación con el art. 58 TCE, que incluiría -en combinación con el art. 52 TCE- una norma de conflicto según la cual la *lex societatis* vendría determinada (para las sociedades constituidas según la ley de un Estado miembro que tuvieran una sede en la CE) por el ordenamiento conforme al cual hubiera sido constituida la sociedad⁹³.

La cuestión, sin embargo, ha cobrado especial interés en relación con los arts. 30 y 59 TCE, al afirmarse que el principio de reconocimiento mutuo derivado de tales disposiciones reviste las características de una verdadera regla de conflicto⁹⁴. En tal sentido, se afirma que de los arts. 30 y 59 TCE y de la interpretación de los mismos en la jurisprudencia del TJCE resulta que el principio de reconocimiento mutuo se configura como una norma de conflicto que impone la aplicación de la ley del país de origen de las mercancías o servicios. La remisión a la ley del país de origen -corregida por la aplicación de la ley de destino cuando ésta resulte más favorable a la eficacia de las libertades comunitarias- y no la simple obligación de reconocimiento de los criterios de la ley de origen sería aquí el elemento determinante para la teoría del D.I.Pr., debido a la existencia de una verdadera regla de conflicto oculta en el Derecho originario. En este contexto, se destaca la similitud entre las excepciones por motivos de interés general

⁹³ En este sentido, *vid.* C. von Bar, *Internationales...*, *op. cit.*, p. 158. Ampliamente, acerca del significado conflictual del art. 58 TCE, *vid.* E. Brödermann, H. Iversen (E. Brödermann), *Europäisches...*, *op. cit.*, pp. 60-165.

⁹⁴ Desarrollando el planteamiento, *vid.* J. Basedow, "Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis", *RabelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 1-54, esp. pp. 12-15. Por su parte, más matizadamente, M. Fallon, "Les conflits...", *loc. cit.*, p. 139, aprecia "un rapprochement avec la technique des règles alternatives ou règles de rattachement à caractère substantiel connue du droit international privé" (*vid.* también pp. 147 y 212-213).

previstas a la operatividad de la regla de conflicto implícita -como las derivadas del art. 36 TCE-, y la reserva de orden público propia del D.I.Pr.

22. Es cierto que la exigencia de conformidad con el Derecho comunitario, que se proyecta sobre el conjunto de nuestro sistema de D.I.Pr.⁹⁵ como consecuencia del principio de primacía, implica, en relación con el Derecho originario, la necesidad de que, en el ámbito de aplicación del TCE, la configuración e interpretación de las normas de D.I.Pr. del sistema español satisfagan las exigencias derivadas del principio de no discriminación (por razón de la nacionalidad) (art. 6 TCE) así como de las libertades comunitarias, como reglas especiales de no discriminación y de prohibición de restricciones no justificadas por motivos de interés general⁹⁶.

Ahora bien, la afirmación de la existencia de verdaderas reglas de conflicto implícitas en esas disposiciones del Derecho originario, en concreto de las relativas a las libertades comunitarias, no parece adecuarse bien al carácter que presentan las mismas a la luz de la jurisprudencia del TJCE⁹⁷. En realidad, el principio de reconocimiento mutuo no se traduce en una regla conflictual que partiendo de la igualdad de los diversos ordenamientos materiales implicados imponga la aplicación, respecto del conjunto de las relaciones jurídicas afectadas por las libertades comunitarias, de la ley del Estado de origen (incluyendo la totalidad del Derecho privado). La jurisprudencia del TJCE muestra que en estos casos la actuación conforme al TCE sólo reclama la inaplicación de las reglas de la ley aplicable contrarias al Derecho comunitario (que pueden ser desplazadas, en esa medida por la ley del Estado de origen, en virtud del principio de reconocimiento mutuo).

