SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO
*Catedrático de Derecho Internacional Privado*
*Universidad de Granada*

# DERECHO PRIVADO EUROPEO

GRANADA
2 0 0 2

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA
*Director de publicaciones:*
MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO EUROPEO
*Director de la colección:*
SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

2

© Sixto A. Sánchez Lorenzo

Editorial COMARES, S.L.
Polígono Juncaril, parcela 208
18220 Albolote (GRANADA)
Tlf.: 958 46 53 82 • Fax: 958 46 53 83

E-mail: comares@comares.com
http://www.comares.com

ISBN: 84-8444-541-0 • Depósito legal: Gr. 811-2002

Impresión y encuadernación: Editorial Comares, S.L.

*A mi pequeña Amelia*

# SUMARIO


Abreviaturas ..... XIII
Prefacio ..... XVII

Primera Parte
EL DERECHO PRIVADO COMUNITARIO

I. Concepto y alcance del Derecho Privado Comunitario ..... 3

II. El DPC originario: la integración negativa ..... 7
1. El principio de compatibilidad del Derecho privado nacional con el Derecho comunitario ..... 7
A. Los Tratados constitutivos ..... 7
B. Los derechos fundamentales ..... 10
2. La integración negativa: Libertades de circulación y DPC ..... 12
A. Integración positiva, negativa, activa y reactiva ..... 12
B. Libre circulación de mercancías ..... 15
C. Libre circulación de capitales ..... 23
D. Libre circulación de personas ..... 24

III. El DPC derivado: la integración positiva ..... 35
1. Opciones de técnica legislativa: Reglamentos y Directivas ..... 35
2. Materias afectadas por el DPC derivado ..... 43
A. Derecho privado *lato sensu* y *stricto sensu* ..... 43
B. Obligaciones contractuales ..... 45
C. Responsabilidad extracontractual ..... 50
D. Derechos reales ..... 52
E. Derecho procesal ..... 53

F. Derecho laboral ..... 56
G. Instituciones de Derecho mercantil ..... 59
a) Libre competencia y competencia desleal ..... 59
b) Comercio electrónico ..... 62
c) Medios de pago ..... 63
d) Derecho bancario ..... 63
e) Seguros ..... 65
f) Derecho bursátil ..... 67
g) Propiedad industrial e intelectual ..... 68
h) Sociedades ..... 71
i) Otros sectores ..... 73
3. Las Directivas como cauce del DPC y sus problemas ..... 73
A. Directivas y «armonización mínima» ..... 73
B. La eficacia directa limitada: efectos horizontales y verticales ..... 76
C. El principio de interpretación del Derecho nacional conforme a las directivas ..... 80
D. La responsabilidad del Estado ..... 86
E. Desarrollo judicial de las Directivas ..... 90
4. El papel del TJCE ..... 99
A. Método de interpretación del DPC ..... 99
B. El TJCE como juez civil: valoración crítica ..... 109

IV. El papel del DIPr comunitario en el DPC ..... 115
1. La comunitarización del DIPr ..... 115
A. Configuración del DIPr comunitario ..... 115
B. Funciones del DIPr en el marco del DPC ..... 124
2. Delimitación del ámbito de aplicación espacial del DPC derivado 126
A. La dimensión espacial del DPC ..... 126
B. Compatibilidad entre normas de DIPr comunitario ..... 134
3. DIPr y «principio de origen» ..... 137

## Segunda parte
## HACIA UN DERECHO PRIVADO EUROPEO

I. Argumentos a favor de un DPE ..... 141
1. La idea de un «Derecho privado europeo» ..... 141
2. La eficiencia económica como postulado de base ..... 144
A. Falseamiento de la competencia ..... 145
B. Costes de información ..... 154
C. Competencia de ordenamientos ..... 159



3. La eficiencia jurídica como elemento coyuntural ..... 161
A. Puntillismo del DPC y ausencia de sistema jurídico ..... 162
B. Vulgarización del DPC ..... 169
C. Aporías y problemas interpretativos ..... 172
D. Complejidad de planos ..... 183
E. Lógica de la integración y axiología de Derecho privado ... 188

II. La Unificación del DPE desde arriba: ¿Hacia un Código Civil europeo? ..... 193
1. La competencia de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho privado ..... 193
A. La competencia para la aproximación de legislaciones nacionales ..... 194
a) Planteamiento general: el principio de vinculación funcional ..... 194
b) Unificación por la vía del art. 94 CE ..... 198
c) Unificación por la vía del art. 95 CE ..... 199
B. Límites derivados del ámbito de aplicación ..... 202
a) *Ratione materiae* ..... 202
b) Límites espaciales ..... 212
c) Límites personales ..... 215
C. Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad ..... 217
a) Principio de subsidiariedad ..... 218
b) Principio de proporcionalidad ..... 221
D. Alcance de la doctrina de los poderes implícitos ..... 223
2. Límites impuestos por la identidad jurídica nacional ..... 225
A. El valor de la «identidad nacional» ..... 225
B. El postulado de la diversidad jurídica europea ..... 229
a) Sistema romano-germánico y *common law* ..... 234
b) Diferencias en los sistemas continentales ..... 247
c) Diversidad lingüística ..... 251
d) Diversidad interpretativa: Ley común y Derecho común 257
e) Diferencias axiológicas ..... 265
f) Diversidad jurídica intraestatal y DPE ..... 269
C. De la vocación de nuestro siglo para la unificación del Derecho privado europeo ..... 272
a) Riesgos de la codificación ..... 272
b) Riesgos de una codificación «regional» ..... 278
3. Conclusión: la inconveniencia de un Código civil europeo ..... 279

III. La Unificación del DPE desde abajo ..... 293
1. El DPE académico ..... 293

A. El retorno al *ius commune* y la falacia del «academicismo universalista» ..... 293
B. En busca de los principios comunes: el papel del Derecho comparado ..... 299
C. La enseñanza de un DPE ..... 305
2. El DPE como *soft Law* ..... 308
A. DPE y *Restatements:* Los Principios de Derecho contractual europeo como modelo ..... 308
B. El Derecho europeo como *ratio scripta:* la armonización interna ..... 316
a) Discriminaciones inversas y unificación ..... 317
b) *Ratio scripta* y *ratio universalis* ..... 323
C. La tercera vía: un DIPr europeo ..... 328

BIBLIOGRAFÍA ..... 333

# ABREVIATURAS

| | |
|---|---|
| *AEDIPr* | *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* |
| art. | artículo |
| *As.* | *Asunto* |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán) |
| *BOGC* | *Boletín Oficial de las Cortes Generales* |
| CB | Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 |
| C.c. | Código Civil |
| CCI | Cámara de Comercio Internacional |
| CE | Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (modificado por Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997. Comunidad Europea |
| CL | Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988 |
| C.E. | Constitución Española |
| *CMLR* | *Common Market Law Review* |
| CR | Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales hecho en Roma el 19 de junio de 1980 |
| *D.O.C.E.* | *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* |
| DIPr | Derecho internacional privado |
| DPC | Derecho privado comunitario |
| DPE | Derecho privado europeo |
| *ERPL* | *European Review of Private Law* |

| | |
|---|---|
| *EWS* | *Europäische Witschafts-und Steuerrecht* |
| *EZW* | *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* |
| *GJ* | *Gaceta Jurídica* |
| *GJCE* | *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea* |
| *Int. Enc. of Com. L.* | *International Encyclopaedia of Comparative Law* |
| *IPRax* | *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts* |
| *JuS* | *Juristische Schulung* |
| *JZ* | *Juristenzeitung* |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| *Maastricht Journ.* | *Maastricht Journal of European and Comparative Law* |
| *NJW* | *Neue Juristische Wochenscrhift* |
| ONG | Organización no gubernamental |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| *Rabels Z.* | *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* |
| *RCEA* | *Revista de la Corte Española de Arbitraje* |
| *RDP* | *Revista de Derecho Privado* |
| Reglamento «Bruselas I» | Reglamento (CE) núm 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil |
| Reglamento «Bruselas II» | Reglamento (CE) núm 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2001, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes |
| *RIDC* | *Revue international de droit comparé* |
| *RIE* | *Revista de Instituciones Europeas* |
| *Riv.dir.int.* | *Rivista di diritto internazionale* |
| *Riv.dir.int.pr.proc.* | *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* |
| *Riv.trim.dr.proc.civ.* | *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* |
| *RIW* | *Recht der Internationalen Wirtschaft* |
| *Sent.* | *Sentencia* |
| TCE | Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (anterior a su modificación por Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997) |
| TJCE | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas |
| TUE | Tratado de la Unión Europea (anterior a su modificación por Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997) |



| | |
|---|---|
| UE | Tratado de la Unión Europea (modificado por Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997) Unión Europea |
| UNIDROIT | Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado |
| *ZEuP* | *Zeitschrift für Europäisches Privatrechts* |
| *ZfRV* | *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* |
| *ZIP* | *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* |

# PREFACIO

Hace poco más de una década, resultaba más que aventurado hablar de un Derecho privado europeo. En la actualidad, se cuentan por decenas los estudios monográficos, revistas especializadas, reuniones científicas y colecciones legislativas que responden a dicha denominación. ¿Qué ha ocurrido en tal breve período de tiempo que justifique la emergencia de una nueva categoría jurídica de tan singular trascendencia? Desde sus orígenes, el Derecho comunitario ha incidido en el Derecho privado, pero de una forma muy indirecta o tangencial hasta bien entrados los años ochenta. La aparición de una serie de Directivas relativas en especial a los contratos celebrados por consumidores inició un proceso de crecimiento geométrico del Derecho privado comunitario, tanto en la cantidad de disposiciones comunitarias referidas directamente a cuestiones de Derecho privado, como en el desarrollo de una jurisprudencia paralela del TJCE orientada hacia este sector del ordenamiento jurídico.

La progresiva intervención del Derecho comunitario en ámbitos del Derecho privado, de suyo más abrigados en las idiosincrasias nacionales, resultaba, con todo, perfectamente previsible. La construcción, desarrollo y perfeccionamiento de un mercado interior exige ineludiblemente una acción directa en el ámbito del Derecho privado de naturaleza patrimonial. Las normas que regulan el régimen de los intercambios (obligaciones) y de los productos o bienes (dere-

chos reales) diseñan pilares esenciales en la construcción de un mercado, reparten costes internos y generan a menudo costes externos, delimitan intereses públicos y privados y persiguen políticas económicas concretas. Más aún, aunque pueda resultar paradójico, el Derecho privado encierra tal vez las más importantes claves ideológicas de un sistema jurídico. Basta pensar en la fuerza caracterizadora del derecho de propiedad, el «terrible derecho» en palabras de S. Rodotà. El Derecho privado patrimonial es, pues, un elemento estructural de un determinado mercado y su diversidad, como es obvio, un inconveniente para el funcionamiento de un mercado transnacional, que genera obstáculos a los intercambios y altera la igualdad de condiciones en el mercado, falseando la competencia. Por otra parte, el mercado europeo es algo más que un mercado de libertades; es, también, un mercado de políticas. Algunas de ellas, como la protección del consumidor, exigen la puesta en práctica de una armonización fuerte de los Derechos privados nacionales.

Este proceso de decantación natural del Derecho comunitario hacia el Derecho privado se intensifica en los años ochenta y noventa, por el intenso crecimiento de la «integración positiva», de la promulgación de Reglamentos y Directivas con un contenido específico de Derecho privado cada vez más amplio y variopinto. Hasta entonces, las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho privado se habían circunscrito a la «integración negativa», esto es, a tratar de evitar las disposiciones de los Derechos privados nacionales que pudieran suponer una restricción injustificada a las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios o capitales. Pero el Derecho privado siempre se ha mostrado poco sensible a la integración negativa, y con facilidad se ampara en un talante no discriminatorio o en la presencia de intereses públicos dignos de tutela. La evicción de los límites de la integración negativa, acrecentados en este peculiar ámbito jurídico, hacían más necesaria una integración positiva, a partir de la competencia comunitaria en materia de aproximación de legislaciones. El impulso institucional en este ámbito, a partir de las reformas competenciales de Maastricht y



Ámsterdam, coadyuvaron al crecimiento y consolidación de un auténtico Derecho privado comunitario. La Directiva se erigió en el acto normativo por excelencia, y los problemas derivados de su utilización en el ámbito del Derecho privado (efectos horizontales) han contribuido al debate científico y a la precisión teórica de su alcance como fuente del Derecho.

En la primera parte de este trabajo se pretende exponer el contenido y alcance de este «Derecho privado comunitario» que abreviaremos con las siglas «DPC». Analizaremos tanto la incidencia del Derecho originario y de las libertades comunitarias, como el grado de desarrollo y los problemas que suscita el Derecho privado comunitario derivado o integración positiva. Pondremos de relieve el papel esencial de la jurisprudencia del TJCE en la construcción, elaboración y depuración de este Derecho y, habida cuenta de la realidad transnacional del mercado al que sirve, concluiremos con un estudio del juego que despliega el Derecho internacional privado en el marco del Derecho privado comunitario.

Muy pronto, el éxito o crecimiento del Derecho privado comunitario ha provocado una crisis. Tal vez como resultado de un desarrollo poco sistemático, sobre bases conceptuales y axiológicas endebles, enfrentado a problemas lingüísticos e interpretativos muy singulares, se va confirmando una visión pesimista o crítica del Derecho privado comunitario, debida tanto a sus propias incoherencias o debilidades internas como a los negativos efectos que ha venido produciendo en la tradicional y secular coherencia de los diversos sistemas jurídicos nacionales. Semejantes dificultades se han orientado de forma decidida a configurar semejante crisis como una crisis de crecimiento, de superación. El Parlamento Europeo dicta sendas resoluciones en 1989 y 1994 «sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros» y se apunta ya la idea de un Código civil europeo; tales ideas aparecen aún más concretadas en la Resolución de 15 de noviembre de 2001. Al mismo tiempo emergen con inusual vigor iniciativas científicas y académicas, grupos de trabajo y proyectos institucionales comprometidos con la idea

de un auténtico Derecho privado europeo que supere los logros y evite las limitaciones del vigente Derecho privado comunitario. Comienza a hablarse entonces, con mayor imprecisión, de un «Derecho privado europeo» que hemos abreviado con las siglas «DPE». A los argumentos que justifican esta nueva realidad, y al estudio de las muy distintas alternativas y proyectos emprendidos al respecto, su conveniencia y viabilidad jurídica, se destina la segunda parte del estudio.

La sensibilidad de la doctrina científica y de los medios jurídicos españoles ante el Derecho privado europeo ha sido más bien discreta, si se compara con el debate y la atención prestada a estas cuestiones en países como Alemania, Países Bajos, Italia, Inglaterra y, en menor medida, Francia. En nuestra lengua existen algunos artículos notables, pero se echa de menos una contribución monográfica que traslade un planteamiento global de estos problemas, analizados legítimamente desde la propia perspectiva, singular en muchos aspectos, del Derecho español y la cultura jurídica española. Tanto los operadores jurídicos como los académicos y universitarios parecen dar la espalda, en nuestro país, a los procesos que actualmente hierven en Europa en torno a la configuración de un Derecho privado europeo. Semejante escepticismo, apatía o ignorancia puede conllevar, a la larga, un importante coste. No solo debemos participar en las decisiones acerca de cómo se va a construir el Derecho privado europeo, que sin duda será el Derecho privado del siglo XXI para nuestro país, sino que debemos impedir que nuestra ciencia, la Universidad y la propia práctica jurídica imiten nuestra tendencia inveterada a viajar a remolque, con años o lustros de retraso. Con este espíritu, hemos venido desarrollando en la Universidad de Granada un proyecto de investigación específico sobre «Derecho privado europeo» (PB-1998-1296), del que el autor es investigador principal, y en el que se enmarca esta investigación. En resumidas cuentas, esta contribución pretende, ante todo, alimentar en España el debate, estudio e investigación del Derecho privado europeo, intentando proporcionar una visión sucinta, ordenada y crítica de sus fuentes, postulados, problemas y claves de evolución.



Quisiera expresar un agradecimiento especial al Prof. Dr. Diego Fernández Arroyo, de la Universidad Complutense de Madrid, que aúna la triple condición de experto en DIPr, Derecho comparado y Derecho comunitario. En los últimos años hemos compartido el mismo interés por el Derecho privado europeo. Otros compromisos y circunstancias que no vienen al caso han impedido que pudiéramos llevar a cabo una investigación conjunta. Pero el presente trabajo se ha enriquecido en buena medida con el intercambio constante de ideas, y, en especial, muchos desarrollos obedecen a sus aportaciones concretas, o a atinadas apreciaciones críticas con ocasión de la lectura de los distintos capítulos. De justicia es, por tanto, reconocer y agradecer su contribución.

SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO
*3 de abril de 2002*

# PRIMERA PARTE

# EL DERECHO PRIVADO COMUNITARIO

# I

# CONCEPTO Y ALCANCE DEL DERECHO PRIVADO COMUNITARIO

1. Es posible atribuir a P.C. Müller-Graff la primera y tal vez única definición del concepto «Derecho privado comunitario», expresión que se utiliza desde 1975 [1]. De forma tan concisa como precisa, el autor alemán hace referencia al «Derecho comunitario vigente que contiene reglas de Derecho privado vinculantes para los Estados miembros de la Comunidad Europea» [2].

El concepto de DPC responde, inicialmente, a una noción de «Derecho positivo», vigente en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Tal Derecho emana en principio de los propios Tra-

[1] M. GEBAUER (*vid. Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Heidelberg, 1998, p. 77) atribuye a J. KROPHOLLER la acuñación de la expresión (*vid. Internationales Einheitsrecht. Allgemeine Lehren*, Tubinga, 1975, p. 36) y su definición primera por P.C. MÜLLER GRAFF en 1987. S. LEIBLE reproduce asimismo la definición originaria de P.C. MÜLLER-GRAFF (*vid.* «Die Rolle der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bei der europäischen Privatrechtsentwicklung», *Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch*, Springer, 1999, p. 57).

[2] *Vid.* «Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht», 2ª ed., Baden-Baden, 1991, p. 27; «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht», *NJW*, 1993/1, p. 13; «Diritto privato comunitario. Realtà in Germania e prospettive per l'Europa», *Diritto privato comunitario (a cura di Vito Rizzo)*, Nápoles, 1997, p. 22.

tados constitutivos (DPC originario) y, fundamentalmente, del Derecho derivado contenido en Reglamentos y Directivas. No se trata, sin embargo, de un concepto formal, sino material. Existen Directivas y Reglamentos cuyo objeto mismo está constituido por instituciones de Derecho privado (multipropiedad, contratos de consumo, responsabilidad por productos) y que configuran el núcleo duro del DPC. Pero muchas otras disposiciones o actos normativos del Derecho comunitario originario y derivado no tienen por objeto inmediato institución alguna de Derecho privado, si bien repercuten de forma indirecta en tales materias, estableciendo derechos u obligaciones o imponiendo una determinada interpretación o sanción. Tales disposiciones forman parte asimismo de la periferia del DPC.

El concepto de DPC no es, pues, ni formal ni estrictamente normativo. Dentro del DPC no sólo se encuentra el Derecho comunitario fruto de las disposiciones contenidas en el Derecho comunitario constitucional u originario y el Derecho derivado o de armonización que conforma la denominada «integración positiva». El concepto abarca igualmente la «integración negativa» o el conjunto de reglas genéricas o específicas, especialmente jurisprudenciales, que decantan los límites a los Derechos privados nacionales impuestos por el juego del mercado interior y las libertades de circulación. El DPC «negativo», de hecho, se une con las normas contenidas en el Derecho originario, para configurar una suerte de DPC primario.

2. El adjetivo «comunitario» viene a reflejar el origen institucional del DPC. Atiende, pues, a la fuente. Se trata de un Derecho que emana directamente de las instituciones comunitarias, dentro de los procedimientos normativos o jurídicos previstos en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. No forma parte del DPC el Derecho común europeo, esto es, aquella parte del Derecho privado de los distintos ordenamientos nacionales que presenta una coincidencia sustancial, ya sea por compartir una tradición jurídica común, ya como fruto de la adopción de un texto de origen convencional o uniforme. Sin embargo, debe considerarse DPC aquel Derecho de fuente diversa que ha sido incorporado al acervo comunitario. A título de ejemplo, el art. 6.2 del TUE incorpora al acervo comunitario el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, algunas de cuyas disposiciones inciden en el Derecho privado, pasando a formar parte del DPC.