⁹⁵ En el contexto alemán, *vid.* E. Brödermann, "Europäisches Gemeinschaftsrecht versus IPR: Einflüsse und Konformitätsgebot", *MDR*, vol. 46, 1992, pp. 89-95, pp. 90-95; e *id.* en E. Brödermann, H. Iversen, *Europäisches...*, *op. cit.*, pp. 212-246. Más completos respecto de los criterios condicionantes, *vid.* M. Fallon, "Les conflits...", *loc. cit.*, pp. 119-149 y pp. 231-265; y H.J. Sonnenberger, "Europarecht...", *loc. cit.*, pp. 13-30.

⁹⁶ En línea con la manera en que tales libertades han sido configuradas a través de la jurisprudencia del TJCE, muy particularmente, en el ámbito de la libre circulación de mercancías, por medio, entre otras, de las celebres decisiones *Dassonville* (as. C-8/74, sent. de 11 de julio de 1974, *Rec.*, pp. 837-854), *Cassis de Dijon* (as. C-120/78, sent. de 20 de febrero de 1979, *Rec.*, pp. 651-666) y, matizando las consecuencias de la libre circulación de mercancías, *Keck y Mithouard* (as. C-267/91 y 268-91, sent. de 24 de noviembre de 1993, *Rec.*, pp. 6126-6132).

⁹⁷ *Vid.* H.J. Sonnenberger, "Europarecht...", *loc. cit.*, pp. 8-13.

IV. Compatibilidad de las normas de D.I.Pr. nacionales con el Derecho comunitario

1. EXIGENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION (ART. 6 TCE)

A. Competencia judicial internacional y normas procesales

23. Es ya conocido que los principios básicos del TCE se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento de cada Estado miembro, es decir, también sobre las normas de Derecho privado (incluso fuera del ámbito económico), en la medida en que éstas afecten a situaciones amparadas por el TCE. La jurisprudencia del TJCE contiene varios ejemplos de cómo la prohibición de discriminación (por razón de la nacionalidad) del actual art. 6 TCE excluye la operatividad, respecto de las cuestiones regidas por el Derecho comunitario, de determinadas normas procesales de los Estados miembros que prevén un trato diferenciado para situaciones con ciertos elementos de extranjería (normas típicas de extranjería procesal).

En esta línea, el TJCE ha declarado la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la exigencia al demandante extranjero de caución de arraigo en juicio (semejante a la prevista en el art. 534 LEC), tratándose de situaciones regidas por el Derecho comunitario (en particular, cuando resulte obstaculizado el ejercicio de las libertades comunitarias)⁹⁸. Semejante conclusión se impone también cuando la disposición nacional admite el embargo preventivo por el simple hecho de que la ejecución de la sentencia debe tener lugar en el extranjero⁹⁹.

24. Si bien la conformidad (o no) del art. 6 TCE con el empleo de la nacionalidad como punto de conexión de las normas de conflicto ha dado lugar a un significativo debate, aunque con modestos resultados; no parece haber ocurrido lo mismo en lo que concierne al empleo de la nacionalidad como criterio atributivo de competencia (judicial internacional). Ciertamente, la incidencia del mandato de conformidad con el Derecho comunitario se ha

⁹⁸ Sents. TJCE de 1 de julio de 1993 (as. C-20/92, *Hubbard*, Rec. p. 3790-3796), de 26 de septiembre de 1996 (as. C-43/95, *Data Delecta*) -comentadas por M. Aguilar Benítez de Lugo en *BIMJ*, núm. 1689, 1993, pp. 5310-5322; y *La Ley: Com. eur.*, 28 de febrero de 1987, pp. 5-8, respectivamente- y de 20 de marzo de 1997 (as. C-323/95, *Hayes y Kronenberger*).

⁹⁹ Sent. TJCE de 10 de febrero de 1994 (as. C-398/92, *Mund & Fenster*, Rec. 475-482), cuyos efectos se proyectan sobre el art. 1400 LEC (cf. F.J. Garcimartín Alférez, I. Heredia Cervantes, "El artículo 6 del TCE y el Derecho procesal civil: a propósito de la sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1994", *Gaceta jurídica CE*, 1995 (abril), pp. 39-79, pp. 78-79).

venido proyectando en el ámbito del Derecho procesal civil internacional, al hilo de las decisiones del TJCE ya aludidas, casi en exclusiva sobre ciertas disposiciones discriminatorias de extranjería procesal¹⁰⁰.