Lo que resulta claro es que el término «comunitario» sirve asimismo para una delimitación espacial, que afecta a los Estados miembros de la Unión Europea, con exclusión de cualesquiera terceros Estados, europeos o no. Ni el DPC ni tampoco, como veremos, el DPE, pretenden referencia o evocación alguna de un espacio geográfico que, hoy por hoy, va mucho más allá de la Unión Europea [3].

3. Finalmente, el término DPC utiliza un segundo epíteto mucho más convencional. No descubrimos nada si manifestamos el valor puramente instrumental del término «Derecho privado», y reconocemos la dificultad de lograr una depuración con pretensiones de validez universal del Derecho privado respecto del Derecho público [4]. Tampoco existe, por nuestra parte, el interés de establecer límites definidos a la realidad jurídica. Pero, al mismo tiempo, es evidente que el interés por el Derecho privado europeo nace desde el instante en que el Derecho comunitario se ocupa de los ámbitos inequívocamente considerados como «Derecho privado»: por ser gráficos, nos referimos al contenido propio de un Código civil de cual-

[3] En este sentido C. FLINTERMAN, «European Legal Education in the Future: Some Concluding Observations», *The common law of Europe and the future of legal education (ed. B. de Witte y C. Forder)*, La Haya/Londres/Boston, 1992, p. 114; A. WIJFELDS, «European Private Law: A New Software-Package for an Outdated Operating System», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, 2000, pp. 101-116.

[4] M. ZULEEG, «Offentliches Recht und Privatrecht im Europarecht», *ZEuP*, 2001/3, pp. 533-547.

quier país europeo[5]. Mucho antes de la incidencia comunitaria sobre los contratos de consumo, la responsabilidad contractual, los contratos de *timesharing* o el procedimiento civil, ciertos sectores del Derecho «económico» (libre competencia, propiedad industrial, sociedades) ya eran objeto de una intensa regulación comunitaria. Cuando nos referimos al «Derecho económico», categoría igualmente esquiva, queremos poner de relieve aquellos sectores vinculados en ciertas tradiciones al Derecho mercantil que responden esencialmente a un componente público o de interés público en el establecimiento de las reglas de funcionamiento estructural de un mercado. En este ámbito se enmarca con facilidad el Derecho de la competencia, incluida la competencia desleal, el régimen de la propiedad intelectual e industrial o el Derecho de sociedades. Indudablemente, las reglas que establecen el marco de los intercambios contractuales, la propiedad, los daños o las relaciones familiares presentan inicialmente una caracterización más «privada». Sin pretender excluir el «Derecho económico», el DPC se centra principalmente en el Derecho privado más estricto. Precisamente, es la extensión del Derecho comunitario desde el Derecho «económico» al Derecho «privado» o «más privado» el origen de esta nueva noción y de este nuevo debate acerca del Derecho privado en Europa. En todo caso, insistimos en el uso de la noción con un valor relativo, lo que no significa que carezca de valor o de poder de definición. Únicamente ponemos de relieve la dificultad de establecer, en el ámbito jurídico, un límite razonable, siquiera necesario, entre lo público y lo privado.

[5] *Vid.* las consideraciones al respecto de G. ALPA, «European Community Resolutions and the Codification of Private Law», *ERPL*, 2000/2, pp. 324-325; G. SAMUEL, «English Private Law in the Context of the Codes», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, 2000, pp. 47-61.

# II
# EL DPC ORIGINARIO: LA INTEGRACIÓN NEGATIVA

## 1. EL PRINCIPIO DE COMPATIBILIDAD DEL DERECHO PRIVADO NACIONAL CON EL DERECHO COMUNITARIO

### A. Los Tratados constitutivos

5. Los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea se erigen como una suerte de «Constitución Económica» para todos los Estados miembros. Sin entrar en la discusión acerca del rango *infra* o *supra* constitucional del Derecho comunitario, lo cierto es que su primacía exige que todo el Derecho nacional sea conforme y compatible con el Derecho comunitario. Los Estados miembros están obligados a garantizar dicha compatibilidad, evitando la promulgación de disposiciones legales contrarias al Derecho comunitario o eliminando aquéllas que sean incompatibles, en tanto que los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan una función esencial de control, auxiliada mediante la interposición ante el TJCE de cuestiones prejudiciales.

6. En el ámbito del Derecho privado, inciden, en primer lugar principios generales del Derecho originario, tales como el principio de confianza comunitaria o el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, actualmente contenido en el art. 12 CE. Este último ha condicionado, en particular, el proceso de integración negativa a través del juego de las libertades de circulación, pero su al-

cance va más allá del juego de la regla de reconocimiento, imponiendo, como veremos, ciertas exigencias particulares al Derecho privado nacional de alcance intracomunitario.

En segundo lugar, los Tratados constitutivos incluyen algunas normas que resultan de directa aplicación a supuestos de Derecho privado. El ejemplo más manido se refiere al tenor del art. 81.2 CE que determina la nulidad de determinados acuerdos comerciales susceptibles de contradecir las normas sobre competencia y, en concreto, los convenios y pactos colusorios recogidos en el art. 81.1 CE. Se hace referencia asimismo al art. 288 CE, en relación con la responsabilidad extracontractual de la Comunidad y las disposiciones materiales y sobre el Derecho aplicable que contiene. Incluso se menciona el alcance material o/y conflictual del art. 48 CE como norma de reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades.

Pero lo cierto es que la mayoría de las normas del Derecho comunitario originario sólo presentan una incidencia indirecta en el DPC. Por una parte, se diseña en los tratados el régimen competencia de la Comunidad en orden a la promulgación de actos normativos referidos al Derecho privado; tendremos ocasión de analizar la especial relevancia del juego de las bases legales y de las distintas competencias contempladas en los Tratados en las posibilidades presentes y futuras de una unificación del Derecho privado en Europa. Se trata de lo que denominaremos el «problema constitucional», una cuestión más vinculada al DPC derivado que al DPC originario. Por otra parte, el Derecho comunitario originario, en concreto los Tratados constitutivos, recogen como parte esencial de su contenido las distintas libertades y políticas comunitarias a las que deben atemperarse y adecuarse los Derechos nacionales. Por último, la incorporación al acervo comunitario originario de las normas que regulan los derechos fundamentales, implicará una cierta «comunitarización» de la cuestión relativa a la adecuación de los Derechos privados nacionales a los derechos fundamentales de la persona. A estas dos cuestiones nos referiremos en los apartados y epígrafes siguientes.



7. No obstante, antes de terminar esta breve referencia al Derecho originario y a su incidencia sobre el DPC, no deben perderse de vista los distintos convenios internacionales, en principio ajenos a los Tratados constitutivos, que vienen a incorporarse al Derecho comunitario originario y despliegan con igual fuerza su influencia sobre los Derechos privados nacionales y el DPC. Tales convenios pueden ser específicamente comunitarios, es decir, restringidos a los Estados miembros de la Unión Europeas —como pueden ser los convenios complementarios que derivan del art. 220 TCE (art. 293 CE)—, como convenios internacionales universales, a los que hace referencia el art. 300 CE [1]. En la medida en que ambos tipos de convenios puedan venir referidos a cuestiones de Derecho privado, se integran en el DPC. Problema distinto, evidentemente, es la solución al problema de la «jerarquización» de estos textos en el propio ámbito comunitario.

8. No es de recibo, sin embargo, asimilar la *lex mercatoria* con el Derecho comunitario originario. En el proceso de construcción del DPE, algunos autores incluyen asimismo, como parte del DPC, la práctica contractual europea en materias tales como el Derecho marítimo o aéreo, e incluso contratos-tipo como los referidos al comercio del café o de la patata [2]. Al igual que puede ocurrir con textos internacionales como el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías o el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, en vigor en buena parte de los Estados miembros, las prácticas contractuales uni-

[1] Sobre la incidencia de los convenios internacionales, tanto comunitarios como universales, *vid.* M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 73-77.

[2] *Vid.* O. REMIEN, «Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts», *JZ*, 1992/6, p. 279.

formes o la denominada *lex mercatoria* forman parte, si se quiere, del «Derecho común europeo», es decir del Derecho privado «compartido» por los distintos Derechos nacionales. Aunque su papel en la construcción del DPC y en su propia interpretación pueda ser muy importante, no cabe su asimilación al DPC por varias razones: en primer lugar, porque no es Derecho vigente en todos los Estados miembros de la Unión Europea; en segundo lugar, su fuente no es comunitaria, ni se ha incoporado al acervo comunitario, por lo que no obliga en tanto «Derecho comunitario»; por último, se trata de prácticas comerciales cuya propia caracterización jurídica y grado de obligatoriedad distan mucho de ser pacíficos.

## B. Los derechos fundamentales

9. La inclusión en el Derecho comunitario de la protección de los derechos fundamentales ha supuesto muy distintas etapas evolutivas, presididas por un tenso diálogo entre la Comunidad y las jurisdicciones constitucionales nacionales. Tal evolución culmina con el art. F.2 TUE, que se traslada al art. 6.2 UE, incorporando al acervo comunitario el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950[3]. De este modo, el respeto a los derechos humanos sigue asegurándose a través de los principios generales del Derecho comunitario. El avance se produce al extenderse la competencia del TJCE al art. 6.2.° UE, «con respecto a la actuación

[3] Sobre la incidencia de los convenios en materia de Derechos humanos en el ámbito del DPC, *vid.* A. BARATTA y C. Giannoulis, «Dal diritto europeo all'Europa dei diritti», *Diritto privato comunitario (a cura di Vito Rizzo)*, vol. I, Nápoles, 1997, pp. 32-64; J.A. USHER, «Principles Derived from Private Law and the European Court of Justice», *ERPL*, 1993, pp. 109-110.



de las instituciones, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado» [art. 46 d) UE]. Algunas de las disposiciones del Convenio Europeo de 1950 inciden en el Derecho privado, pasando a formar parte del DPC. De este modo, los Derechos privados nacionales no sólo deben conformarse, *stricto sensu*, a la normativa contenida en los Tratados constitutivos, sino también a los principios generales que regulan los derechos humanos, especialmente a partir del Convenio citado, que pasa a formar parte del Derecho comunitario originario.

P.A. de Miguel Asensio ha estudiado entre nosotros la incidencia del Convenio Europeo en el ámbito del DIPr nacional. A su juicio, el Convenio informa, particularmente, la reserva de orden público frente a la aplicación de leyes extranjeras que contravengan los derechos reconocidos en el Convenio, impidiendo asimismo la formulación de normas de Derecho aplicable incompatibles, por ejemplo, con el principio de no discriminación por razón de sexos. En el ámbito de la competencia judicial internacional, el art. 6.1.° del Convenio contiene el derecho a un proceso justo, del que derivan exigencias concretas para un determinado sistema, similares a las que emanan del art. 24 de la Constitución Española, que impiden los foros exorbitantes, y facilitan el recurso al *forum non conveniens* en aquellos casos de insuficiente conexión con el foro, o al *forum necessitatis* si existe riesgo de denegación de justicia. Este mismo precepto avala la denegación del reconocimiento de sentencias extranjeras dictadas en procedimientos sin las suficientes garantías procesales[4].

No pueden descartarse, sin embargo, eventuales conflictos entre la normativa internacional de Derechos humanos, esto es, el propio Convenio Europeo de 1950, y otros sectores del Derecho originario o derivado, susceptibles de afectar al DPC. Un ejemplo palmario viene dado por la eventual contradicción del art. 6.1.° del Convenio Europeo con el art. 28.3.° del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judicia-

[4] *Cf.* «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado», *RDP*, jul-ago, 1998, pp. 541-558.

les en materia civil y mercantil, que se reproduce en el art. 35.3.° del Reglamento «Bruselas I». Estos preceptos no habilitan la denegación del reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera, por motivo de orden público, por el hecho de haberse fundado la competencia judicial del Tribunal de origen en un foro exorbitante, incluso si se trata de un foro contrario al art. 12 CE como es el *forum actoris*, inspirado en la nacionalidad del demandante. Este tipo de foros no sólo resulta discriminatorio por razón de nacionalidad, sino que generan una falta de tutela judicial efectiva, contraria tanto al art. 6.1.° del Convenio Europeo de 1950 como al art. 24 de la Constitución española. Sin embargo, la ausencia de control aparece reconocida en la *Sent. TJCE de 18 de marzo de 2000 (As. C-7/98: «Krombach»)*. En consecuencia, el juez nacional del exequátur se enfrenta al dilema de hacer valer el Convenio o Reglamento comunitario, reconociendo y ejecutando la sentencia extranjera, o el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tal y como deriva del Convenio Europeo y de su propio Derecho constitucional. Se trata de un ejemplo palpable de cómo la incorporación genérica de convenios o principios al Derecho comunitario no evita los conflictos ni impide la necesidad de una auténtica Carta Europea de derechos fundamentales.

## 2. La integración negativa: libertades de circulación y DPC

### A. Integración negativa, positiva, activa y reactiva

10. El mercado interior consiste en un «espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado», afirma el art. 14.2.° CE. Las libertades de circulación y las políticas comunitarias son las claves de la integración económica europea. El Derecho privado es un instrumento esencial para la comercialización de bienes y servicios y los movimientos de capitales. En consecuencia, al margen del mayor o menor grado de integración jurídica, de unificación del Derecho privado, el DPC adquiere inicialmente una dimensión negativa: los Derechos privados nacionales no pueden introducir obstáculos o impedimentos a las libertades de circulación. Con carácter general, las reglas del Derecho privado nacional deben atender a la prohibición de no discrimi-



nación por razón de nacionalidad; no deben incorporar normas, medidas o prácticas que, de forma directa o encubierta, impliquen una desigualdad de trato por razón de la nacionalidad que perjudique el intercambio de mercancías, servicios o capitales en el mercado interior. Además, aunque se exprese de forma distinta según la libertad de que se trate, para que el Derecho privado nacional pueda introducir obstáculos legítimos a las libertades, es preciso que esté justificado en razones imperiosas de interés general, sea adecuado a los objetivos perseguidos en virtud de tal interés y se acomode al principio de proporcionalidad. Con estos caracteres generales, se diseña la regla de reconocimiento en el ámbito de las libertades y el principio de conformidad del Derecho nacional, en su conjunto, a cada una de ellas.

La integración que se produce en virtud de las libertades comunitarias es, fundamentalmente, una integración negativa, derivada de la contrariedad del Derecho nacional con las libertades comunitarias [5]. Sin embargo, muchas veces existen restricciones justificadas por razón de interés general, no discriminatorias, adecuadas y proporcionales que pueden ser consideradas legítimas y, en consecuencia, alteran el buen funcionamiento del mercado interior [6]. La integración positiva, a través del Derecho derivado, persigue fundamentalmente

[5] Sobre la integración negativa, *vid.* especialmente el trabajo de W.-H. Roht, «Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht», *ZEuP*, 1994, pp. 5-33, en el que se analizan concretamente los sectores de la propiedad industrial e intelectual (pp. 11-14), competencia desleal (pp. 14-18), sociedades (pp. 18-23), derechos reales (pp. 23-25) y obligaciones (pp. 25-31).

[6] De ahí que no quepa entender que la jurisprudencia «*Keck*» limita las posibilidades de la armonización, sino más bien al contrario (*cf.* O. Remien, «Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union?–Legislative und gerechtliche Wege», *JZ*, 1995, p. 132). Más dudas observa C. Armbrüster, que sitúa a «*Keck*» a medio camino entre la unificación y el principio de subsidiariedad (*vid.* «Ein Schuldvertragsrecht für Europa? Bemerkungen zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach 'Maastricht'», *Rabels Z.*, 1996, p. 73).

una «armonización reactiva», en palabras de M. Franzen [7], que busca paliar las consecuencias desintegradoras de la regla de reconocimiento y atiende a las necesidades de integración del mercado interior. En contrapartida, se habla de «armonización activa» para designar aquéllas medidas de aproximación de legislaciones que persiguen un objetivo no estrictamente integrador, sino de protección de determinados grupos o intereses materiales concretos. Semejante «armonización activa» se acomoda mejor a la naturaleza de las «políticas» que de las «libertades» (Política social, fiscal, económica y monetaria, de transporte, etc.), si bien las políticas se vinculan de forma igualmente poderosa a la lógica de la integración [8]. Pero lo que interesa en este momento es destacar que tanto libertades como políticas contenidas en el Tratado juegan un papel no sólo en la integración negativa, que es objeto de este capítulo, sino que presentan una íntima relación con la «integración positiva», activa y reactiva, y con el distinto alcance en esta última de la «lógica de la integración» y de la «lógica del Derecho privado».

[7] *Vid. Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlín/Nueva York, 1999, p. 238.

[8] A título de ejemplo, baste citar la incidencia de la política monetaria y de la introducción del euro en el régimen de los contratos, y, en general, del Derecho privado. *Vid.* D. SCHEFOLD, «Der Einfluß von EG-Währungsrecht auf nationale Zivilrechte», *ZEuP*, 1999, pp. 271-293; G. CARRIERO, «I contratti in moneta unica: riflessi civilistici», *Quaderni di diritto privato europeo*, 1997/1, pp. 73-84, esp. pp. 78-80; S. MARTÍNEZ LAGE, «El Euro: algunas cuestiones jurídico-privadas», *La Unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 189-203; P. CARRIÓN GARCÍA DE PRADA, «Aspectos jurídicos vinculados a la introducción del euro», *La unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 205-252. Un ejemplo de la incidencia de la política social en el Derecho procesal de los Estados miembros se infiere de la *Sent. TJCE de 16 de mayo de 2000 (As. C-78/98: «Shirley Preston»)* que declara parcialmente contraria al Derecho comunitario a la normativa procesal británica relativa a una reclamación para la participación en los Planes de Pensiones de Empresa.



## B. Libre circulación de mercancías

11. El Título I de la Tercera Parte del Tratado CE aparece dedicado a la libre circulación de mercancías. Bajo esta rúbrica se contempla tanto la Unión aduanera como, propiamente, la prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y exportación de productos en libre práctica, así como todas las medidas de efectos equivalente (arts. 28 y 29 CE). Una disposición de Derecho privado es capaz, desde luego, de constituir una medida de efecto equivalente, en la medida en que sea susceptible de «obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario», tal y como reza la fórmula *«Dassonville»* [9].

En el ámbito de la libre circulación de mercancías, la jurisprudencia del TJCE ha evolucionado de forma restrictiva, reduciendo el efecto de la libertad y el rigor de la regla de reconocimiento en los supuestos más vinculados al Derecho privado, a saber, los referidos a la comercialización de productos. Tanto la sentencia *«Dassonville»* como la sentencia *«Cassis de Dijon»* habían impuesto un concepción muy extensiva de la regla de reconocimiento, en un sentido muy similar al que rige aún en el ámbito de la libre circulación de servicios. Sin embargo, la *Sent. TJCE de 24 de noviembre de 1993 (Ass. C-267 y 268/91: «Keck y Mithouard»)* produjo una auténtica «revolución de noviembre» [10] modificando la jurisprudencia anterior y obligando a matizar, según lo supuestos, el régimen de las normas que restringen la libre circulación de mercancías.

En el asunto *«Keck»* se dilucidaba la legitimidad comunitaria de la prohibición de la reventa a pérdida contenida en la legislación francesa. Se trataba de una

[9] *Sent. TJCE de 11 de julio de 1974 (As. 8/74: «Dassonville»).*

[10] *Vid.* I. KLAUER, *Die Europäisierung des Privatrechts*, Baden-Baden, 1998, p. 75.

normativa no discriminatoria, por cuanto se aplicaba a toda actividad comercial efectuada en territorio francés, con independencia de la nacionalidad del revendedor. El TJCE reconoce que semejante legislación es susceptible de restringir el volumen de ventas de productos procedentes de otros Estados miembros, en la medida en que priva a los operadores de un medio de promocionar las ventas. El TJCE observa, sin embargo, que crecía la frecuencia con que se invocaba el art. 30 TCE frente a disposiciones nacionales no referidas directamente a productos de otros Estados miembros, con el pretexto de que limitaban la libertad comercial. Por ello consideró necesario en esta decisión «reexaminar y precisar su jurisprudencia en la materia». A diferencia de la jurisprudencia establecida en *«Casis de Dijon»*, que aplicaba el criterio de «interés general» para justificar la compatibilidad con el Derecho comunitario de las disposiciones nacionales no discriminatorias relativas a las condiciones de «producción» (denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, acondicionamiento), el TJCE estimó «en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando, que la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohiban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia Dassonville, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros» [11].