Recientemente, sin embargo, se ha insistido en la posible contradicción con el mandato de no discriminación del art. 6 TCE del empleo con carácter único de la nacionalidad como criterio atributivo de competencia, circunstancia conocida en algún Estado miembro en el ámbito del Derecho de la persona, familia y sucesiones¹⁰¹. Cuando se da esa situación, los extranjeros carecen en la materia de que se trate de la posibilidad de acceder a los tribunales del Estado en el que tienen su residencia habitual (a diferencia de lo que ocurre con los nacionales de ese Estado miembro), lo cual puede menoscabar el ejercicio de sus derechos por personas que se benefician del régimen de las libertades comunitarias. La circunstancia de que la nacionalidad como criterio de atribución único se emplee en sectores ajenos al ámbito económico, típico del ordenamiento comunitario, no es aquí determinante, pues, como es sabido, lo decisivo es que la situación sobre la que se proyecta el trato discriminatorio esté amparada por el ordenamiento comunitario. En todo caso, conviene dejar claro que la prohibición de discriminación (art. 6 TCE) no excluye la posibilidad de emplear la nacionalidad como criterio atributivo de competencia, lo que se cuestiona es su empleo con carácter único en ciertas circunstancias. Asimismo, también se ha apuntado la posible contradicción con el art. 6 TCE derivada de la operatividad, en concreto frente a nacionales de otros Estados contratantes, de ciertos fueros exorbitantes previstos en los sistemas de fuente interna de ciertos países comunitarios¹⁰².

¹⁰⁰ Vid. E. Brödermann, "Europäisches...", *loc. cit.*, pp. 93-95. Para un elaborado análisis en el contexto alemán de los diversos aspectos del Derecho procesal cuya compatibilidad con las libertades comunitarias puede resultar problemática, *vid.* M. Wolf, "Abbau prozessualer Schranken im europäischen Binnenmarkt", *Wege...*, *op. cit.*, pp. 35-67.

¹⁰¹ Vid., al hilo de la correlación estricta entre *ius y forum* prevista en el ordenamiento alemán para ciertas materias típicas de la jurisdicción voluntaria, que conducen a fijar la nacionalidad como único criterio atributivo de competencia, T. Pfeiffer, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Francfort, 1995, pp. 677-698, poniendo de relieve que esa solución encuentra razones de menos peso que el empleo de la nacionalidad como punto de conexión por la norma de ley aplicable en el llamado estatuto personal.

¹⁰² Así, al hilo de los arts. 14 y 15 del Código civil francés, *vid.* C. Kohler, "La Cour de Justice des Communautés Européennes et le Droit international privé", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1993-1994, pp. 71-87, pp. 73-75 (también pp. 88-89); en la misma línea *vid.* T. Pfeiffer, *Internationale...*, *op. cit.*, pp. 698-700.

B. Reglas sobre Derecho aplicable

25. Parece firmemente consolidada la idea de que la trascendencia del principio de no discriminación del art. 6 TCE es prácticamente nula sobre la utilización de la nacionalidad como punto de conexión en reglas de conflicto de los sistemas de D.I.Pr. de los diversos Estados miembros¹⁰³. El uso en tales circunstancias de la nacionalidad supone un criterio de diferenciación objetivamente justificado en los sectores típicos (los vinculados al llamado estatuto personal) en los que opera, habida cuenta de su fundamento¹⁰⁴. Escasa relevancia práctica presenta el que la solución sea distinta, por no existir justificación objetiva, si la nacionalidad se emplea como criterio determinante de la normativa aplicable en sectores a los que es totalmente ajena, como la libre competencia¹⁰⁵, lo que ocasionaría distorsiones inadmisibles. La misma solución de rechazo se impone cuando la norma sobre ley aplicable favorece a los nacionales en detrimento de los extranjeros, situación característica, como ilustra la reciente Sent. TJCE de 30 de abril de 1996¹⁰⁶, de las llamadas normas de extensión, que modifican el alcance de la regla de conflicto multilateral.