La trascendencia de la jurisprudencia *«Keck»* para el DPC resulta evidente. Las normas que regulan las características de los productos, y la fabricación con carácter general, suelen ser normas de Derecho económico, de marcado carácter público. Cuando se trata

[11] Esta jurisprudencia se reitera y precisa posteriormente: *Sent. TJCE de 9 de febrero de 1995 (As. C-412/93: «Leclerc-Siplec»); Sent. TJCE de 29 de junio de 1995 (As. C-391/92: «Comisión/Grecia»); Sent. TJCE de 14 de diciembre de 1995 (As. C-387/93: «Banchero»); Sent. TJCE de 9 de julio de 1997 (Ass. C-34-36/95: «De Agostini y TV-Shop»); Sent. TJCE de 23 de octubre de 1997 (As. C-189/98: «Franzén»); Sent. TJCE de 13 de enero de 2000 (As. C-254/98: «Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb»).*



de disposiciones nacionales indistintamente aplicables a mercancías nacionales e importadas, pueden resultar contrarias al Derecho comunitario a menos que se justifiquen por razones imperiosas de interés general, sean adecuadas al objetivo perseguido y proporcionales. En contrapartida, las disposiciones que regulan la comercialización de los productos son, en particular, las normas que regulan la compraventa y otros contratos; en consecuencia, se trata de normas de Derecho privado. Para ellas, la conformidad con el Derecho comunitario es más sencilla: sólo no se produce si, tratándose de una medida indistintamente aplicable a mercancías nacionales e importadas, producen efectos proteccionistas y, en consecuencia, una desigualdad de trato entre los productos nacionales e importados. En caso contrario, no se consideran medidas de efecto equivalente aunque no se sustenten en imperativos de interés general, no sean eficaces o resulten poco proporcionadas. Por esta razón, la jurisprudencia «Keck» debe ser entendida como un argumento a favor de la armonización positiva «reactiva», pues la desigualdad de reglamentaciones nacionales sobre la comercialización de productos, siendo compatible con el Derecho comunitario, no allana ni facilita una mejor circulación de productos en el mercado interior [12].

Sobre la base indicada, la jurisprudencia del TJCE relativa a la libre circulación de mercancías aparece referida, preferentemente, a disposiciones nacionales restrictivas de índole económica, fiscal, administrativa; en definitiva, de Derecho público. Cuando se enfrenta a materias de Derecho privado, es habitual observar la aplicación de

[12] I. KLAUER reduce a tres grandes cuestiones el juego de la libre circulación de mercancías, que exige: determinar, en primer lugar, que se trata de una norma nacional relativa a un producto; en segundo término, si la norma conduce a una traba u obstáculo para la importación o entrada del producto al mercado; finalmente, si la divergencia entre ordenamientos conduce a un obstáculo de la libre circulación de mercancías de los sujetos afectados (*op.cit.*, 96). Esta última cuestión es la esencial de cara al DPC (p. 97).

la jurisprudencia «*Keck*» por lo que se refiere a las condiciones de comercialización o distribución. Con todo, las normas del Derecho privado nacional no sólo pueden resultar discriminatorias respecto de los productos importados, sino también proteccionistas cuando aparentemente garantizan una igualdad de trato. Por este motivo, no faltan los ejemplos de la incidencia de la libre circulación de mercancías en la integración negativa del DPC [13].

12. Tratándose de la libre circulación de bienes, es fácil comprender que la libre circulación de mercancías está afectada por la diversidad de las normativas nacionales acerca de los derechos reales que recaen sobre dichos bienes. Así, a título de ejemplo, se ha suscitado la eficacia extraterritorial de las reservas de dominio en la *Sent. TJCE de 7 de marzo de 1990 (As. C-69/88: «Krantz»)*, que no se opuso a la legislación holandesa que faculta a la Hacienda Pública a embargar bienes vendidos a plazos con reserva de dominio, dado que «la disposición nacional mencionada se aplica indistintamente a bienes nacionales y a los importados».

La diversidad de las legislaciones nacionales en materia de derechos reales, particularmente en el ámbito de las garantías mobiliarias, constituye un obstáculo cierto a los intercambios intracomunitarios. La aplicación, en el DIPr, de la *lex rei sitae* im-

[13] *Vid.* especialmente, acerca de la incidencia de la libre circulación de mercancías en el DPC y en sus distintos sectores M. FRANZEN, *op.cit*, 1999, pp. 123-130, 133-138 y 154-161; I. KLAUER, *op.cit.*, pp. 68-69, 74-99 y 101-104; S. Leible, *Wege zu einem europäischen Privatrecht (Anwendungsprobleme und Entwicklungsperspektiven des Gemeinschaftsprivatrecht)*, escrito de habilitación policopiado, 2001, § 4. *Vid.* también las reflexiones de M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 79-82; U. HÜBNER y W.F. EBKE, «Europäisierung des Privatrechts», *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburstag*, Heidelberg, 1999, pp.480-482; T. BOURGOIGNIE, «L'impact du droit privé de la consommation sur le droit privé des États membres», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2000, pp. 61-64.



plica la dificultad de dar eficacia a garantías mobiliarias constituidas conforme a la legislación de otro Estado miembro. La escasa eficacia de estas garantías reales incentivan al exportador a utilizar garantías personales, de suyo más costosas, por lo que, finalmente, se obstaculiza la libre circulación de mercancías [14]. Pero se trata, en definitiva, de una diversidad de legislaciones relativa a la comercialización de productos, que sugiere la restricción interpretativa de la jurisprudencia «*Keck*». Y no debe perderse de vista que no hay necesariamente un afán proteccionista en las legislaciones nacionales que ordenan el crédito y las garantías, pues someten a las mismas condiciones de eficacia y validez a los derechos reales que se constituyen tanto en el país de importación como en cualquier otro.

13. En el ámbito contractual, la jurisprudencia del TJCE se muestra más variopinta, como demuestran algunos ejemplos. La *Sent. TJCE de 24 de enero de 1991 (As. C-339/89: «Alsthom Atlantique»)* contempla la eventual contradicción con la libre circulación de mercancías de normativa francesa en materia de saneamiento por vicios ocultos, que prevé que el vendedor profesional está sujeto a una presunción *iuris et de iure* de que conocía los defectos de la cosa vendida y de que sólo puede liberarse de esta presunción si se trata de relaciones contractuales con un profesional de la misma especialidad (art. 1643 Código civil francés). El vendedor estima que tal reglamentación no existe en los demás Estados miembros y puede falsear el juego de la competencia y obstaculizar la libre circulación de mercancías. El TJCE consideró que la normativa francesa no era discriminatoria, por cuanto se aplica por indistintamente a produc-

[14] Acerca del no reconocimiento de las garantías mobiliarias extranjeras como medida de efecto equivalente, *vid.* especialmente E.M. KIENINGER, *Mobiliarischerheiten im Europäischen Binnemarkt (zum Einfluß der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten)*, Baden-Baden, 1996, pp. 122-214.

tos importados o nacionales. Pero en esta sentencia el TJCE aporta un argumento de interés, al referirse a la posibilidad que tenían las partes de haber obviado la legislación francesa mediante una elección expresa de una ley aplicable distinta, que les brinda el principio de autonomía conflictual en los contratos internacionales.

La *Sent. TJCE de 13 de octubre de 1993 (As. C-93/92 «Motorradcenter»)* dilucida la relación entre la libre circulación de mercancías y la responsabilidad precontractual, derivada de la ocultación de una información susceptible de influir en la decisión del comprador y atinente, en el caso, a la eficacia de la garantía del fabricante en los concesionarios del país de importación, cuando el bien se adquiere en virtud de importación paralela. De forma muy similar a *«Alsthom Atlantique»* el TJCE considera que la legislación alemana que exige el deber de información se aplica indistintamente del origen del producto y no tiene por objeto regular los intercambios. Retoma la jurisprudencia *«Krantz»* para inducir que «los efectos restrictivos que la obligación de información de que se trata pudieran producir sobre la libre circulación de mercancías son demasiado aleatorios e indirectos para que se pueda considerar que esta obligación es idónea para obstaculizar el comercio entre los Estados miembros».

Con posterioridad a estas decisiones, ya hemos hecho referencia a la incidencia que el caso *«Keck»* y la jurisprudencia posterior ha tenido a la hora de valorar la incidencia sobre la libre circulación de mercancías de las disposiciones nacionales en materia contractual, que, por definición, tienen por objetivo establecer los cauces jurídicos de comercialización de productos. Especialmente en este ámbito, se pone de relieve la distinta permeabilidad del Derecho público y del derecho privado frente a la integración negativa. Una explicación plausible ha sido expuesta con claridad por S. Leible, al defender que las normas que afectan a la producción son imperativas y justifican el control, en tanto que las referidas a la comercialización *(«Alsthom Atlantique», «Keck»)* serían disponibles y justificarían la no contrariedad con el Derecho comunitario (no



control) [15]. El esquema, sin embargo, no encaja con otros ámbitos del Derecho privado, como los derechos reales *(«Krantz»)*, donde las disposiciones son igualmente imperativas y afectan a la comercialización y no a la producción. Sea como fuere, tal jurisprudencia sugiere la dificultad de integración negativa del Derecho contractual y acaso por ello aconseja un Derecho contractual europeo positivo [16].

14. Las normas procesales nacionales resultan igualmente afectadas por la libre circulación de mercancías. Como detallaremos más abajo, la defensa procesal de los derechos de exportador o importador, sujetos de un intercambio intracomunitario de mercancías, es el corolario de la libertad de circulación de productos. Resulta, pues, fácilmente comprensible que instituciones procesales abiertamente discriminatorias por razón de la nacionalidad, como la *cautio iudicatum solvi*, hayan sido consideradas contrarias a la libre circulación de mercancías, cuando su adopción se discutía en un proceso vinculado a una operación de semejante naturaleza [*Sent. TJCE de 26 de septiembre de 1996 (As. C-43/95: «Forsberg»)* y *Sent. TJCE de 20 de marzo de 1997 (As. C-323/95: «Kronenberger»)*].

Más enjundiosa resulta la *Sent. TJCE de 10 de febrero de 1994 (As. C-398/92: «Mund & Fester/Hartrex»)* [17]. Se suscita la eventual contradicción con la libre circulación de mercancías de la normativa procesal alemana relativa al embargo preventivo, con ocasión de la solicitud de la adopción de tal medida cautelar del transporte de una mercancía entregada en mal estado en Alemania por parte de un vendedor holandés. El art. 917 de la *Zivilprozeßordnung* prevé, con

[15] *Vid.* S. LEIBLE, *op.cit.*, § 4.D.IV.3.b.aa.

[16] *Cf.* C. ARMBRÜSTER, «Ein Schuldvertragsrecht...», *loc.cit.*, pp. 74-75.

[17] *Vid.* en particular el comentario de F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ e I. HEREDIA CERVANTES, «EL art. 6 TUE y el Derecho procedal civil: a propósito de la sentencia TJCE de 10 de febrero de 1994», *GJ*, 1995, pp. 39-79.

carácter general, el embargo preventivo cuando a falta de dicha medida el cumplimiento de la sentencia sea imposible o sustancialmente más difícil, bastando, según su apartado segundo, el hecho de que la sentencia deba ser ejecutada en el extranjero. El TJCE aplica en este caso la regla de reconocimiento en forma pura, al considerar incompatible este segundo apartado con el Derecho comunitario, el encubrir una discriminación por razón de nacionalidad, puesto que, en la mayoría de los casos, la ejecución en el extranjero afecta a personas que no tienen nacionalidad alemana; pero el TJCE parece valorar en mayor medida en la necesidad objetiva y en la falta de proporcionalidad de una medida que, en cualquier caso, persigue un interés general legítimo, cual es la seguridad jurídica objetiva; y es que la presencia de un espacio judicial europeo, representado entonces por el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, eliminaba el *periculum in mora* que está en la base de la disposición alemana, pues el riesgo de inejecución de la eventual sentencia de condena alemana en los Países Bajos es mínimo y, en todo caso, no justifica una medida de la envergadura del embargo. El mismo criterio de la eficacia y de la proporcionalidad sirvió, para resolver en un sentido distinto, la conformidad con el Derecho comunitario de la reglamentación relativa a las órdenes conminatorias de pago en los procedimientos monitorios (art. 633 del «*Codice di procedura civile*» italiano) que fueron objeto de la *Sent. TJCE de 22 de junio de 1999 (As. C-412/97: «Fenocchio»);* en ella se decidió la conformidad con los preceptos del TCE relativos a la libre circulación de mercancías de la improcedencia de dicha orden si la notificación al demandado correspondiente debía realizarse en país extranjero, por considerarla adecuada al principio de seguridad jurídica perseguido [18].

[18] *Vid.* N. MARCHAL ESCALONA, «Las libertades comunitarias y el Derecho procesal estatal: comentario a la sentencia del TJCE (Sala 5.ª) de 22 de junio de 1999 (As. C-412/97: *Fenocchio*)», *La Ley*, año XX, núm. 4916, 19 octubre 1999, pp. 1-5.



## C. Libre circulación de capitales

15. El capítulo IV del Título III de la Tercera Parte del Tratado CE recoge el régimen de la libre circulación de capitales. A pesar de ser la libertad que más tarde adquirió una liberalización completa, actualmente es, quizás, la libertad que actúa de forma más completa, al haberse extendido desde el Tratado de Maastricht a las relaciones con terceros Estados. La libertad afecta tanto a las transferencias efectivas de capital, como a las transacciones u operaciones jurídicas que canalizan tales transferencias, repercutiendo de forma clara en distintos contratos, especialmente mercantiles. Además de la incidencia que la libre circulación de capitales presenta de forma directa en el ámbito de la contratación, especialmente en los contratos bancarios, de seguro o sobre valores bursátiles, la integración negativa vinculada a esta libertad se despliega con facilidad sobre el régimen de los derechos reales inmobiliarios. Así, la *Sent. TJCE de 16 de marzo de 1999 (As. C-222/97: Trummer-Mayer)* se refiere a la normativa austríaca que prohibe la constitución en Austria de una hipoteca si no se nomina en chelines austríacos o, en su defecto, de tal forma que la cantidad de dinero por la que responda el bien inmueble se determine por referencia al precio de oro de ley. El TJCE vincula la hipoteca a los movimientos de capitales, y a continuación estima que la normativa austríaca tiene como efecto debilitar la relación entre el crédito que se pretende garantizar, pagadero en la moneda de otro Estado miembro, y la hipoteca, cuyo valor, debido a fluctuaciones monetarias posteriores, puede resultar inferior al del crédito que se quiere garantizar, lo que no hace sino reducir la eficacia y, por tanto, el interés por una garantía de este tipo. Con ello puede en sí misma disuadir a los interesados de expresar un crédito en la moneda de otro Estado miembro y, en consecuencia, privarles de una facultad que constituye un componente de la libre circulación de capitales y de pagos [19].

[19] *Vid.* asimismo *Sent. TJCE de 11 de enero de 2001 (As. C-464/98: Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Friedrich Stefan/Austria).*

También vinculada a esta cuestión se encuentran las limitaciones a la adquisición de bienes inmuebles para extranjeros por imperativos de defensa del territorio nacional: *Sent. TJCE de 13 de julio de 2000 (As. C-423/98: «Alfredo Albore»).*

## D. Libre circulación de personas

16. Dentro del Título III de la Tercera Parte del Tratado CE se contempla, junto a la libre circulación de capitales, la libre circulación de personas y servicios. La libre circulación de trabajadores (capítulo 1) y la libre circulación de servicios (capítulos 2 y 3) constituyen el trasunto esencial de la libre circulación de personas, y ambas presentan una incidencia muy similar en el Derecho privado [20].

La libre circulación de trabajadores en el mercado interior promueve la integración negativa de los Derechos privados nacionales a partir del principio de no discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Esencialmente, este principio afecta a los Derechos laborales y sociales nacionales, pero también a las disposiciones de carácter fiscal, procesal o de cualquier naturaleza, susceptibles de generar una desigualdad de trato directa o encubierta respecto de los trabajadores originarios de otros Estados miembros.

El Derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios de las personas físicas siguen una suerte muy similar a la libre circulación de trabajadores. Conviene recordar que las actividades económicas abarcadas son aquellas que se prestan a cambio de remuneración en un régimen no asalariado. En el ámbito de la libre circulación de servicios, sin embargo, la extensión de la libertad a las personas jurídicas va a implicar una mayor incidencia en el Derecho mercantil y, en general, en el ámbito de la contratación mercantil. Por otra parte, el desarrollo del Derecho comunitario en este sector, a través de la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es notablemente más rico que el acervo relativo a la libre circulación de trabajadores.

[20] Para un estudio más extenso de esta incidencia, con enfoques muy diferentes, *vid.* M. FRANZEN, *op.cit.*, pp. 163-216; M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 77-93; I. KLAUER, *op.cit.*, pp. 62-106; S. LEIBLE, *op.cit.*, §4; W.H. ROTH, *loc.cit.*, pp. 5-33.



Con carácter general, en ambos sectores de la libre circulación de personas el TJCE ha enunciado con meridiana claridad —y sin las dudas propias del sector de la libre circulación de mercancías— la «regla de reconocimiento». Cabe afirmar, por tanto, que una disposición, medida o práctica nacional es contraria al Derecho comunitario relativo a la libre circulación de personas, y se considerará una restricción injustificada, si no cumple de forma cumulativa cuatro condiciones. La primera de ellas se refiere a la condición original: no debe tratarse de una disposición o medida discriminatoria, ni directa ni indirectamente. En segundo lugar, la disposición o medida debe ampararse en razones de interés público o general. En tercer término, debe resultar adecuada al fin perseguido o, lo que es lo mismo, eficaz. Finalmente, debe resultar proporcional. Consecuentemente, una disposición de Derecho privado nacional puede ser contraria al Derecho comunitaria, aún cuando no sea discriminatoria. Así se formula en este ámbito, si menoscabo de la doctrina *«Dassonville»*, la «regla de integración negativa», cuya incidencia práctica en los Derechos privados nacionales conviene analizar a la luz de la jurisprudencia del TJCE [21].

17. En el ámbito de la libre circulación de trabajadores, es evidente que la integración negativa ha afectado a las disposiciones nacionales que reglamentan el acceso al empleo, contrato de trabajo

[21] *Vid.* O. REMIEN, «Denationalisierung...», *loc.cit.*, pp. 130-131.

y las ventajas sociales de los trabajadores. En el ámbito de la libre circulación de servicios, las restricciones suelen suscitarse, con carácter general, respecto de normas de Derecho público. Así, son muy habituales las restricciones que derivan de la denegación de autorizaciones administrativas para desarrollar determinadas actividades mercantiles o profesionales, vinculadas a exigencias de licencias, títulos profesionales, cualificaciones específicas, etc. Asimismo abundan los problemas de concesiones administrativas o regímenes de acceso a determinados sectores económicos discriminatorios por razón de nacionalidad. También son muy frecuentes las restricciones que derivan de una desigualdad de trato fiscal, particularmente frente a las sociedades o personas jurídicas. En el ámbito del Derecho privado, la incidencia más relevante se presenta en el Derecho procesal, y, tal vez, desde el punto de vista de las personas jurídicas, en el sector del Derecho de sociedades.

18. Los efectos de la libre circulación de personas en el Derecho procesal y, más concretamente, en el Derecho procesal civil, se deben a que la tutela judicial es el corolario de cualquier libertad[22]. Cuando el litigio trae causa en un contrato laboral o en un contrato de servicios o afecta a ambas libertades de alguna forma, las partes en el proceso deben ser tratadas de forma equivalente, so pena de infringir la primera condición de la regla de reconocimiento.