¹⁰³ Así lo ilustran los planteamientos más recientes en la doctrina germana, a la que prácticamente se había limitado el debate sobre el particular, *vid.* K. Kreuzer, "Die Europäisierung...", *loc. cit.*, pp. 415-420; E. Brödermann, H. Iversen (E. Brödermann), *Europäisches...*, *op. cit.*, pp. 226-242; y H.J. Sonnenberger, "Europarecht...", *loc. cit.*, pp. 15-17. También es la posición mantenida por la doctrina más reciente en otros países, *vid.* M. Fallon, "Les conflits...", *loc. cit.*, pp. 126-130. Por su parte, la jurisprudencia del TJCE continúa sin pronunciarse sobre el particular. En nuestra doctrina, profundizando en el debate sobre el particular a partir de la Sent. TJCE de 1 de febrero de 1996 (As. C-177/94, *Perfili, Rec.*, pp. 170-178) *vid.* S. Sánchez Lorenzo, "La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros", *RCEA*, vol. XII, 1996, pp. 61-81.

¹⁰⁴ Cf., con ulteriores referencias, K. Kreuzer, "Die Europäisierung...", *loc. cit.*, pp. 417-418.

¹⁰⁵ En este sentido, *vid.* Sent. TJCE de 13 de febrero de 1969 (As. 14/68, *Walt Wilhelm, Rec.*, p. 13).

¹⁰⁶ As. C-214/94, *Boukhalfa (Rec.*, pp. 2273-2280) (en relación con la misma, M. Gardeñes Santiago, "La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad", *RIE*, vol. 23, 1996, pp. 863-877, pp. 869-870).

2. CONDICIONANTES DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS

A. Configuración de las normas

26. Los condicionantes más significativos derivados de los principios y reglas generales de Derecho comunitario sobre la configuración de las normas de D.I.Pr. de los Estados miembros resultan de las exigencias asociadas a las libertades comunitarias¹⁰⁷. Si bien la complejidad del tema impide abordarlo aquí con la atención necesaria, cabe apuntar la compatibilidad o no con tales exigencias de las soluciones sobre ley aplicable de nuestro sistema en algunos de los sectores más relevantes en este contexto. Entre esos sectores se encuentran la representación voluntaria, las obligaciones contractuales, los ilícitos concurrenciales y los derechos reales.

El empleo en nuestro sistema del lugar donde el representante ejerce sus funciones como punto de conexión en materia de representación voluntaria, pese a facilitar la aplicación de la ley de destino en detrimento de la de origen, no parece infringir las exigencias de las libertades de circulación comunitarias¹⁰⁸. Además de la justificación de este criterio en su importancia para garantizar la seguridad del tráfico en el país donde se ejerce la representación¹⁰⁹, la operatividad reconocida en el art. 10.11 C.c. a la autonomía conflictual contribuye a excluir el carácter restrictivo de la norma. Ciertamente, en las normas sobre ley aplicable en materia de obligaciones contractuales la autonomía conflictual (art. 3 CR) permite normalmente a las partes marginar los obstáculos legales a la libre circulación, por lo que las reglas de D.I.Pr. que parten de ese criterio no suponen un obstáculo incompatible con las exigencias comunitarias¹¹⁰. En consecuencia, la cuestión

¹⁰⁷ Vid. W.H. Roth, "Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht", *RabelsZ*, vol. 55, 1991, pp. 623-673, pp. 645-662; M. Fallon, "Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage a F. Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 187-221 (pp. 202-208, valorando la incidencia del principio de origen en el ámbito del reconocimiento y de la competencia judicial); L. Radicati di Brozolo, "L'influence...", *loc. cit., passim*; J. Basedow, "Der kollisionsrechtliche...", *loc. cit., passim*; y H.J. Sonnenberger, "Europarecht...", *loc. cit.*, pp. 21-30. La incidencia sobre las normas de competencia judicial internacional parece llamada a ser menor, *vid.* T. Pfeiffer, *Internationale...*, *op. cit.*, pp. 669-679.