Un puñado de decisiones muy significativas conectan la contrariedad de la *cautio iudicatum solvi* con el Derecho comunitario. En la mayoría de los sistemas jurídicos, la caución de arraigo en juicio constituye una medida puramente discriminatoria frente al demandante extranjero, pese a que la exigencia de una fianza suela

[22] *Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, «Incidencia del Derecho comunitario en la interpretación de las normas de Derecho internacional privado a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. I, Madrid, 1997, pp. 337-375.



presentarse como una simple medida cautelar para el caso de demandas temerarias presentadas por extranjeros sin bienes en el foro. El hecho es que no se exige a los demandantes nacionales, aunque carezcan de arraigo en su propio país, ni habitualmente pueden hacerla valer los demandados extranjeros, además de modularse por criterios de reciprocidad. Por ello, constituye una medida puramente discriminatoria, y contraria al Derecho comunitario cuando puede verse afectada alguna libertad comunitaria. El primer supuesto en que el asunto se planteó ante el Tribunal de Justicia es, tal vez, el más significativo. En el caso resuelto por la *Sent. TJCE de 1 de julio de 1993 (As. C-20/92: «A. Hubbard/P. Hamburguer»)* se trataba de un demandante británico, un *solicitor* inglés que actuaba como albacea, en el sentido del Derecho inglés, con ocasión de un pleito sucesorio que se desarrollaba en Hamburgo. La cuestión que se suscitaba era la licitud de la caución de arraigo en juicio impuesta en virtud del art. 110 de la *Zivilprozeßordnung*. Tratándose de un litigio sucesorio no parece a primera vista que el Derecho comunitario tuviera nada que decir. Sin embargo, lo cierto es que el demandante actuaba en su condición de prestador de servicios, esto es, a cambio de remuneración (albacea, en el sentido del Derecho inglés). Quiere ello decir que un prestador de servicios alemán, en su mismo lugar, no habría tenido que hacer frente a fianza alguna y se encontraría en mejores condiciones que su homónimo inglés para ejercer la actividad remunerada de albacea testamentario. En este sentido, el TJCE sentenció la ilegitimidad comunitaria del citado artículo de la ley procesal civil alemana, por resultar discriminatorio y afectar directamente a la libre prestación de servicios.

Poco después, el TJCE tuvo ocasión de reiterar la contrariedad con el Derecho comunitario de la caución de arraigo en juicio sueca y alemana en sendos supuestos en que el demandante resultaba ser un vendedor nacional de otro Estado miembro que reclamaba el pago de unas mercancías, en estos casos por su contrariedad con la libre circulación de mercancías [*Sent. TJCE de 26 de septiembre de 1996 (As. C-43/95: «Forsberg»)* y *Sent. TJCE de 20 de marzo de 1997 (As. C-323/95: «Kronenberger»)*]. Asimismo, la *Sent. TJCE de 2 de octubre de 1997 (As. C-*

*122/96: «Saldanha»)* emitió el mismo dictamen para una caución de arraigo en juicio austríaca en un litigio referido a la protección de los intereses de un socio (demandante) frente a una sociedad establecida en otro Estado miembro (demandada). El TJCE vinculó en este caso el Derecho de sociedades a la libre prestación de servicios para extender el principio de no discriminación (procesal) por razón de nacionalidad al caso en cuestión.

También se ha planteado ante el TJCE la eventual contrariedad con la libre prestación de servicios de las reglas del Derecho procesal civil nacional relativas a la representación y postulación procesal. En la *Sent. TJCE de 12 diciembre de 1996 (As. C-3/95: «Sandker»)*, el TJCE estima conforme al Derecho comunitario la legislación procesal civil alemana que exige la intervención de abogado para la reclamación de créditos por vía judicial, frente a la pretensión de la gerencia de una empresa francesa dedicada a la gestión de cobros de comparecer directamente en juicio en representación de los acreedores apoderados. En la *Sent. TJCE de 1 de febrero de 1996 (As. C-177/94: «Perfili»)* se reconoce la adecuación a la libre prestación de servicios de la exigencia, por el Derecho procesal italiano, de un poder especial para pleitos.

El desarrollo del proceso penal, perfectamente extensible al proceso civil, está asimismo en la base de la valoración de ciertas normas procesales nacionales en relación con la libre prestación de servicios. La *Sent. TJCE de 24 de noviembre de 1998 (As. C-274/96: «Horst Otto Bickel, Ulrich Franz»)* abunda en los problemas derivados de la lengua del procedimiento, condenando por discriminatorias las disposiciones de la legislación italiana que permiten, ante ciertos Tribunales, el uso de la lengua alemana a los germanoparlantes italianos residentes en Bolzano, mientras niegan esa posibilidad a nacionales alemanes o austríacos que circulan o permanecen en Bolzano.

19. Otro sector afectado por la integración negativa es el propio Derecho internacional privado. La *Sent. TJCE de 30 de abril de 1996 (As. C-214/96: «Boukhalfa»)* estableció que, al fijar la ley aplicable a un contrato laboral, la utilización de «normas de extensión» a favor



de la ley del foro resultan discriminatorias y potencialmente contrarias a la libre circulación de trabajadores. Se trataba de un contrato de trabajo entre una nacional belga y el servicio diplomático alemán, que debía prestarse en Argelia. En aplicación del Derecho internacional privado alemán, el contrato se regía por el Derecho argelino (lugar de prestación laboral); sin embargo, una norma de extensión del Derecho alemán entonces vigente sometía al Derecho alemán los contratos de trabajo celebrados entre el Ministerio de Asuntos Exteriores alemán y trabajadores alemanes, aunque la prestación laboral tuviese lugar en el extranjero. El trato diferencial resulta evidente, pues la ley aplicable al contrato, en condiciones idénticas, acaba siendo absolutamente dispar por el mero hecho de que el trabajador sea alemán o belga. De hecho, en el asunto *«Perfili»* el TJCE hacer ver, en un *obiter dictum*, que no sólo las normas de extensión, sino también las normas de conflicto bilaterales, conducen a situaciones discriminatorias cuando emplean la conexión «nacionalidad» y afectan a supuestos vinculados al Derecho comunitario [23].

El TJCE también ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la excepción de orden público como límite a la libre prestación de servicios. La *Sent. TJCE de 24 de octubre de 1978 (As. 15/78: «Koestler»)* se refirió a esta cuestión con ocasión de una demanda presentada en Alemania por una entidad de crédito francesa que había abierto una línea de crédito a favor de un nacional alemán, destinada a realizar inversiones bursátiles a corto plazo. Este tipo de ope-

[23] *Vid.* un análisis detallado de la cuestión y de ambas decisiones en 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. También la *Sent. TJCE de 10 de junio de 1999 (As. C-439/97: «Johannes»)*.

raciones era, por entonces, asimilada al juego, a los efectos de establecer la no persecutoriedad de las deudas derivadas, principio de orden público que el TJCE estimó compatible con el Derecho comunitario, si se aplicaba de forma no discriminatoria.

20. Las restricciones vinculadas al Derecho procesal y al Derecho internacional privado se conectan, finalmente, con supuestos relacionados con contratos laborales o de servicios. El Derecho contractual de los Estados miembros puede ser, precisamente, el sector del ordenamiento jurídico afectado por la integración negativa. Un caso significativo fue el resuelto por la *Sent. TJCE de 5 de junio de 1997 (As. C-398/95: «Ergasias»)*. Las autoridades griegas, con el objeto de apaciguar un conflicto colectivo interno y mantener la paz laboral, evitando el deterioro del sector y de la propia economía nacional, decidió limitar a la fórmula de contrato laboral, descartando el contrato de servicios, las actividades de guías turísticos que realizaban programas turísticos en Grecia. Esta limitación de la fórmula contractual suponía, a juicio del TJCE, una restricción injustificada para los guías turísticos independientes provenientes de otros Estados miembros, que no podía ampararse en razones de interés general de índole económica o proteccionista, pues estos motivos, en su condición de cláusulas de salvaguardia, no pueden justificar en ningún caso restricciones de las libertades de circulación.

También han presentado indudable trascendencia las decisiones del TJCE que han afectado a los contratos laborales de los deportistas. Así, en la *Sent. TJCE de 15 de diciembre de 1995 (As. C-415/93: «Bosman»)*, además de los pronunciamientos muy populares acerca de las limitaciones en las alineaciones, se consideran contrarias al Derecho comunitario las compensaciones por transferencia, formación o promoción que condicionan la terminación de un contrato y la válida celebración de un nuevo contrato por otro club.

21. La libre prestación de servicios presenta una vinculación muy estrecha con el Derecho de sociedades. En torno al art. 48 TCE y a las sociedades como beneficiarias del derecho de establecimiento



primario y secundario y de la libre prestación de servicios, la jurisprudencia del TJCE ha suscitado un intenso debate acerca de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la teoría de la sede y de la teoría de la constitución y los límites impuestos por el Derecho nacional al traslado de sede de las sociedades [*Sent. TJCE de 10 de julio de 1986 (As. 79/85: «Segers»); Sent. TJCE de 27 de septiembre de 1988 (As. 81/87: «Daily Mail»); Sent. TJCE de 9 de marzo de 1999 (As. C-212/97: «Centros»)*][24]. Este debate plantea la intangibilidad de las normas de Derecho internacional privado en materia de sociedades, especialmente al someter la capacidad jurídica y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedad a la ley de la «sede real», pero también obliga a modular la exigencia material de la coincidencia entre sede social y sede real requerida por determinados ordenamientos nacionales —entre ellos el español— como condición de constitución de sociedades de capital o de inscripción de establecimientos secundarios, en la medida en que pudiera resultar una restricción injustificada al derecho de establecimiento o a la libre prestación de servicios. El debate, aún abierto, afecta asimismo a la posibilidad de operar en el mercado interior a través de sociedades ficticias.

22. Pero la incidencia de las libertades comunitarias como instrumento de integración negativa no se circunscribe al Derecho sustantivo, procesal o internacional privado nacional de alcance patrimonial. Potencialmente, cualquier disposición nacional de Derecho privado —incluso en sectores *a priori* excluidos del Derecho comunitario, como son el Derecho relativo a la persona, el Derecho

[24] *Vid.* más extensamente S. SÁNCHEZ LORENZO, «El Derecho europeo de sociedades y la sentencia "Centros": la relevancia de la "sede real" en el ámbito comunitario», *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 115-157 «El Derecho europeo de sociedades y la sentencia "Centros": la relevancia de la "sede real" en el ámbito comunitario», *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 115-157.

de familia o el Derecho de sucesiones— puede ser contraria al Derecho comunitario si produce una restricción, siquiera sea indirecta, a la libre circulación de personas o servicios. Sin duda, además del caso «*Hubbard*» ya citado, el supuesto más celebrado fue el resuelto por la *Sent. TJCE de 30 de marzo de 1993 (As. C-168/91: «Konstantinidis»)*. El sector afectado por dicha decisión es el Derecho al nombre y, más concretamente, el Derecho registral civil alemán relativo a la trasliteración de un apellido griego a caracteres latinos con ocasión de la inscripción de un matrimonio. El enlace con el Derecho comunitario y, en concreto, con la libre prestación de servicios, se produce desde el momento en que el individuo de nacionalidad griega, por exigencia del Derecho alemán, debe utilizar en el ejercicio de su profesión un apellido, cuya grafía y pronunciación se desnaturalizan hasta el punto de poder provocar confusión en su clientela potencial.

23. La primera conclusión que arroja la jurisprudencia del TJCE en materia de libre circulación de personas es, al igual que en el resto de las libertades, la mayor incidencia de la integración negativa respecto de las normas de Derecho público. Pero, sobre todo, cabría afirmar que las normas de Derecho público o administrativo son más vulnerables a la integración negativa que las normas de Derecho privado. Habitualmente, al TJCE no le tiembla la mano a la hora de considerar contrarias a la libre circulación de personas, especialmente en el ámbito de los servicios, a las normas de Derecho público nacionales, incluso si no son discriminatorias. Sin embargo, cuando debe valorar si una norma de Derecho privado, de naturaleza procesal o sustantiva es contraria al Derecho comunitario, parece que la decisión gira en todo caso en torno a su carácter discriminatorio. Si la disposición de Derecho privado no es discriminatoria, es muy difícil que el TJCE la considere restrictiva por desproporcionada, inadecuada o infundada en un interés general aceptable. En definitiva, el análisis acaba confluyendo con el propio de la libre circulación de mercancías, pues los requisitos de producción son al Derecho público lo que los aspectos de comercialización al



Derecho privado[25], y ello independientemente de que la jurisprudencia *Keck* no sea extensible a la libre prestación de servicios[26].

La menor permeabilidad del Derecho privado nacional a la integración negativa tal vez encuentre una razón subyacente en el distinto alcance que supone para la identidad o cultura jurídica de los Estados miembros una sanción de contrariedad con el Derecho comunitario, cuando se trata de una norma de Derecho privado[27]. Dicho de otro modo, el principio de proporcionalidad o de subsidiariedad pueden aparecer como un límite también para la integración negativa. Sin lugar a dudas, la raigambre de una disposición acerca de la forma de empaquetar la carne de cerdo congelada, el proceso de producción de pastas alimenticias o el grado alcohólico de las bebidas espirituosas es bastante menor que la de la causalidad del negocio jurídico o la tipicidad y publicidad de los derechos reales, y mucho menor el sacrificio que supone para el sistema jurídico la abrogación de tales normas o principios, siquiera sea para unos supuestos determinados, como son los intracomunitarios. Del mismo modo, la formulación de principios jurídicos en el ámbito comunitario opera de forma preferente en el ámbito del Derecho público, y sólo muy tímidamente en el sector del Derecho privado[28].

[25] Sobre la posibilidad de un tratamiento conjunto de la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios, desde la óptica de la integración negativa del Derecho privado, *vid.* M. FRANZEN, *loc.cit.*, pp. 131-132 y 139-153.

[26] *Sent. TJCE de 10 de mayo de 1995 (As. 384/93: «Alpine»)*. En este sentido, *vid.* W.H. ROTH, «Die Freiheiten...», *loc.cit.*, pp. 25-31; C. ARMBRÜSTER, «Ein Schuldvertragsrecht...», *loc.cit.*, p. 78.

[27] En este sentido *vid.* H.W. MICKLITZ, «Perspektiven eines europäischen Privatrechts» (*ius commune praeter legem?*)», *ZEuP*, 1998, p. 253. Una reflexión sobre esta cuestión se encuentra en I. KLAUER, *op.cit.*, pp. 71-74.

[28] *Cf.* en este sentido R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario (sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea)*, Madrid, 1994, pp. 238-245. R. SCHULZE, «Le droit privé européen», *RIDC*, 1995-1, (reproducido de *ZEuP*, 1993, pp. 442 y ss.) p. 23.

Semejante conclusión únicamente conduciría a afirmar que la unificación del Derecho privado en Europa, al menos en el sector de la libre circulación de personas, requiere como fórmula genuina el mecanismo «reactivo» de la integración positiva.

# III
# EL DPC DERIVADO: LA INTEGRACIÓN POSITIVA

## 1. Opciones de técnica legislativa: Reglamentos y Directivas

24. El reglamento es el acto normativo comunitario equivalente al concepto de «ley». Tiene un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y resulta directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 249 CE). Semejantes cualidades convierten al reglamento, sin género de dudas, en el cauce más eficaz para la unificación del Derecho entre los Estados miembros. Como tal, ha sido utilizado en el ámbito de políticas comunitarias con incidencia en el Derecho privado, tales como agricultura, transportes, libre competencia o política comercial [1]. La aproximación de legislaciones como competencia genérica se ha servido, empero, de la Directiva como

[1] Acerca de la incidencia del Reglamento en el ámbito del Derecho privado *vid.* sobre todo J. Basedow, «EC Regulations in European private Law», *Private Law in the International Arena (from National Conflict Rules towards Harmonization and Unification). Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, 2000, pp. 17-31. También I. Maselis, «Legislative Harmonization and the Integration of Harmonized Legislation into the National Legal Systems, within the European Community», *ERPL*, 1993, pp. 149-150.

cauce fundamental (art. 94 CE), si bien la introducción del art. 100A TCE en el Tratado de Maastricht (actualmente art. 95 CE) y del Título IV CE en el Tratado de Ámsterdam han potenciado el recurso al reglamento como opción legítima para armonizar un buen número de cuestiones, muchas de ellas vinculadas al Derecho privado. De hecho, ante las deficiencias de las Directivas, se ha defendido vehementemente la necesidad de utilizar la fórmula del Reglamento como cauce para la unificación del Derecho privado europeo, en particular si se trata de elaborar un Código sectorial en el ámbito de las obligaciones contractuales [2].

25. «La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios» (art. 249.III CE). Con contadas excepciones, la directiva sigue siendo el cauce utilizado para la armonización jurídica en el ámbito del Derecho privado, pese a que, en muchas de las materias afectadas, la base jurídica del art. 95 CE habría habilitado la fórmula reglamentaria. En contrapartida, en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, la armonización del Derecho internacional privado se está construyendo sobre la base de la forma reglamentaria (art. 65 CE).

La elección de la directiva como cauce de unificación del Derecho privado plantea algunos interrogantes iniciales [3]. Por una parte,

[2] *Vid.* en particular los argumentos en defensa de este planteamiento de J. BASEDOW, «Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid», *ERPL*, 2001, p. 47; Id.: «Un droit commun des contrats pour le marché commun», *RIDC*, 1998-1, pp. 9 y 22-24. *Cf.* otra opinion en U. DROBNIG, «Security Rights in Movables», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 511-524. Una ponderación de las ventajas e inconvenientes del Reglamento, en relación con la Directiva, puede verse asimismo en L. VOGEL, «Die Harmonisierung des europäischen Wirtschaftsrechts: Mythos oder Realität?», *Rabels Z.*, 2001, pp. 596-600.

[3] Para una visión crítica de la Directiva como cauce de armonización del Derecho privado *vid.* P.C. MÜLLER-GRAFF, «EC Directives as a Means of Private Law Unification»,



resulta evidente que la directiva no garantiza la unificación jurídica, en la medida en que no proporciona un conjunto normativo compartido [4]. Los Estados, que es lo mismo que decir «los Derechos nacionales», deben atender a garantizar los objetivos formulados en la directiva, si bien mantienen la libertad de elegir los medios para lograr dichos fines. Una vez que los Estados cumplen con su deber de ejecución, la directiva correctamente transpuesta se convierte en Derecho nacional, y se integra como tal en los Derechos nacionales, con las salvedades que iremos señalando.

Existen, por lo demás, distintas «culturas de transposición». Al transponer una directiva, los *statutes* británicos son mucho más detallistas y precisos en su ámbito, definiciones y desarrollo del contenido propio, que lo suelen ser los sistemas romano-germánicos. Para G. Danemann ello se debe al distinto papel de las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial en ambos sistemas, de suyo más «cooperativo» en el modelo romano-germánico. Por otra parte, el *common law*, aunque pueda parecer paradójico, se encuentra mediatizado por la necesidad de interpretación más literal y menos flexible que en el modelo romano-germánico, cuando se trata de Derecho escrito. Se explica, pues, que la transposición alemana de la Directiva 87/102 (crédito al consumo) haya requerido solo 8 páginas, frente a las 89 del sistema irlandés [5].

*Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 80-82; Id.: «Europäisches...», *loc.cit.*, pp. 22-23; C. JOUSTRA, «Consumer Law», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 141-142; M.J. CAMPANA, «Vers un langage commun en Europe», *ERPL*, 2000, pp. 37-41; M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 132-138; P. DE MIGUEL ASENSIO, «Integración europea y Derecho internacional privado», *RDCE*, 1997/2, p. 418.

[4] Para J. BASEDOW, las Directivas no eliminan el «efecto disuasorio» que la pluralidad jurídica produce en las pequeñas y medianas empresas enfrentadas al comercio transnacional en el mercado interior (*vid.* «Un droit commun...», *loc.cit.*, p. 24).

[5] G. DANNEMANN, «The Drafting of Consumer Credit Legislation. A Structural Comparison Between the EU Directive and the English, Irish and German Acts», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 191-

En segundo lugar, el carácter vinculante de las directivas no deja de presentar un valor relativo, por las insuficiencias manifiestas de los efectos del recurso por incumplimiento meramente declarativo. Esto hace que la unificación del Derecho se dilate ante la falta o demora en la transposición de las Directivas por parte de los Estados miembros [6].

> No debe perderse de vista, además, que el Derecho nacional debe garantizar efectivamente la plena aplicación de la Directiva, de forma que la situación jurídica que resulte de dicha transposición sea suficientemente precisa y clara, permitiendo a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos e invocarlos ante la jurisdicción nacional. Una jurisprudencia nacional, por muy consolidada que se encuentre, no cumple con las exigencias de seguridad jurídica antedichas, por más que interprete el Derecho nacional de forma plenamente conforme con la Directiva en cuestión. Se exige, pues, por principio, una «transposición legal» (*Sent. TJCE de 10 de mayo de 2001, As. C-144/99: «Comisión/Países Bajos»*).

En tercer término, la directiva presenta una eficacia jurídica limitada, al reservar su eventual aplicación directa al ámbito de las relaciones verticales, entre el particular y el Estado. Siendo ésta su eficacia característica, salta a la vista su inadecuación consustancial para garantizar una armonización jurídica en el ámbito del Derecho privado, o, lo que es lo mismo, de las relaciones horizontales o *inter privatos*.

En cuarto lugar, la diversidad jurídica suele estar garantizada si se opta por la directiva como un instrumento jurídico destinado a establecer estándares mínimos de protección o reglamentación. Esta

194. En el mismo sentido, comparando la transposición de la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas) en el reino Unido e Italia, P. NEBBIA, «The Implementation of Directive 93/13 in Italy and in the United Kingdom: a Comparison», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 309-319.

[6] Sobre el principio y las reglas de una correcta transposición *vid.* G. KOHLEGGER, «Die Umsetzung von Gemeinschaftrecht im Zivil-Juztizbereich-eine erste Bilanz», *ZfRV*, 1999/5, pp. 164-166.



tendencia, amparada o no en el principio de subsidiariedad, es particularmente marcada en ámbitos del Derecho privado cuya armonización se justifica en una política específica de protección de o frente a determinados sujetos de Derecho privado (consumidor, trabajador, moroso). Por definición, habilita a los Estados, a la hora de transponer las directivas, a introducir márgenes de protección más elevados a partir del mínimo común, hecho que, en la práctica, arroja como resultado una gran diversidad de niveles de protección y, consecuentemente, de regulaciones.

Finalmente, no puede desdeñarse el inconveniente práctico que suscita la aplicación de las directivas en supuestos de relaciones jurídicas transfronterizas. A diferencia de lo que ocurre con los Reglamentos, las directivas no suelen prever su ámbito de aplicación espacial o introducen criterios de aplicación espaciales que, a su vez, son transpuestos al Derecho nacional con distintos criterios, ora de delimitación unilateral, ora bilateral, conflictual, etc. En la práctica, la combinación del Derecho derivado de las directivas con las normas conflictuales, muchas veces de origen asimismo comunitario, abocan a situaciones de enorme complejidad acerca de la determinación del Derecho nacional de transposición de la Directiva aplicable, y de la incidencia directa de las disposiciones de la propia directiva en supuestos transnacionales.

26. Sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre algunas de las cuestiones mencionadas, conviene relativizar el peso de los argumentos contrarios a las Directivas como forma jurídica del DPC. Por una parte, los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad puede justificar la opción por un instrumento armonizador menos «agresivo» que el reglamento [7]. La armonización del Derecho

[7] Sobre la relación del Reglamento y la Directiva con el principio de subsidiariedad *vid.* M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 97-98 y 133-135; C. ARMBRÜSTER, «Ein Schuldvertragsrecht...». *loc.cit.*, pp. 84-85.

privado constituye una acción vinculada funcionalmente a la garantía del correcto funcionamiento del mercado interior. No es, por tanto, un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar un mercado interior en condiciones óptimas de competencia y de libertad de circulación. La armonización del Derecho privado no sólo debe atender a un test de eficacia (subsidiariedad), sino también de necesidad (proporcionalidad). Por su naturaleza, la directiva trata de establecer los objetivos cuya consecución es necesaria para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, y al dejar libertad a los Estados miembros para articular la respuesta normativa adecuada a tal objetivo, produce un menor daño a los sistemas jurídicos nacionales, que pueden intentar mantener su coherencia interna optando por la fórmula de transposición más adecuada. De esta forma, la armonización resulta más ajustada a los postulados de la subsidiariedad y de la proporcionalidad. En contrapartida, los reglamentos producen una incorporación directa en los ordenamientos nacionales, no sólo de la forma legal sino —y sobre todo— de los contenidos normativos en su estado puro y detallado, produciendo, en ocasiones, distorsiones severas en la coherencia y la propia lógica del Derecho privado nacional. En cierta medida, cabría afirmar que el reglamento, como mecanismo de armonización del Derecho privado, no se compadece con las exigencias del principio de proporcionalidad del art. 5 CE en la misma medida que la Directiva. Ello es así —conviene insistir— sobre todo porque la armonización del Derecho privado no constituye, en sí mismo, el objeto de ninguna competencia o acción comunitaria específicas, sino un medio o instrumento ocasional para garantizar la consecución de libertades y políticas comunitarias que configuran el mercado interior.

27. El argumento anterior a favor de la conveniencia de la directiva como forma jurídica propia del DPC puede contrarrestarse con un razonamiento que, a su vez, desmitifica la relevancia de la distinción entre el reglamento o la directiva, como cauce del DPC: la perversión de la fórmula de la directiva y su paulatina aproximación a los caracteres reales del reglamento. Aunque originariamente



la directiva fuera concebida como un instrumento de verdadero *soft law*, difícilmente se pueden encontrar en la actualidad diferencias morfológicas relevantes respecto del reglamento, como expresión más pura de *hard law*. En efecto, por definición la directiva estaría llamada a contener una formulación de objetivos vinculantes. A los Estados les corresponde no sólo decidir la forma jurídica para conseguir tales fines, sino también los medios. En su contenido o redacción, la directiva debería presentar unos rasgos muy diferentes a los de un reglamento, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. Es dable pensar que su contenido debe ser, de suyo, más preciso y acabado que el de una directiva.

Sin embargo, parece claro que sí cabe una redacción de detalle que conlleve, en una directiva, los contenidos propios de un reglamento [8]. Si se añade a ello la eficacia directa de las disposiciones de las directivas que sean claras precisas e incondicionales, si no se ha procedido a su transposición o se ha llevado a cabo de forma incorrecta, nos encontramos con unos efectos muy similares a los de un reglamento. Semejantes directivas «disfrazadas» no parecen suscitar problemas de índole competencial, cuando las instituciones comunitarias tendrían asimismo la posibilidad de adoptar un reglamento sobre el particular. Tal sería el caso, por ejemplo, de las medidas que cabe adoptar, en el ámbito del Derecho privado, en virtud del art. 95 CE. En contrapartida, plantearía una auténtica duda constitucional en aquellos ámbitos donde existe una reserva de directiva, tal y como ocurre a nuestro juicio, merced al art. 94 CE, en todas aquellas hipótesis de unificación del Derecho privado, particularmente en el ámbito del Derecho de familia, vinculadas a libre circulación de personas. Entonces, una directiva que, por su grado de detalle, encu-

[8] Sobre esta cuestión, *vid.* R. ALONSO GARCÍA, *op.cit.*, pp. 226-230.

briera un auténtico reglamento, vendría a constituir una acción legislativa ilegítima y contraria al Derecho comunitario [9].

Es cierto que el carácter detallado de las directivas nunca ha sido impugnado ante el TJCE. Pero parece claro que, tras el Tratado de Amsterdam, la introducción del principio de proporcionalidad puede variar la solución de esta cuestión [10]. La utilización de una directiva detallada en aquellos supuestos en que únicamente está prevista la utilización de directivas, pero también el recurso a un reglamento cuando cabe adoptar una simple directiva, pueden ser acciones contrarias al principio de proporcionalidad, que impide que ninguna acción de la Comunidad exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado.

Aún así, hoy por hoy sólo tenemos una convicción: las Directivas adoptadas en materia de Derecho privado responden, en realidad, a una reglamentación propia del reglamento, por su carácter detallado y cerrado [11]. En consecuencia, presentan los peores inconvenientes de una y otra formas jurídicas: falta de flexibilidad en

[9] *Vid.* A. FERRANTE, «La natura giuridica della direttiva dettagliata», *Diritto communitario e degli scambi internazionali*, 1979/2, pp. 299-303.

[10] Así lo cree R. ALONSO GARCÍA, *op.cit.*, p. 229.

[11] En palabras de C.E. HAUSCHKA, las directivas van más allá de los «fines», fijando «medios» que muchas veces suponen serias modificaciones legales en los sistemas nacionales. Un ejemplo puede consistir en las propias definiciones utilizadas en las directivas, que pueden ser asumidas, pero difícilmente transpuestas. Cuando tales conceptos no pueden ser aceptados sin reparos en la mentalidad de un determinado sistema jurídico, se plantea el problema de recibir un cuerpo extraño, capaz de desintegrar conceptos ya consolidados, como el de «agente comercial», lo que es especialmente grave si la disposición tiene una aplicación en supuestos puramente internos (*cf.* «Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die europäische Wirtschaftsgemeinschaft», *JZ*, 1990/11, pp. 524-525). *Vid.* asimismo R. CABANAS TREJO, «La unificación europea en materia contractual con especial referencia a las cláusulas abusivas», *La unificación jurídica europea*, Madrid, 1999, p. 167.



su desarrollo, con el consiguiente quebranto de la coherencia de los sistemas jurídicos nacionales, de un lado; de otro, necesidad de transposición a los Derechos nacionales con los riesgos de diversificación y desvirtuación inherentes al proceso.

## 2. MATERIAS AFECTADAS POR EL DPC DERIVADO

### A. Derecho privado *lato sensu* y *stricto sensu*

28. El DPC derivado presenta como característica esencial su enorme heterogeneidad y variedad [12]. No solo afecta a los sectores más variopintos del Derecho privado, sino que se presenta con singular riqueza de bases jurídicas, fuentes o actos normativos. En ocasiones, el Reglamento o Directiva en cuestión tiene por objeto la armonización o unificación de una cuestión de Derecho privado, como puede ser la responsabilidad por productos o el régimen de un determinado contrato de consumo. Con mucha frecuencia, sin embargo, las normas de Derecho privado pueden aparecer ocultas o solapadas en Reglamentos o Directivas cuyo objeto fundamental no es el Derecho privado, sino aspectos de Derecho público o económico (*ad. ex.* igualdad de sexos en las relaciones laborales, establecimiento de

[12] Para un resumen del acervo comunitario actual en material de Derecho privado *vid.* El Anexo I de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (*D.O.C.E.* C 255 de 13 de septiembre de 2001, pp. 13-33). Una colección especialmente útil y completa de los principales textos, en inglés, francés, alemán e italiano, bajo la edición de J. BASEDOW, es: *European Private Law (Sources)*, 2 vols., La Haya, Kluwer, 2000. La exposición sistemática más completa del DPC derivado en su conjunto, con especial referencia a la jurisprudencia del TJCE que lo interpreta, se encuentra tal vez en la obra de I. KLAUER, *op.cit.*, pp. 107-434.

compañías de seguros). Como es obvio, estas últimas disposiciones son más esquivas que las primeras, pero configuran con igual fuerza y valor el DPC.

29. No es menester insistir acerca de la extrema dificultad de convenir el sentido del término «privado», que caracteriza al DPC, cuestión que ya hemos tratado en el apartado anterior. En cierto sentido, las dificultades de precisión podrían evitarse, más que salvarse, haciendo referencia a un Derecho privado *stricto sensu*, frente a un Derecho privado *lato sensu*, locución esta última queque permitiría incluir aquello que definíamos más propiamente como «Derecho económico». Aún teniendo presente esta precisión, resulta nuevamente aleatoria y discutible una clasificación sectorial del DPC. Siquiera sea de forma instrumental, hemos procedido a una clasificación más bien convencional y tradicional, en la creencia que por muy cuestionable que pueda ser, tal vez no tengamos a mano ninguna mejor [13].

[13] Pueden confrontarse distintas relaciones, algunas más exhaustivas, de textos, y clasificaciones por materias del DPC derivado en: M.P. GARCÍA RUBIO, «Presente y futuro del Derecho privado en el proceso de integración europea», *XVI Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 243-251; S. LEIBLE, *op.cit.*, §5.B; P.C. MÜLLER-GRAFF, «Europäisches...», *loc.cit.*, pp. 13-16; Id.: «EC Directives...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 75-76. Id.: «Common Private Law in the European Community», *The common law of Europe and the future of legal education* (ed. B. de Witte y C. Forder), La Haya, 1992, pp. 243-248; Id.: «Diritto privato...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 23-27; Id.: «Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 26-46 y 84-100; P. ULMER, «Von deutschen zum europäsichen Privatrecht?», *JZ*, 1992, pp. 3-4; F. WERRO, «Towards Denationalization of Private Law in Europe», *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, 1998, pp. 25-25.



## B. Obligaciones contractuales

30. El ámbito de las obligaciones y, especialmente, el sector de las obligaciones contractuales constituye el capital principal del DPC [14]. Este capital se construye inicialmente sobre la base de la protección del consumidor, y las Directivas referidas a distintos tipos de contratos de consumo [15]. Sobre esta base, el prisma se ha ido ampliando y la incidencia que la adaptación iba produciendo en el Derecho contractual de los Estados miembros, produciendo rupturas y contradicciones [16], ha sido la causa fundamental de las propuestas que proponen avanzar hacia un Código Civil europeo o, al menos, hacia un Código de las obligaciones, capaz de suministrar los principios de un verdadero sistema jurídico [17].

[14] Una exposición muy completa del DPC en materia de obligaciones contractuales puede consultarse en C. QUIGLEY, *Droit communautaire des contrats (l'effet du droit communautaire sur les obligations contractuelles)*, Bruselas, 1998.

[15] Que para algunos autores cuenta con la transparencia como valor último de todo el sistema de DPC de los contratos de consumo (G. MARCATAJO, «Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella política comunitaria di *Consumer Protection:* la risposta della normativa sulle clausole abusive», *Europa e diritto privato*, 2000, pp. 752-803). Una crítica al principio de expectativas legítimas como base del DPC del consumo puede verse en W.H. ROTH, «Berechtige Verbrauchererwartungen im europäischen Gemeinschaftsrecht», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 45-62.

[16] Se trata de un Derecho autónomo y novedoso en muchos puntos [*vid.* G. CHINÈ, «Il diritto comunitario dei contratti», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. I, Turín, 2000, pp. 607-667].

[17] Debe retenerse la tesis de S. GRUNDMANN, según la cual es lógico que el Derecho contractual europeo se construya sobre la base de los sectores intervenidos por normas imperativas (Derecho del consumo), en el sentido del art. 7 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, toda vez

31. El DPC relativo a la contratación se cobra carta de naturaleza en el ámbito de los contratos de consumo, a través de las siguientes directivas:

— Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles (contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles).

— Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (crédito al consumo).

— Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (viajes combinados).

— Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (cláusulas abusivas).

— Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (*timesharing*).

— Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (contratos a distancia).

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

Las Directivas sobre contratos de consumo presentan cierta heterogeneidad, a pesar de presentan algunos rasgos compartidos, inspirados en la común intención de proteger al consumidor. Suelen partir de un concepto de consumidor que se refiere a la persona física que contrata para un uso que cabe considerar ajeno a su actividad profesional, y contener normas de protección del consumidor relativas a la información que debe recibir del comerciante y, en particular, acerca de su derecho de renuncia al contrato. En algunos casos se detallan normas sobre la validez formal del contrato, contenido, ejecución, rescisión, cesión y derechos frente a terceros. Por su naturaleza, se trata de Directivas de mínimos, que admiten en todo una normativa nacional más tuitiva de los derechos del consumidor.

que la normativa dispositiva, típica del Derecho privado, la incidencia del principio de autonomía de la voluntad contraindicaría la armonización (*vid.* «The Structure of European Contract Law», *ERPL*, 2001/4, pp. 505-528).



Entre todas las Directivas sobre contratos de consumo destaca de forma especial, por su alcance general y por su propia finalidad, la Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas) [18]. Por una parte, se trata de una de las normativas comunitarias que mayor incidencia ha desplegado en el Derecho privado de los Estados miembros. En segundo lugar, ha suscitado serios problemas interpretativos, debido a conceptos generales tales como «buena fe» o «negociación individual», y a la remisión efectuada a los derechos nacionales para precisar las consecuencias concretas de la falta de vinculación del consumidor en virtud de una cláusula abusiva. Por último, presenta la singularidad de incorporar un anexo ejemplificativo de cláusulas abusivas.

32. Dentro del Derecho derivado que se refiere a contratos comerciales específicos, se encuentra, en primer término, la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (agencia comercial).

[18] Sobre sus méritos, problemas, contradicciones, esencial papel dentro del DPC y la suerte de su transposición a los sistemas nacionales, no traumática a su entender, *vid.* M. TENREIRO y J. KARSTEN, «Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, Contradictions and Novelties of a Directive», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 223-276.

La Directiva trata de favorecer la prestación de servicios de los agentes comerciales independientes, básicamente a través de un diseño de normas de protección contractual del agente, circunscrita a la distribución de mercancías. La Directiva regula el contenido general del contrato de agencia, y con especial detalle las normas sobre remuneración del agente y sus derechos económicos tras la terminación del contrato. La forma del contrato se encuentra igualmente regulada en la Directiva, así como su extinción.

33. Los contratos de transporte resultan particularmente afectados por el Derecho derivado comunitario, habida cuenta de la importancia estratégica del sector para el mercado interior, que justifica una política especial y un régimen diferencial de este sector enmarcado en las actividades de servicios. Prescindiendo de la normativa referida estrictamente al régimen de establecimiento y prestación de servicios y al acceso al mercado del transporte, las principales normas con repercusión directa, aunque tangencial, en la formación, el contenido o la ejecución del contrato de transporte son las siguientes:

— Reglamento núm. 11 relativo a la supresión de discriminaciones en materia de precios y condiciones de transporte, en aplicación del apartado 3 del artículo 79 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

— Reglamento CEE núm. 4055/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros.

— Reglamento CEE núm. 295/91 del Consejo, de 4 de febrero de 1991, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular.

— Reglamento CEE núm. 684/92 del Consejo, de 16 de marzo de 1992, por el que se establecen normas comunes para los transportes internacionales de viajeros efectuados con autocares y autobuses.

— Reglamento CEE núm. 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo).

— Directiva 92/106/CEE del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes combinados de mercancías entre Estados miembros.



— Directiva 94/55/CE del Consejo, de 21 de noviembre de 1994, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros con respecto al transporte de mercancías peligrosas por carretera. Modificada por Directiva 2000/91/CE, de 10 de octubre de 2000.

— Directiva 96/46/CE del Consejo de 23 de julio de 1996 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril. Modificada por Directiva 2000/62/CE, de 10 de octubre de 2000.

— Directiva 96/49/CE del Consejo de 23 de julio de 1996 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril.

— Reglamento CE núm. 2027 del Consejo de 9 de octubre de 1997 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

— Decisión del Consejo de 5 de abril de 2001 sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Convenio de Montreal).

34. Desde el punto de vista de las cuestiones de Derecho aplicable o Derecho internacional privado, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales debe considerarse, funcionalmente, como un instrumento comunitario de primordial importancia, cuya conversión en Derecho institucional es cuestión de poco tiempo.

35. Dentro de los epígrafes reservados al Derecho laboral y a las Instituciones de Derecho mercantil se señalan, asimismo, algunos textos susceptibles de afectar directa o indirectamente al régimen de las obligaciones contractuales. Por otra parte, no debe perderse de vista que el régimen de la contratación pública es objeto asimismo de una intensa reglamentación comunitaria a través de diversas directivas:

— Directiva 86/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras, modificada por la Directiva 92/50/CEE.

— Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

— Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

36. Indudablemente, el sector de las obligaciones contractuales no sólo constituye el sector del DCP más desarrollado desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo. La unificación del Derecho de los contratos está en el centro de la discusión sobre la unificación del Derecho privado en Europa [19]. Concretamente la elaboración de los «Principios de Derecho Contractual Europeo» [20] por la «Comisión Lando» supone un referente esencial en la polémica sobre las vías para la unificación del Derecho privado europeo, que abordaremos con detalle en la segunda parte de este estudio. Otro hito importante es la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, de 13 de septiembre de 2001, y las decenas de opiniones remitidas a la Comisión por gobiernos, operadores económicos, asociaciones de consumidores, abogados, prácticos y académicos.