¹⁰⁸ Suscitando la duda en Alemania *vid.* J. Basedow, "Der kollisionsrechtliche...", *loc. cit.*, pp. 35-36.

¹⁰⁹ Cf. M. Virgós Soriano en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado (Parte especial)*, 6ª ed., Madrid, 1995, pp. 203-204.

¹¹⁰ Así parece desprenderse de la propia jurisprudencia comunitaria, en particular de la Sent. TJCE de 24 de enero de 1991 (As. C-339/89, *Alsthom Atlantique, Rec.*, pp. 120-125, esp.

sólo se plantea propiamente en el ámbito contractual en sectores específicos en los que se restringe la operatividad de la autonomía conflictual, típicamente contratos de consumo y de seguros¹¹¹.

Entre las normas de D.I.Pr. en materia de obligaciones no contractuales sobre las que se proyecta el fenómeno comunitario destacan las relativas a la competencia desleal, en concreto, el criterio de los efectos, recogido en el art. 4 de la Ley 3/1991, de competencia desleal. Ahora bien, las exigencias de las libertades comunitarias implican sólo la adaptación puntual del resultado al que conduce la regla de conflicto, en particular, determinando en ocasiones la relevancia de la ley del Estado de origen¹¹².

B. Funcionamiento

27. Otro aspecto de gran relevancia, objeto hasta el momento de escasa atención, es el relativo a la eventual incidencia del Derecho comunitario sobre el funcionamiento de las reglas de conflicto. Así la disparidad entre los sistemas de D.I.Pr. de los Estados miembros acerca de la aplicación judicial del Derecho extranjero (y del alcance imperativo de las normas de conflicto) puede conducir a distorsiones en el ámbito de la integración, muy especialmente respecto de reglas sobre ley aplicable contenidas en disposiciones de Derecho comunitario¹¹³.

También el fenómeno comunitario condiciona significativamente el recurso a las reservas de orden público de los sistemas de D.I.Pr. de los Estados miembros¹¹⁴. Así, la tendencia a reducir la disparidad normativa y la

p. 124); en esta línea, *vid.* M. Fallon, "Les conflits...", *loc. cit.*, pp. 145-146. Por otra parte, se ha destacado, entre las reglas operativas a falta de elección por las partes, cómo la presunción favorable a la sede del prestador característico (art. 4.2 CR), que favorece la aplicación de la normativa del país de origen, es plenamente coherente con los principios derivados de las libertades comunitarias (*cf.* L. Radicati di Brozolo, "L'influence...", *loc. cit.*, pp. 414-415).

¹¹¹ *Cf.* H.J. Sonnenberger, "Europarecht...", *loc. cit.*, pp. 24-25, señalando que la valoración de si las eventuales restricciones están o no justificadas se halla estrechamente vinculada con los peculiares intereses de política legislativa imperantes en cada concreta materia.

¹¹² *Vid.* M. Virgós Soriano, *El comercio español en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, 1993, esp. pp. 37-41 y 68-70. Asimismo, *vid.* H. Duintjer Tebbens, "Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 83, 1994, pp. 451-481, pp. 473-481; y J. Basedow, "Der kollisionsrechtliche...", *loc. cit.*, pp. 49-52.

¹¹³ Al respecto, *vid.* M. Fallon, "Les conflits...", *loc. cit.*, pp. 239-249.

¹¹⁴ *Vid.* M. Fallon, "Les conflits...", *loc. cit.*, pp. 250-264; y H.J. Sonnenberger, "Europarecht...", *loc. cit.*, pp. 40-44.

existencia de principios jurídicos comunes limita la operatividad del orden público respecto de normas y decisiones procedentes de otros Estados miembros (marginándose por completo cuando se trata de normas respetuosas con las exigencias de la armonización comunitaria). Por otra parte, a partir de los fundamentos jurídicos de la integración existe un verdadero orden público comunitario¹¹⁵, que debe ser aplicado en su plenitud por nuestros tribunales y autoridades (siendo relevante aquí la vinculación de la situación privada con el ordenamiento comunitario). La vocación positiva de ese orden público se refleja en la presencia a nivel comunitario de normas imperativas de D.I.Pr. (en materias como defensa de la competencia, tutela de consumidores, protección de trabajadores, restricciones al comercio con terceros Estados...) que en nuestro ordenamiento se aplican a título de normas del foro (por ejemplo, en los términos del art. 7.2 CR), prevaleciendo sobre las de fuente interna (que, además, en ningún caso serán de aplicación si suponen una restricción no justificada de las libertades comunitarias).

EUROPEAN INTEGRATION AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

The reassessment of the role assigned to private international law in the context of european integration is linked to the limitations which private law unification have in the EC. The degree of legal certainty of private transactions that is required to guarantee the good functioning of an integrated area can be achieved by the establishment of uniform choice-of-law rules, with no need of substantive law unification.

Such an approach is fully consistent with the basic principles of the Community -arts. 3.h) and 3 B EC Treaty-. Moreover it safeguards the cultural identity of the Member States and ensures the benefits of competition between legal orders. Notwithstanding the deficiencies of choice-of-law rules as instruments of legal integration, the similarities between the legal orders considered reduce in the Community the shortcomings traditionally linked to the international unification of choice-of-law rules.

Although the rules contained in international conventions continue to be very significant, the criteria established in some directives to fix the applicability of its rules to private international relationships deserve special attention. Moreover, Spanish practice shows the uncertainty risks which are linked to the use of directives as a means to harmonize rules of private international law. In this field the trend in the Community must lead to unification (not just harmonization). Otherwise the achievement of the degree of legal certainty required will be at risk.

Far reaching consequences on the contents and functioning of the systems of private international law of the Member States derive from the non-discrimination principle and especially from the Community freedoms.

¹¹⁵ Entre nosotros, *vid.* I. García Rodríguez, "Derecho aplicable y orden público comunitario", *RIE*, vol. 20, 1993, pp. 901-940, pp. 927-940.

INTÉGRATION EUROPÉENNE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

La révalorisation des règles de droit international privé dans le cadre de l'intégration européenne se rattache aux limitations connues par l'uniformisation du Droit privé dans le domaine communautaire. Le degré de sécurité juridique des relations privées internationales nécessaire pour garantir le bon fonctionnement de l'espace intégré peut-être atteint à travers l'élaboration de normes de conflit uniformes, sans qu'il soit nécessaire d'unifier les règles substantielles.

L'élaboration d'instruments de droit international privé communs constitue une voie d'unification juridique plus en accord avec les tendances régnantes dans la Communauté -arts. 3.h) et 3 B TCE-. Celle-ci permet de maintenir l'identité culturelle des Etats ainsi que les bénéfices liés à la concurrence entre ordres juridiques. L'utilité des normes de droit international privé comme instruments d'intégration est limitée, mais, par contre, la proximité existante entre les systèmes impliqués réduit, dans le contexte communautaire, les faiblesses associées au phénomène de l'internationalisation des solutions localisatrices.

A côté de l'importance des règles comprises dans les conventions internationales et des normes des directives sur l'applicabilité de ses dispositions aux situations privées internationales, l'expérience espagnole montre clairement les graves dangers liés à l'harmonisation des règles de droit international privé par moyen de directives. Dans le cadre communautaire la tendance doit se diriger vers l'unification des normes, et non pas vers la simple harmonisation. Celle-là est la seule voie qui offre le niveau de sécurité juridique nécessaire pour garantir le bon fonctionnement des transactions intracommunautaires.

Du principe de non-discrimination et surtout des libertés communautaires, il s'ensuit d'importantes exigences qui conditionnent la configuration et le fonctionnement de l'ensemble des systèmes de droit international privé des Etats membres.