## C. Responsabilidad extracontractual

37. La Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (responsabilidad por productos) contiene la única reglamentación comunitaria que, de forma directa, aborda el sector del Derecho de daños o

[19] *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (*D.O.C.E.* C 255 de 13 de septiembre de 2001, pp. 1-44).

[20] *Vid. Principles of European Contract Law*, Parts. I and II, (ed. O. Lando y H. Beale), La Haya, Kluwer, 2000.



responsabilidad civil extracontractual [21]. La protección del consumidor es, nuevamente, la base de una Directiva que afecta a un sector crucial del mercado, desde el doble punto de vista jurídico y económico. La directiva consagra un principio de responsabilidad objetiva y su interpretación y desarrollo judicial resultan particularmente complejos, por la trascendencia de los conceptos generales que incorpora, tales como «producto», «daño», «defecto», y la dificultad de puesta en práctica de algunas de sus prescripciones, en particular las referidas a la exoneración de responsabilidad.

38. También debe incluirse en este sector la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respeta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Si bien la finalidad de la Directiva es establecer un marco de garantías del derecho fundamental a la intimidad en el tratamiento de datos personales, se trata, en la práctica de un sector específico de la responsabilidad no contractual, que genera una serie de recursos judiciales, responsabilidad y sanciones (arts. 22-24). La Directiva tiene interés, especialmente, por cuanto establece una tipificación comunitaria muy detallada de los supuestos de tratamiento ilícito de datos que dan lugar a la correspondiente responsabilidad. En cambio, la Directiva se muestra mucho más flexible a la hora de que los

[21] Un panorama de la reglamentación vigente y en perspectiva con incidencia tanto directa como más indirecta puede verse en F. TORIELLO, «La normativa comunitaria nel settore della responsabilità civile», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. I, Turín, 2000, pp. 731-786; C. SCONAMIGLIO, «Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato», *Europa e diritto privato*, 2000/2, pp 333-356. Sobre la adaptación del Derecho español a la Directiva 374/85, *vid.* E. SERNA MEROÑO, «Responsabilità del fabricante per i prodotti difettosi: adeguamento del diritto spagnolo alla Direttiva comunitaria», *Diritto privato comunitario (fonti, principi, obbligazioni e contratti)*, Nápoles, 1997, pp. 205-221.

ordenamientos nacionales determinen el tipo de recursos, la caracterización jurídica de la responsabilidad y el alcance de las sanciones [22].

39. Por último, dados los problemas a que puede dar lugar su calificación, debe retenerse el Reglamento CE núm. 2027/97 del Consejo de 9 de octubre de 1997 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

## D. Derechos reales

40. En el ámbito de los derechos reales, la incidencia del Derecho derivado comunitario es puramente tangencial [23]. No cabe duda de que en aquellos sistemas jurídicos que conciben el *timesharing* o multipropiedad como un derecho real presenta una incidencia directa la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (*timesharing*), si bien la propia Directiva no prejuzga la naturaleza real o contractual de los derechos involucrados, ciñéndose espacialmente en la protección contractual del consumidor.

Un segundo sector afectado es la propiedad de bienes culturales. Se trata de un sector muy singular, donde precisamente existe

[22] Téngase en cuenta, asimismo, el Reglamento (CE) núm. 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

[23] Independientemente de que existan buenos ejemplos de cómo las reglas de protección del mercado son susceptibles de afectar al derecho de propiedad (*vid.* J.A. Usher, «Community Law and Private Law. A View from the United Kingdom», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 241-266).



una limitación a la libre circulación de mercancías derivada del interés comunitario en evitar la exportación ilegal de obras de arte. A semejante finalidad atiende el Reglamento CEE núm. 1391/92, del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales y, en especial, la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio (bienes culturales). La Directiva básicamente establece un procedimiento de restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, establecimiento normas concretas sobre prescripción de acciones, oponibilidad de la propiedad o indemnización de los adquirentes de buena fe.

Finalmente, debe reseñarse la incidencia de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, al contemplar una armonización «blanda», mediatizada por las normas de Derecho internacional privado, de un derecho real de garantía como la reserva de dominio (art. 4).

## E. Derecho procesal

41. La incidencia del Derecho comunitario derivado en el Derecho procesal aparece esencialmente vinculada a la protección del consumidor y del trabajador [24]. La Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores articula mecanismos estrictamente procesales para prote-

[24] *Vid.* la panorámica general de A. Tizzano y S. Fortunato, «La tutela dei diritti», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. II, 2000, pp. 1.271-1.329.

ger los intereses colectivos de los consumidores, que presenten una vinculación con los derechos reconocidos en las Directivas «sustantivas», relativas tanto a los contratos de consumidores, como a la publicidad y al comercio electrónico[25]. A tal fin, establece las orientaciones pertinentes relativas a este tipo de acciones y referidas a la competencia del órgano jurisdiccional, legitimación de las entidades habilitadas, desarrollo del procedimiento y sanciones[26]. Con un alcance general, aunque particularmente orientada al ámbito de la relaciones laborales, la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo presenta un contenido eminentemente procesal.

Existen, sin embargo, algunas Directivas que contienen implicaciones procesales, en la medida en que requieren el establecimiento de recursos o procedimientos especiales por parte de los Derechos procesales nacionales, o, simplemente, la articulación de determinados cauces procesales.

[25] Supone un complemento esencial al DPC del consumo (*vid.* D. Hoffmann, «Actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (Dir. 98/27/CE de 19/5/98)», *ERPL*, 2000, pp. 147-154; C. VERARDI, «L'acceso alla giutizi e la tutela colletiva dei consumatori», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. II, 2000, pp. 1.331-1.369).

[26] La Directiva ya ha provocado en España un ambicioso Proyecto de Ley que conlleva modificaciones importantes, entre otras, de la LEC 1/2000, de 7 de enero (*BOCG*, núm. 56-1, 16 de noviembre de 2001). La Unión Europea también orienta sus acciones hacia los mecanismos extrajudiciales de solución de controversias: Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo; Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo; Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.



A título meramente ejemplificativo, la Directiva 2000/35 (morosidad) exige que en el caso de deudas no contestadas, cualquiera que sea su importe, se pueda obtener un título ejecutivo, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el Tribunal u otra autoridad competente (art. 5); el art. 6 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios contiene una norma especial de competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo; el art. 2 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación delas legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, prevé que «los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que todo trabajador que se considere perjudicado por la no aplicación del principio de igualdad de retribución, pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras instancias competentes».

42. Sin duda, el Derecho comunitario derivado presenta mayor alcance en el marco del Derecho procesal civil internacional. Así lo atestiguan el Reglamento núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia; Reglamento núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes; Reglamento núm. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil; Reglamento núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Reglamento núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil. Se trata, sin embargo, de textos adoptados en virtud del Título IV del TCE en el marco de la cooperación judicial en materia civil, que tienen por objeto el tratamiento de situaciones

específicamente transfronterizas, heredando en parte el régimen convencional de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988, y un conjunto de materias integradas en el tercer pilar antes de la reforma de Amsterdam. En este sentido, se trata de iniciativas legislativas enmarcadas en el ámbito del Derecho internacional privado europeo, cuya consideración y papel en el marco global de un Derecho privado europeo merece un tratamiento autónomo.

43. Las reformas introducidas en el Tratado de Amsterdam implican un nuevo cauce específico para la unificación del Derecho procesal civil. Dentro del Título IV, las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil incluyen «eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros» (art. 65 c).

## F. Derecho laboral

44. Dentro del Derecho del Trabajo, existen un buen tramado de disposiciones comunitarias que afectan, con carácter general, a la Política Social y a la Seguridad Social. Partiendo de un concepto razonable de «Derecho privado» se trata de incluir, de forma contenida, las disposiciones comunitarias que afectan de forma neta a la relación contractual laboral, el acceso al empleo, las condiciones de trabajo y el desarrollo de dicha relación [27]. Desde este punto de vista, un primer grupo de Directivas que afectan al contrato laboral encuentran su fundamento en el principio de igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos:

[27] Para una completa visión del DPC en materia laboral *vid.* S. WETH y C. KERWER, «Der Einfluss des europäsichen Rechts auf das nationale Arbeitsrecht», *JuS*, 2000/5, pp. 425-431; D. KRIMPHORE, *Europäische Arbeitsrecht*, 2.ª ed., Munich, 2001; T. REVET, «Un droit européen du travail», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, 1998, pp. 108-121. Un breve repaso de las directivas existents se encuentra en R. FOGLIA, «Le Direttive comunitarie in materia di lavoro», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. II, 2000, pp. 859-918. Frente a otras materias, dentro del DPC el Derecho laboral se encontraría en estado embrionario a juicio de R. BIRK («Elemente eines gemeinschaftsrechts der Arbeitbeziehungen», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 385-401).



— Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación delas legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

— Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

— Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.

— Directiva 2000/76/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación.

45. Un segundo bloque de disposiciones encuentran su causa en las libertades que constituyen el mercado interior, concretamente las dos libertades referidas a la libre circulación de personas: la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios. La libre circulación de trabajadores encuentra su desarrollo básico en el Reglamento CEE núm. 1612/1968, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. El Reglamento contiene normas imperativas relativas al acceso al

empleo y las condiciones de igualdad en las condiciones laborales que afectan de forma directa a la contratación laboral. Se trata, sin embargo, de un sistema de principios fundamentales, más que de normas, que se enmarcan dentro de la «Constitución Económica Europea».

A caballo entre ambas libertades, el régimen de la prestación laboral transfronteriza se encuentra mediatizado por la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Esta Directiva garantiza unos contenidos mínimos de la prestación laboral temporal u ocasional conforme a la legislación del Estado donde se efectúa dicha prestación, frente al régimen laboral previsto en la ley de origen.

46. Las condiciones de contratación laboral y acceso al empleo están afectadas, asimismo, no sólo por las normas comunitarias relativas al régimen de extranjería, sino también por el Derecho derivado relativo a la protección de derechos fundamentales. Es el caso, por ejemplo, de la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que contiene disposiciones específicas al respecto (art. 3) [28].

47. Finalmente, existen algunos desarrollos comunitarios vinculados a la Política social, que afectan de forma directa al contenido del contrato laboral. Así, la protección de la seguridad y salud de los trabajadores y la mejora de sus condiciones de vida y trabajo es la base, entre otras, de las siguientes Directivas:

— Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

— Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

— Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral.

— Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, modificada por Directiva 2000/104/CE, de 22 de junio de 2000.

— Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

— Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

— Directiva 99/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ACSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea.

— Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

[28] *Vid.* Asimismo la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo



## G. Instituciones de Derecho mercantil

### a) *Libre competencia y competencia desleal*

48. El art. 81 TCE (antiguo art. 85) es una de las pocas disposiciones del Derecho comunitario originario con incidencia directa en el Derecho privado, tal y como señalábamos en el capítulo anterior. Se trata de la prohibición y declaración de nulidad de los acuerdos, contratos y prácticas colusorias que falsean o restringen la libre competencia. El propio precepto prevé, bajo ciertas condiciones, la posibilidad de establecer exenciones a determinados acuerdos o prác-

ticas concertadas, en razón de su utilidad para mejorar la producción o distribución de productos o para fomentar el progreso técnico o económico. En desarrollo de esta posibilidad, los denominados «reglamentos de exención por categorías» resultan imprescindibles para determinar la validez de contratos y acuerdos en principio susceptibles de resultar afectados por las normas de protección de la libre competencia. En tales reglamentos se fija con detalle el alcance y la gestión de la exención y, en particular, las cláusulas contractuales que están permitidas, prohibidas o condicionadas, en sectores tales como los seguros, los transportes, la transferencia de tecnología, la franquicia o la concesión mercantil. En concreto, el desarrollo del art. 81 del TCE se vincula esencialmente a los siguientes textos:

— Reglamento (CEE) núm. 1017/68 del Consejo, de 19 de junio de 1968, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.

— Reglamento (CEE) núm. 417/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización.

— Reglamento (CEE) núm. 418/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo.

— Reglamento (CEE) núm. 4056/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos.

— Reglamento (CEE) núm. 3975 del Consejo de 14 de diciembre de 1987 por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo.

— Reglamento (CEE) núm. 3976/87 del Consejo de 14 de diciembre de 1987 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo.

— Reglamento (CEE) núm. 1534/91 del Consejo, de 31 de mayo de 1991, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros.

— Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión de 28 de junio de 1995 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles.

— Reglamento (CEE) núm. 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

— Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

— Reglamento (CEE) núm. 823/2000 de la Comisión, de 19 de abril de 2000, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea (consorcios).



49. En el ámbito de la libre competencia, deben señalarse asimismo algunos textos de Derecho derivado dirigidos a combatir el abuso de posición dominante: Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas.

50. En el ámbito de la competencia desleal, la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (publicidad engañosa) persigue la doble finalidad de protección genérica del consumidor, independientemente de la celebración de un contrato, y de la protección de la competencia leal en el marco comunitario, frente a las prácticas de publicidad engañosa. Se enmarca, pues, en el régimen propio del Derecho de la «competencia desleal». Se trata de una Directiva de «mínimos» que implica asimismo consecuencias en el ámbito del Derecho procesal y de la competencia de los órganos jurisdiccionales y administrativos de los Estados miembros y cuya finalidad más inmediata consiste en prohibir, detener y rectificar los casos de publicidad engañosa.

Otros textos del Derecho derivado se destinan a combatir prácticas diversas que atentan contra la lealtad del mercado, pudiendo repercutir en acciones institucional que afectan a la ejecución de los contratos, en particular al estableci-

miento y fijación de precios. Así, cabe citar el Reglamento (CEE) núm. 4057/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativo a las prácticas de tarifas desleales en los transportes marítimos o el Reglamento (CEE) núm. 2409/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos.

b) *Comercio electrónico*

51. La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (comercio electrónico) es un texto de aproximación de legislaciones vinculado a la libre prestación de servicios. Como tal, incorpora reglas esenciales desde la perspectiva del derecho de establecimiento de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (autorización e información), que se enmarcan mejor en el concepto de Derecho económico, de naturaleza pública. Una caracterización muy similar merecen las reglas que regulan el régimen de las comunicaciones comerciales. No obstante, la directiva afecta asimismo, de forma directa, a varios sectores del Derecho privado: en primer lugar, contiene reglas relativas a la contratación por vía electrónica que inciden de forma directa en cuestiones esenciales de forma, perfección, validez y contenido del contrato. En segundo término, se contienen normas relativas al alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información en relación con el almacenamiento supervisión y tratamiento de datos. Finalmente, la Directiva incluye algunas disposiciones de alcance procesal, referidas tanto a la solución judicial como arbitral de controversias.

En relación con la forma y perfección del contrato presenta una evidente trascendencia la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.



c) *Medios de pago*

52. La Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (morosidad) persigue combatir la morosidad en el pago de contratos mercantiles entre empresas y entre empresas y entes públicos. La Directiva establece, en particular, un sistema de cómputo de devengo de intereses en caso de impago y de fijación de tipos de intereses de demora (art. 3). Pero contiene asimismo disposiciones que afectan a las garantías reales en caso de impago (reserva de dominio: art. 4) y a la tutela judicial a través de la obtención rápida de un título ejecutivo en los casos de demandas o litigios sin oposición sobre la deuda (art. 5).

53. La Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas afecta asimismo al régimen de los pagos internacionales en el seno de la Unión Europea, que se efectúen a través de transferencias electrónicas. La Directiva contiene una reglamentación del contenido de la operación: información al cliente, comisiones, gastos, ejecución.

54. Otros textos de Derecho derivado que afectan al pago son: Directiva 98/26/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y liquidación de valores.

d) *Derecho bancario*

55. El Derecho comunitario bancario presenta una primera conexión con la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. En este ámbito, el Derecho comunitario afecta, básicamente, al Derecho económico, a saber, las condiciones de establecimiento y autorización de entidades de crédito y las estructuras básicas del

mercado bancario, aspectos contables y financieros. Sin embargo, tales normas tiene una incidencia directa en ámbitos tales como la constitución y representación de sociedades destinadas a esta actividad comercial. Dentro de este sector podrían citarse las siguientes Directivas:

— Directiva 89/117/CEE del Consejo de 13 de febrero de 1989 relativa a las obligaciones en materia de publicidad de los documentos contables de las sucursales, establecidas en un Estado miembro, de entidades de crédito y de entidades financieras con sede social fuera de dicho Estado miembro.

— Directiva 93/6/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

— Directiva 96/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 89/647/CEE en lo que se refiere al reconocimiento por las autoridades competentes de la compensación contractual (coeficientes de solvencia de las entidades de crédito) [29].

— Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio modificada por la Directiva 2000/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000.

— Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de septiembre de 2000 sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades.

56. El Derecho bancario presenta, además, una segunda vinculación con otra libertad comunitaria: la libre circulación de capitales. De ahí la influencia de las Directivas específicas sobre liberalización del mercado de capitales. Otras presentan una vinculación mixta, tanto con la libre circulación de capitales como con la libre prestación de servicios. En muchos casos, aunque se refieran a cuestiones de política económica o de Derecho económico las disposiciones de estas Directivas pueden repercutir en cuestiones de Derecho privado, tales como los requisitos de celebración de un contrato de apertura de cuenta corriente, o el alcance del deber de confidencialidad de las entidades de crédito. Puede señalarse a este respecto la Directiva 91/398/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

[29] La Comisión incluye esta directiva dentro del acervo comunitario en materia de Derecho privado: Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (*D.O.C.E.* C 255 de 13 de septiembre de 2001, p. 24).



### e) *Seguros*

57. Las Directivas comunitarias en materia de seguros atienden principalmente a aspectos de Derecho económico, en concreto, al régimen de establecimiento y libre prestación de servicios de las compañías de seguros. En el ámbito de los seguros distintos al seguro de vida, la tercera Directiva 92/49/CE del Consejo, de 18 de junio de 1992, que modifica a las dos anteriores (73/239/CEE y 88/357/CEE) contiene, no obstante, algunas disposiciones aisladas que pretenden proteger al asegurado y afectan de forma directa al contenido del contrato, imponiendo a la compañía aseguradora determinadas informaciones que debe suministrar al asegurado en el momento de contratar, así como ciertos requisitos formales de la póliza de seguros [30]. A ellas se añaden las disposiciones de la Directiva sobre normas de conflicto de leyes o Derecho internacional privado.

Del mismo modo, la Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, o tercera directiva «seguros de vida», que

[30] Acerca de la necesidad de unificar el Derecho material europeo en materia de contratos de seguro *vid.* F. REICHERT-FACILIDES, «Europäisches Versicherungsvertragsrecht», *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburstag*, J.C.B. Mohr, 1998, pp. 119-134.

modifica las dos anteriores, 79/267/CEE y 90/619/CEE, contiene algunas disposiciones que afectan al régimen de los contratos de seguro en este sector, distinguiendo según se trate de contratos celebrados o no a iniciativa del asegurado. La protección es superior cuando la iniciativa contractual parte de la compañía se seguros y se materializa en un mayor deber de información y garantías del consumidor.

En el ámbito del coaseguro y reaseguro, sin embargo, los efectos de la Directiva 64/225/CEE del Consejo de 25 de febrero de 1964 relativa a la supresión en materia de reaseguro y retrocesión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios y la Directiva 78/473/CEE del Consejo, de 30 de mayo de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de coaseguro comunitario se agotan en el diseño de normas de puro Derecho económico relativas al establecimiento o a la prestación de servicios (coaseguro y reaseguro).

58. Un segundo bloque de Directivas afectan de forma directa a determinados contratos de seguros. Se trata de los contratos de seguro de defensa jurídica y seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles:

— Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad.

— Segunda Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles.

— Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre seguro de responsabilidad civil derivada de circulación de vehículos automóviles.

— Directiva 87/334/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica.



— Cuarta Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de mayo de 2000 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles.

En estas directivas se incluyen normas y principios que afectan de forma directa a la forma (obligación de que el seguro de defensa jurídica conste en pieza separada en la Directiva 87/334), al contenido del contrato (daños cubiertos, indemnizaciones mínimas, ineficacia de cláusulas de exoneración de responsabilidad), al Derecho internacional privado (*ad. ex.* ley aplicable al alcance de la cobertura en el art. 2 de la Directiva 90/232), o al Derecho procesal (derecho de acción directa según el art. 3 de la Directiva 2000/26; solución extrajudicial de conflictos de intereses a tenor del art. 6 de la Directiva 87/334).

Otras Directivas relevantes para distintos aspectos del Derecho de sociedades aplicado a las compañías de seguros son la Directiva 91/674/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1991, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros, y la Directiva 95/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 1995 presentan asimismo relevancia en relación con ciertos aspectos relativos al Derecho de sociedades aplicado a las compañías de seguros, como por ejemplo, la exigencia de coincidencia entre sede social y sede real (art. 3 de la Directiva 95/26).

### f) *Derecho bursátil*

59. De forma similar al sector bancario y de seguros, el Derecho bursátil comunitario es, ante todo, Derecho económico relativo a la organización estructural del mercado bursátil.

Por una parte, se regulan las condiciones de protección del mercado mediante el régimen de admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en bolsa (Directiva 80/390/CEE del Consejo, de 17 de marzo de 1980, sobre la coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión del prospecto que se publica-

rá para la admisión de valores mobiliarios a la cotización oficial en una bolsa de valores y Directiva 89/298/CEE del Consejo, de 17 de abril de 1989, por la que se coordinan las condiciones de elaboración, control y difusión del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública de valores negociables). En segundo lugar, se establece el régimen de establecimiento y prestación de servicios de los intermediarios del mercado de valores [Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables y Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OIVCM), ambas modificada por la Directiva 95/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 1995; Directiva 93/6/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito]. Se contempla asimismo la armonización de los sistemas de compensación (Directiva 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de marzo de 1997 relativa a los sistemas de indemnización de los inversores).

Sin perjuicio de su incidencia en el régimen de establecimiento y servicios y, en algún aspecto, en el Derecho de sociedades (condiciones de constitución) las directivas citadas tienen escasa repercusión en el Derecho privado *stricto sensu*. Como límite o prohibición de efectuar determinadas contrataciones de valores, debe tenerse en cuenta la Directiva 89/592/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, sobre coordinación de normativas relativas a las operaciones con información privilegiada, si bien se centra en el alcance de las prohibiciones más que en sus efectos sobre el contrato.

### g) *Propiedad industrial e intelectual*

60. La protección de los derechos de propiedad industrial y del derecho de autor constituye un apartado clave para el buen funcionamiento del mercado interior. Los contratos sobre derechos de propiedad intelectual no han sido objeto de armonización general, pero sí la determinación, concesión y administración de derechos o licencias, contenido y alcance de los derechos, así como su gestión co-



lectiva. Las Directivas adoptadas en el ámbito de la protección de los derechos de autor son las siguientes [31]:

— Directiva 87/54/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores.

— Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

— Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

— Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

— Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

— Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

— Directiva 2001/29/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

— Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001 relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

61. La propiedad industrial ha seguido vías muy distintas de tratamiento jurídico [32]. Por una parte, se encuentran las Directivas que

[31] *Vid.* R. FOGLIA, «La proprietà intellettuale», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. II, 2000, pp. 1.066-1.092.

[32] Se trata, por otra parte, de un sector del ordenamiento jurídico íntimamente vinculado al Derecho de la competencia. *Vid.* H. ULRICH, «Die gemeinschaftsrechtliche Gestaltung des Wettbewerbsrechts und des Rechts des geistigen Eigentums — eine Skizze», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 403-456.

tratan de armonizar los Derechos nacionales relativos al régimen de marcas y otros Derechos de propiedad industrial, incidiendo en los supuestos de registro y nulidad, derechos conferidos, uso, caducidad, etc. Entre los textos más relevantes destacan [33]:

— Primera Directiva 89/194/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

— Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

— Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1998 sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos.

Al margen de la acción armonizadora, se ha buscado asimismo la creación de derechos transnacionales, cuya autorización contenido y efectos se extiendan a todo el territorio comunitario. Es el caso del Acuerdo 89/695/CE sobre patentes comunitarias, celebrado en Luxemburgo el 15 de diciembre de 1989, del Reglamento (CE) núm. 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, y del Reglamento (CE) núm. 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales. Se trata, pues, de una alternativa distinta a la armonización: la generación de unas instituciones jurídicas propiamente europeas que no eliminan los Derechos nacionales, sino que conviven con ellos, creando realidades propiamente intracomunitarias que se superponen a las instituciones nacionales. Es, en este sentido un Derecho privado transnacional, auténticamente europeo.

[33] *Vid.* P. IANNANTUONO, «La proprietè industriale», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. II, 2000, pp. 1.093-1-146.



### h) *Sociedades*

62. El Derecho comunitario de sociedades presenta una vinculación estrecha con la libre prestación de servicios. La acción de la Comunidad Europea en este ámbito ha sido, de un lado, una acción de armonización, plasmada en diversas directivas [34]. Buena parte de su contenido aparece referido a aspectos de Derecho económico: contabilidad, auditoría contable y fiscalidad. Otro sector de disposiciones tiene una incidencia más directa en la vida interna de la sociedad: constitución, fusión y escisión de sociedades. En este apartado, el DPC afecta a los requisitos de publicidad y registro de sociedades y sucursales, contenido de los estatutos, requisitos financieros, afectando a cuestiones de puro Derecho privado, tales como las condiciones de nulidad de la constitución de sociedades, puestas de manifiesto en la *Sentencia «Marleasing»*. Pero el Derecho comunitario de sociedades regula también las relaciones de la sociedades con terceros, en especial sus obligaciones, responsabilidad por actos previos a la constitución o declaración de nulidad, etc [35].

— Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros.

[34] *Vid.* D. CORAPI y B. DE DONNO, «Le società», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. II, 2000, pp. 1.027-1.063. Sobre la evolución y perspectivas para un futuro próximo *vid.* P. HOMMELHOFF, «Konturen eines gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensrecht», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 361-384.

[35] Para un planteamiento global del DPC en materia de sociedades *vid.* V. NEßLER, «Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung — Stand und Perspektiven des europäischen Gesellchaftsrecht», *ZfRV*, 2000/1, pp. 1-8.

— Segunda Directiva 71/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

— Tercera Directiva 78/885/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado relativa a las fusiones de las sociedades.

— Cuarta Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad.

— Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 2 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades.

— Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas.

— Octava Directiva 84/253/CEE del Consejo de 10 de abril de 1984, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del tratado CEE, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables.

— Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado.

— Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades de responsabilidad limitada de socio único.

— Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de servicios y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

— Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes.

Una segunda acción ha consistido en la creación de fórmulas societarias específicamente europeas, de alcance y régimen jurídico transnacional. A este objetivo responden el Reglamento (CEE) núm. 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE) y el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que ese aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), completado por la Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.



### i) *Otros sectores*

63. Algunas de las Directivas ya señaladas en otros ámbitos (consumidores, agencia comercial, responsabilidad por productos, etc.) afectan de igual modo de forma directa a la contratación mercantil o a las estructuras y funcionamiento del mercado.

## 3. Las directivas como cauce del DPC y sus problemas

### A. Directivas y «armonización mínima»

64. Variados son los problemas que derivan de la consideración de las directivas como reglamentaciones que establecen «estándares mínimos» de protección, habilitando que los Estados miembros puedan adoptar normas más estrictas. Semejante habilitación es expresa en muchas directivas. Sin embargo, se admite que la posibilidad de establecer normas más estrictas que las Directivas puede resultar implícita, al menos en todas aquellas directivas que tienen por finalidad la protección de un determinado operador jurídico (consumidor, trabajador, acreedor, socio, agente, etc.). Un Derecho nacional más estricto únicamente estaría contraindicado en aquellos casos en que existiese en la directiva una prohibición expresa, o la disposición nacional más estricta impidiese el efecto útil o la consecución de uno de los fines de la Directiva, o supusiera una restricción contraria a

las libertades comunitarias [36]. Por principio, esta técnica de reglamentación habilita las diferencias entre los sistemas nacionales por lo que la armonización «de mínimos» es una armonización débil, en la que prevalece o se impone un objetivo de protección. Dicho de otro modo, la lógica del Derecho privado se impone sobre la lógica de la integración [37].

Como señala el Comité Económico y Social, en relación con la Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas): «se mantienen diferencias notables en los niveles de protección de los consumidores, facilitadas por el carácter minimalista de la Directiva, que permite que determinados Estados miembros instituyan regímenes más estrictos —pero no armonizados— de protección de los consumidores, lo que no contribuye a la realización del mercado interior, sino que más bien la perjudica» [38]. El mismo resultado se obtiene en aquellas Directivas que, sin pretender una armonización mínima, introducen posibilidades de excepción por razones de orden público o moralidad. Es el caso del art. 6 de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, que excluye la patentabilidad de las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, interpretadas de forma discrecional por las autoridades nacionales en el contexto social y cultural de cada Estado miembro (*Sent. TJCE de 9 de octubre de 2001, As. C-377/98: «Países Bajos/Parlamento»*).

Un primer problema que suscita la armonización mínima es el propio alcance de la facultad atribuida a los Estados miembros en

[36] S. GRUNDMANN, «EG- Richtlinie und nationales Privatrecht», *JZ*, 1996/6, pp. 277-278.

[37] En este sentido, *vid.* B. DUMOLLARD, «L'intégration des Directives communautaires relatives à la protection des consommateurs en droit français», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 175-176.

[38] Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema «Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores» (*D.O.C.E.* C 116 de 20.4.2001, pp. 117-127).



orden a introducir disposiciones más estrictas o protectoras. En algunos casos, los sujetos pasivos de la protección son múltiples, y las propias directivas juegan con un cierto equilibrio tuitivo. Así, en materia de sociedades, los intereses de socios y acreedores pueden ser contrapuestos, aunque ambos colectivos son objeto de protección, y es perfectamente posible que una reglamentación nacional que establezca una protección más estricta de los socios pueda conllevar un perjuicio correlativo para los acreedores. En suma, es necesario un control caso por caso de las legislaciones nacionales, de forma que no aminoren en modo alguno el umbral mínimo de protección previsto en las directivas [39].

Un segundo problema, al que se aludirá más adelante, se refiere a la interpretación de las directivas de mínimos. Al habilitar que los Estados miembros establezcan disposiciones más restrictivas se discute en qué medida los Estados pueden separarse de una interpretación uniforme de la Directiva a favor de una interpretación más restrictiva, y hasta qué punto llega la competencia interpretativa del TJCE. De ello trataremos al abordar la cuestión del desarrollo judicial de las directivas.

La posibilidad de un Derecho nacional más estricto aparece expresamente recogido, en materia de contratos de consumo, en las siguientes disposiciones: art. 8 de la Directiva 85/577/CEE (contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles), art. 15 de la Directiva 87/102/CEE (crédito al consumo); art. 8 de la Directiva 90/314/CEE (viajes combinados); art. 8 de la Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas); art. 11 de la Directiva 94/47/CE (*timesharing*); art. 14 de la Directiva 97/7/CE (contratos a distancia); art. 14 de la Directiva 1999/44/CE (venta de bienes de consumo). Aparece asimismo, formulada globalmente, en otras Directivas: art. 7 de la Directiva 84/450 (publicidad engañosa).

[39] H.J. DE KLUIVER, «Harmonisation of Law, Substantive Review and Abuse of Rights in the EC - Some Observations from the Perspective of EC Company Law», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, 1999, pp. 51-52.

## B. La eficacia directa limitada: efectos horizontales y verticales

65. Cuando las directivas no resultan transpuestas en el plazo previsto o lo han sido de forma incorrecta, sus disposiciones pueden desplegar eficacia directa, siendo invocadas contra cualquier disposición nacional no conforme con la directiva [40]. Para que esto se produzca, es necesario, de un lado, que se trate de disposiciones que definan derechos que los particulares puedan alegar frente al Estado, y, de otro, que sean suficientemente precisas, e incondicionales [41]. Si se tiene en cuenta el carácter detallado de las directivas relativas al Derecho privado, en virtud su mencionada y progresiva desnaturalización, es fácil comprender que buena parte de las disposiciones del DPC son directamente aplicables en relación con la condición señalada.

A título de ejemplo, la *Sent. TJCE de 30 de mayo de 1991 (As. C-19/90 y C-20/90: «Kerella y Karellas»)* no tuvo mayor dificultad en indicar la aplicación directa del art. 25.1 de la Segunda Directiva de sociedades: «A este respecto, debe señalarse que esta disposición está redactada en unos términos claros y precisos, y que establece, de una forma incondicional, la norma que dispone el principio general de la competencia de la junta general para decidir los aumentos de capital», por lo que reconoció la posibilidad de que fuera invocado «ante los órganos jurisdiccionales nacionales al litigar contra las autoridades públicas».

66. En efecto, en el estado actual de la jurisprudencia comunitaria, resulta claro que el efecto directo de las Directivas es únicamente un efecto vertical en un único sentido: la directiva sólo es invocable por el particular frente al Estado. No cabe la posibilidad de que el Estado miembro, que ha incumplido su obligación de transponer correctamente la directiva, pueda invocar las disposiciones de la directiva contra un particular [42].

La *Sent. TJCE de 7 de marzo de 1996 (As. C-192/94: «El Corte Inglés»)* se enfrentó a la invocación por un consumidor frente a una entidad financiera del art. 11.2 de la Directiva 87/102/CEE (crédito al consumo), disposición que habilita, bajo ciertas circunstancias, una acción directa por incumplimiento del contrato por la agencia de viajes, a favor del consumidor contratante de un viaje frente a la entidad financiera. La disposición no había sido transpuesta en plazo por el legislador español, resultando tal derecho inadmisible de conformidad con el Derecho español vigente (art. 1257 del C.c.), que hacía difícil una interpretación conforme. El caso introducía la novedad de plantear en qué medida la negación de efectos directos horizontales de las directivas en materia de protección de consumidores podía verse alterada por la introducción merced al Tratado de Maastricht del art. 129 A TCE, y la consecuente protección del consumidor institucionalizada en el Tratado. El TJCE negó que el art. 129 A supusiera una alteración de la jurisprudencia comunitaria que niega los efectos directos horizontales de las directivas, siquiera en relación con las directivas relativas a la protección de los consumidores.

67. Tampoco la directiva despliega efectos horizontales, ni puede ser invocada entre particulares, a tenor de la jurisprudencia del TJCE, con una única excepción: un particular sí puede invocar y oponer la directiva frente al Estado, cuando éste actúa *iure gestionis*, es decir, como un particular [43]. En tal caso, nos hallamos ante una relación horizontal entre sujetos que actúan como sujetos de Derecho priva-

[40] Así lo viene estableciendo el TJCE desde la *Sent. TJCE de 4 de diciembre de 1974 (As. 41/74: «Van Duyn»)*. Sobre la eficacia directa posterior a la transposición defectuosa de una directiva, *vid. Sent. TJCE de 4 de diciembre de 1997 (As. C-253 a 258/96: «Helmut Kampelmann»)*.

[41] *Sent. TJCE de 19 de enero de 1982 (As. 8/81: «Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innestadt»)*.

[42] *Sents. TJCE de 6 de mayo de 1980 (As. 102/79: «Com/Bélgica»); de 19 de enero de 1982 (As. 8/81:»Becker»); de 11 de junio de 1987 (As. 14/86: «Pretore di Saló»); de 8 de octubre de 1987 (As. 80/86: «Kolpinghuis Nijmegen»)*.

[43] *Sents. TJCE de 26 de febrero de 1986 (As. 152/84: «Marshall»)* y *de 12 de julio de 1990 (As. C-188/89: «Forster»)*.

do. La oponibilidad de la directiva frente al Estado, independientemente de la calidad con la que actúe, trata de evitar que el propio Estado se beneficie por haber ignorado el Derecho comunitario.

En cualquier caso, la exclusiva eficacia directa de las directivas frente al Estado resulta particularmente grave para el DPC. Frente al Derecho público, el Derecho privado se caracteriza, precisamente, por involucrar las relaciones entre particulares. Un Derecho privado construido sobre la base de directivas que no conceden una acción o posibilidad de invocación entre particulares no merecería ni siquiera la calificación de «Derecho» desde el punto de vista de muchos planteamientos filosófico-jurídicos, pero, sobre todo, pondría en entredicho la defensa del «efecto útil» del Derecho comunitario.

La negación de efectos horizontales se ha justificado en argumentos más bien formalistas, expuestos básicamente por Sir Gordon Slynn en sus conclusiones a la *Sent. «Marshall»*: los particulares no son destinatarios de las directivas, sino los Estados; éstos son los únicos que tienen conocimiento oficial y resultan obligados. Ciertamente, la falta de publicidad de las Directivas no paree un argumento de peso. Aparte de que desde el Tratado de Maastricht ya contempla la publicidad obligatoria, se trata de un argumento formalista, por cuanto las Directivas siempre se han publicado, de hecho, en la serie L del *D.O.C.E.*

No han faltado quienes defiendan la necesidad de conferir a las directivas efectos horizontales [44]. Uno de los argumentos más persuasivos en este sentido se refiere a la discriminación que deriva de la distinta eficacia vertical y horizontal. Así, en el caso de directivas que vengan referidas a determinados aspectos de la relación laboral o a un contrato de consumo, los derechos derivados de las directivas podrán ser directamente invocados por trabajadores de la Administración o por perjudicados o adquirentes de productos fabricados o comercializados por empresas públicas, en tanto que semejante posibilidad se negará, en casos similares, cuando el empleador, fabricante o vendedor sea un particular o ente privado. Sin embargo, no debe olvidarse que se trata de una discriminación imputable al Estado que incumple sus obligaciones respecto del Derecho comunitario, y no al propio Derecho comunitario. Como muy bien expresa el TJCE en el asunto *Marshall*, contestando al Reino Unido en una argumentación planteada en esta dirección, «tal distinción podría haber sido fácilmente evitada si el Estado miembro en cuestión hubiese incorporado correctamente la Directiva a su Derecho interno» [45]. Otros argumentos hacen referencia a la pérdida de efecto útil del Derecho comunitario en el sector del Derecho privado y a la incongruencia entre las disposiciones del Tratado, directamente aplicables, y las directivas que las desarrollan, carentes de eficacia horizontal.

Para algunos autores, el propio TJCE ha permitido cierto efecto horizontal de las directivas, al utilizar el «principio de interpretación conforme» como un simple eufemismo para admitir el desplazamiento de la normativa interna por una directiva comunitaria no transpuesta o incorrectamente transpuesta (interpretación *contra legem*);

[44] En la doctrina española, *vid.* A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2.ª ed., Madrid, McGraw Hill, 1999, pp. 213-214; C.M. BRÚ PURÓN, «Incidencia y rango del Derecho comunitario en el Derecho español», *La unificación jurídica europea*, Madrid, 1999, p. 61. Entre los propios abogados generales, se señala el apoyo a la eficacia horizontal de Mancini, Van Gerven, Jacobs y Lenz (*cf.* R. ALONSO GARCÍA, *op.cit.*, p. 270). *Vid.* asimismo la doctrina comparada citada por I. KLAUER, *op.cit.*, p. 48, nota 95.ª, y sus propias posiciones, *ibíd.*, pp. 54-60. Igualmente, S. LEIBLE, *op.cit.*, §5.III.2.b., p. 273, n. 354.ª. *Vid.* asimismo, sobre el reconocimiento del efecto horizontal, especialmente por los jueces nacionales, M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 151-162, y las consideraciones generales de N. SCANICCHIO, «Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti», *Diritto privato europeo*, t. I, Padua, 1997, pp. 68-85.

[45] *Vid.* A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *op.cit.*, p. 208.

esto habría ocurrido, de forma paradigmática en la *Sent. TJCE de 13 de noviembre de 1990 (As. V-106/89: «Marleasing»)*[46]. Sin embargo, la jurisprudencia posterior[47] ha establecido sin lugar a dudas la falta de efecto directo horizontal de las directivas.

## C. El principio de interpretación del Derecho nacional conforme a las directivas

68. Las directivas obligan a los Estados, y a todas sus autoridades, incluidos los órganos jurisdiccionales. Estos están obligados a interpretar el Derecho nacional de manera conforme con las directi-

[46] Entre nosotros, en este sentido, A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *op.cit.*, p. 188. *Vid.* asimismo I. KLAUER, *op.cit.*, pp. 51-52.

[47] *Sents. TJCE de 14 de julio de 1994 (As. C-91/92: «Faccini Dori»)* y *de 7 de marzo de 1996 (As. C-192/94: «El Corte Inglés»).* En la Sent. *«Faccini Dori»* el TJCE reitera que el efecto directo vertical de las Directivas tiene por objeto evitar que un Estado pueda sacar ventajas de haber ignorado el Derecho comunitario, mientras que ampliar dicha jurisprudencia al ámbito de las relaciones entre particulares equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando solo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos. Una voz tan autorizada como la del presidente del TJCE señala, frente a la posibilidad de que la sentencia *«Marleasing»* pueda entenderse como justificativa de una interpretación *contra legem* equivalente al efecto directo horizontal, que «la jurisprudencia Marleasing no tiene ese alcance y, a mi juicio, en el caso concreto de la referida sentencia, el contexto del Derecho español, si bien no resulta particularmente reflejado en la sentencia, posibilitaba realmente una interpretación conforme» (*cf.* G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Consideraciones sobre la formación de un Derecho europeo», *GJ*, núm. 2000, abril/mayo 1999, p. 15, nota 23.ª). Precisamente, el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla no pudo cumplir con la interpretación conforme que requería el TJCE en el asunto *«El Corte Inglés»*, por resultar la Directiva abiertamente contraria al Derecho español vigente, hecho puesto de manifiesto oportunamente por O. LANDO (*cf.* «Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law», *ERPL*, 2000, p. 67).



vas[48], independientemente de que haya sido o no transpuesta y de que se trate de su aplicación a relaciones verticales u horizontales, esto es, con independencia de su aplicabilidad o efecto directo. Semejante obligación afecta tanto al Derecho anterior como posterior a la directiva, y se refiere a todo el Derecho y no únicamente a las eventuales normas de transposición de las directivas. Su fundamento es triple: la primacía del Derecho comunitario, el principio de confianza comunitario y la obligación de transposición de las directivas por los Estados miembros[49].

La obligación de interpretación conforme nace desde el momento en que la Directiva ha sido transpuesta o, en su defecto, cuando concluye el plazo previsto para su transposición[50], o, excepcionalmen-

[48] Para una delimitación de la obligación de interpretación conforme a las directivas del Derecho nacional, en comparación con la interpretación conforme a la Constitución, la interpretación «autónoma» del Derecho uniforme o los criterios de interpretación habitualmente contenidos en los convenios internacionales, resaltando su autonomía, *vid.* M. FRANZEN, *op.cit.*, pp. 323-357. Sobre el sentido amplio de este principio, que se extiende materialmente, además de las disposiciones de las directivas y sus anexos, a las eventuales sanciones, a la determinación del interés público o privado como fin dominante de la reglamentación y a cualquier otra cuestión que pueda condicionar su aplicación práctica, y, temporalmente, al momento anterior o posterior de cualquier decisión interpretativa del TJCE, *vid.* S. GRUNDMANN, «Die Auslegung angeglichenen Kapitalmarktsrechts - inbesondere der Sanktionsregeln», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, 1999, pp. 63-82. Sobre su alcance como obligación internacional *vid.* W. POSCH, «Judikative Rechtsangleichung - ein Weg zur Europäisierung des Privatrechts», *ZEuP*, 1998, pp. 529-530. Sobre la interpretación conforme al Derecho comunitario del Derecho constitucional, *cf.* M. ZULEEG, «Die gemeinschaftskonforme Auslegung und Fortbildung mitgliedstaatlicen Rechts», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, 1999, pp. 168-171.

[49] *Vid.* M. FRANZEN, *op.cit.*, pp. 294-299.

[50] *Vid.* W. BRECHMANN, *Die richtliniekon forme Auslegung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie* Munich, 1994, p. 264. M. FRANZEN, *op.cit.*, pp. 300-302.

te, para su entrada en vigor o eficacia, si la propia Directiva prevé un plazo de aplicabilidad distinto. Aunque en alguna decisión el TJCE parece haber extendido esta obligación de interpretación conforme cuando el plazo de transposición aún no había expirado [51], en estos casos los Estados únicamente están obligados a no introducir en sus sistemas disposiciones legales que sean contrarias a la directiva [52], pero no tienen por qué interpretar sus sistema jurídico de conformidad con la directiva.

*Las Sents. TJCE de 10 de abril de 1984 (As. C-14/83: «Van Colson y Kamann» y As. C-79/83 «Harz»)* son un hito clave en la construcción por el TJCE del principio de interpretación conforme; hasta estas decisiones casi idénticas, imperaba el criterio de la interpretación «nacional» de las directivas. La sentencia *«Van Colson»* resolvió un problema de interpretación derivada de la laguna que presentaba la Directiva 76/207 sobre ejecución del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación al acceso al empleo, formación y promoción profesionales y condiciones de trabajo. Ante un supuesto de comportamiento discriminatorio, la Directiva venía a exigir una sanción, sin especificar su contenido. El TJCE sentenció que la directiva dejaba a los Estados miembros libertad para determinar el mecanismo sancionador, sin imponer una concreta, como podía ser la obligación de contratación por el empresario. Pero dejó claro que la sanción debía ser apta para garantizar una protección judicial real y efectiva, resultando disuasoria para el empresario, lo que no acontece cuando se prevé una indemnización puramente simbólica, tal como el reembolso de los gastos ocasionados por presentar la solicitud

[51] *Sent. TJCE de 8 de octubre de 1987 (As. 80/86: «Kolpimghuis Nijmegen»).* Mantienen esta interpretación P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, J.A. GONZÁLEZ VEGA y B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2.ª ed., Madrid, 1999., p. 436. En contra de los partidarios de esta extensión en la doctrina alemana, *vid.* H.E. BRANDER, «Beobachtungen und Lehren bei der Umsetzung von Verbraucherschutzrichtlinien in das deutsche Recht», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, 1999, pp. 132-133.

[52] *Sent. TJCE de 18 de diciembre de 1997 (As. C-129/96: «Inter-Environnment Wallonie ASBL»).*



de empleo. En consecuencia, el juez alemán debía interpretar su sistema de forma acorde con estos postulados derivados de la Directiva.

69. El principio de interpretación conforme presenta, sin embargo, unas consecuencias muy distintas según se trate de relaciones horizontales o verticales o, dicho de otra forma, según que las disposiciones de la directiva en cuestión sean susceptibles de aplicación directa. En el ámbito de las relaciones verticales, la aplicabilidad directa de la directiva supone, finalmente, el desplazamiento de una norma nacional contraria. En este ámbito, el principio de interpretación conforme trata de garantizar la conservación de la norma nacional, procurando su congruencia con el Derecho comunitario, pero no existe riesgo, finalmente, para hacer valer los derechos de los particulares que derivan de la directiva.

Cuando se trata de relaciones horizontales, en que no cabe aplicación directa de las disposiciones de la Directiva, el principio de interpretación conforme adquiere una relevancia singular para garantizar a los particulares los derechos derivados de la directiva y, en consecuencia, garantizar el efecto útil del DPC. El principio obliga al juez a elegir la interpretación del Derecho nacional que optimice o garantice la eficacia de las disposiciones de la directiva [53]. La cuestión delicada se plantea en aquellos casos en que no cabe en modo alguno una interpretación del Derecho nacional acorde con las disposiciones comunitarias, de forma que garantizar la eficacia y el efecto útil de sus disposiciones sólo puede alcanzarse mediante una interpretación derogatoria del Derecho nacional o dando prevalencia a la Directiva. Semejante posibilidad no sólo parece contraria a las exigencias de seguridad jurídica que limitan el «principio de interpretación conforme» desde el propio Derecho comunitario, sino que tampoco respeta los límites que derivan del propio Derecho nacional,

[53] En este sentido *vid.* S. GRUNDMANN, «EG-Richtlinie...», *loc.cit.*, p. 282.

en el marco del «sentido posible de las proposiciones jurídicas» [54]. Si se admite que el juez nacional está obligado a llegar a este extremo, debe reconocerse que se está dando entrada, por la puerta de atrás, al efecto directo horizontal de las directivas.

La *Sent. TJCE de 13 de noviembre de 1990 (As. C-106/89: «Marleasing»)* suscita precisamente esta cuestión y constituye el segundo hito fundamental en la historia del principio de interpretación conforme, al clarificar que dicho principio afecta a todo el Derecho nacional, surgiendo la obligación cuando se cumple el plazo de transposición [55]. La cuestión prejudicial interpuesta por un Juzgado de Oviedo se refería a la declaración de nulidad de un contrato de sociedad por falta de causa (arts. 1.261 y 1.275 del C.c.), que es un motivo de nulidad que no aparece recogido en el art. 11 de la Directiva 68/151, que sigue un modelo de constitución que podríamos denominar «abstracto». En su decisión, el TJCE parece imponer al Juzgado de Oviedo no una obligación de comportamiento, sino de resultado, a la hora de interpretar el Derecho español a la luz de la Directiva en materia de sociedades, al fallar que «está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una sociedad anónima por una causa distinta de las enumeradas en su art. 11». Con este pronunciamiento, el TJCE no recomienda al juez español que trate de interpretar el Derecho nacional español, en la máxima medida posible («hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere»), de forma compatible con el Derecho comunitario (comportamiento), sino que resuelva el caso de manera conforme con la Directiva (resultado). Cabe defender que la única posibilidad de un resultado —que no interpretación— conforme al Derecho comunitario consiste en omitir, inaplicar o desplazar la exigencia de concurrencia de causa de nuestro Derecho nacional. La decisión del TJCE viene a decir al juez español que si, en realidad, constata que no existe causa, no puede declarar la nulidad de la sociedad en virtud del C.c. español, pues no es uno de los motivos de nulidad previstos en el Derecho comunitario. Es muy difícil entender que no se trata de un mandato de aplicación directa de una Directiva [56], si bien cabría plantearse que se trate de un supuesto de relaciones horizontales. Aunque se discutía indirectamente la validez de un contrato, la aplicación de la Directiva se refería a la válida constitución de una sociedad, calificándose en ocasiones como relación «vertical» [57]; en todo caso, la sentencia del TJCE no entra a determinar la verticalidad u horizontalidad de la relación, ni hace distingos a la hora de perfilar el principio de interpretación conforme.

[54] *Cf.* M. FRANZEN, *op.cit.*, pp. 358-404.

[55] *Vid.* W. BRECHMANN, *op.cit.*, pp. 32 y ss.

[56] En el mismo sentido, *vid.* R. ALONSO GARCÍA, *op.cit.*, p. 274.



Pese a lo que pudiera sugerir la jurisprudencia *«Marleasing»*, parece evidente que el Derecho comunitario no exige una interpretación conforme (obligación de resultado), sino la interpretación posible más conforme a la directiva. Dicho de otro modo, antes dos interpretaciones posibles, debe optarse por la más conforme con la letra y finalidad de la Directiva.

Esta cuestión aparece claramente planteada en la *Sent. TJCE de 27 de junio de 2000 (Asuntos C-240 a 244/98: «Océano»)*. Se planteaba una cuestión de interpretación de la Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas). En concreto, dado el carácter abusivo de una cláusula de elección de fuero inserta en un contrato de consumo, se debatía la procedencia de su apreciación de oficio por parte del órgano jurisdiccional, y, en consecuencia, de la propia declinación de oficio de la competencia judicial internacional. Dada la falta de transposición de la Directiva al Derecho español en el momento en que se suscitaron los hechos, el TJCE insta a los órganos jurisdiccionales españoles a interpretar el Derecho nacional «en toda la medida posible» de conformidad con la Directiva, lo que, en el caso concreto, requería «dar preferencia a aquella (interpretación) que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva».

Pero la interpretación conforme sólo opera cuando es posible a la luz del propio Derecho nacional. De hecho, el propio TJCE formula el principio de la responsabilidad del Estado para aquellos ca-

[57] *Vid.* en particular el planteamiento crítico de A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *op.cit.*, pp. 211-213.

sos en que no es posible una interpretación conforme, reconociendo, por tanto, una mera obligación de comportamiento. En el asunto *«Faccini Dori»*, posterior a *«Marleasing»*, se discutía la posibilidad de que un consumidor invocara, frente a un comerciante, el derecho de renuncia contenido en el art. 5 de la Directiva 85/577/CEE (contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales), una vez que había transcurrido el plazo de transposición de la Directiva sin que Italia hubiese procedido a su transposición. El TJCE insiste en que la interpretación conforme exige al órgano jurisdiccional nacional «hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva», recordando para aquellos casos en que «no pudiera alcanzarse el resultado exigido por la Directiva mediante la interpretación» la responsabilidad del Estado [58].

## D. La responsabilidad del Estado

70. La responsabilidad del Estado por falta de transposición o transposición defectuosa de una directiva cierra el círculo hermenéutico acerca de la eficacia de las directivas en el ámbito de las relaciones privadas. La falta de efecto directo horizontal de las directivas deja en manos del principio de interpretación conforme la posibilidad de que los particulares obtengan respuesta a sus derechos.

[58] Así se pronuncia con claridad la jurisprudencia posterior; entre la más reciente, la *Sent. TJCE de 3 de octubre de 2000 (As. C-371/97: «Cinzia Gozza/Università di Padova»)* se afirma que «en el supuesto en que no pudiera alcanzarse el resultado exigido por la Directiva de «coordinación», en su versión modificada por la Directiva 82/76, mediante la interpretación conforme, el Derecho comunitario impone a la República Italiana la obligación de reparar los daños causados a los particulares». *Vid.* también *Sent. TJCE de 7 de marzo de 1996 (As. C-192/94: «El Corte Inglés»).*



Si dicha interpretación conforme no es, sencillamente, posible, como ya dejaba ver el asunto *«Marleasing»*, los particulares acaban sufriendo un perjuicio derivado del incumplimiento de los Estados a la hora de transponer las directivas. La única fórmula de reparar estas consecuencias negativas de las directivas como fórmula del DPC y, al mismo, tiempo, impedir que los Estados resulten impunes al incumplir sus obligaciones, dada la inexistencia de una sanción real en una condena en un recurso por incumplimiento, era establecer la responsabilidad patrimonial del Estado frente al particular, perjudicado por la inaplicación de una Directiva comunitaria no transpuesta, transpuesta incorrectamente, a favor de un Derecho nacional contrario a los derechos particulares concedidos por la directiva, y cuya interpretación conforme a esos derechos no resultó posible [59]. Esto es, precisamente, lo que viene a establecer la jurisprudencia del TJCE en asuntos tan conocidos como *«Francovich»* [60], *«Faccini Dori»* [61] o *«Brasserie du Pêcheur»* [62].

Así, en el caso *«Francovich»* se debatía el alcance de la Directiva 80/987, sobre aproximación de la legislación de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Si los Estados miembros no procedían a la organización de las instituciones de garantía de los créditos salariales previstas en la Directiva, los trabajadores no podrían exigir el ejercicio de los derechos derivados de la Directiva en caso de insolvencia del empresario, quedando el Estado obligado a indemnizar a los trabajadores, en virtud de su responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario.

[59] *Vid.* T. BALLARINO, «Complessità del sistema delle fonti determinata dal diritto comunitario e ruolo del giudice», *Diritto privato comunitario*, Nápoles, 1997, pp. 74-75.

[60] *Sent. TJCE de 19 de noviembre de 1991 (As. C-6/90: «Francovich»).*

[61] *Sent. TJCE de julio de 1991 (As. C-91/92: «Faccini Dori»).*

[62] *Sent. TJCE de 5 de marzo de 1996 (As. C-46/93 y C-48/93: «Brasserie du Pêcheur y Factortame»).*

71. La responsabilidad del Estado deriva directamente del principio de confianza comunitaria (art. 10 TCE), y el deber de reparación emana del propio Derecho comunitario. El derecho a ser indemnizado exige el cumplimiento de una serie de condiciones previas: la disposición de la directiva invocada debe implicar la atribución de derechos a los particulares que puedan ser identificados sobre la base de las disposiciones contenidas en la propia directiva. Asimismo, debe existir un nexo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación por parte del Estado y el daño sufrido por los particulares. Finalmente, la violación de la obligación por la autoridad del Estado en un ámbito en que tiene un margen de apreciación debe estar «suficientemente caracterizada», para lo que se tendrá en cuenta el grado de precisión de la disposición vulnerada [63], la amplitud del margen de apreciación, el grado de culpa en un error de Derecho, su inexcusabilidad, o la incidencia en el error u omisión de la actitud de las propias instituciones comunitarias. En contrapartida, si en el momento en que se comete la infracción, la autoridad del Estado carecía de opciones normativas o dispusiera de un margen mínimo o inexistente de apreciación, la mera infracción del Derecho comunitario supone una violación suficientemente caracterizada [64].

La obligación de reparar los daños causados a los particulares no puede supeditarse a un requisito basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario, que deberá ser apreciada, en cada caso, por la jurisdicción nacional, siguiendo las instrucciones suministradas por el TJCE para dicha apreciación [65]. No cabe supeditar dicha reparación a la exigencia de que el TJCE haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado ni a la existencia de un acto institucional o negligencia del órgano estatal al que sea imputable. Se entiende, pues, que la inexistencia de cualquier medida de transposición constituye, en sí misma, una violación del Derecho comunitario caracterizada [66].

[63] *Sent. TJCE de 26 de marzo de 1996 (As. C-392/93: «British Telecommunications»).*

[64] *Sent. TJCE de 23 de mayo de 1996 (As. C-5/94: «Hedley Lomas») y Sent. TJCE de 15 de junio de 1999 (As. C-140/97: «Walter Rechberger, Renata Greindl y Hermann Hoffmeister/Austria»).*

[65] *Sent. TJCE de 4 de julio de 2000 (As. C-424/97: «Haim II»).*



Las condiciones establecidas por el TJCE como condición de responsabilidad del Estado deben entenderse como un estándar mínimo, dado que es admisible que las normas internas del Estado afectado sean más favorables al establecimiento de la responsabilidad, en cuyo caso pueden ser aplicadas.

72. La fijación de la indemnización se realizará siguiendo los criterios previstos en los Derechos nacionales, si bien con una serie de límites establecidos por el TJCE. Tales criterios deben respetar el principio de proporcionalidad de la reparación en relación con el perjuicio sufrido, no pueden hacer inefectiva la reparación, ni fijar un umbral inferior al que derive de reclamaciones similares en el Derecho interno, incluyendo en todo caso los intereses de demora; los daños sujetos a reparación no pueden limitarse a los sufridos con posterioridad a la sentencia que declara el incumplimiento del Estado [67]. Por lo demás, el TJCE en una ya abundante jurisprudencia ha ido dando respuesta a distintas cuestiones puntuales referidas a los supuestos de reparación, la posibilidad de *restitutio in integrum*, la reparación mediante aplicación retroactiva de las medidas de transposición, la incidencia de la conducta no diligente del perjudicado en la agravación del perjuicio o procedencia de caducidad en las acciones de responsabilidad.

[66] *Sent. TJCE de 8 de octubre de 1996 (As. C-178(94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94: «Dillenkofer»).*

[67] *Sent. TJCE de 5 de marzo de 1996 (As. C-46/93 y C-48/93: «Brasserie du Pêcheur y Factortame»); Sent. TJCE de 10 de julio de 1997 (As. C-94/95 y C-95/95: «Bonifaci»).*

73. En todo caso, es evidente que la responsabilidad del Estado no elimina la necesidad, para el DPC, de que las directivas desplieguen efectos directos horizontales. Las acciones de responsabilidad del Estado por incumplimiento de directivas de Derecho privado requiere una acción procesal compleja y costosa, que suele involucrar tanto al TJCE como a las jurisdicciones nacionales. Semejante coste para las relaciones privadas puede, según los casos, proporcionar una compensación en situaciones particulares y concretas, pero no coadyuva a cumplir adecuadamente las funciones que el DPC debe cumplir en el marco de un mercado integrado.

## E. Desarrollo judicial de las Directivas

74. La consecución del DPC no admite una visión formalista del proceso de unificación del Derecho. La identidad normativa, como se ha visto, es únicamente un punto de partida hacia dicha unificación, dónde la interpretación uniforme de las normas adquiere singular valor. Por su propia naturaleza, las directivas constituyen un tipo de legislación en que abundan los conceptos generales o abiertos: cláusulas abusivas, buena fe, producto defectuoso, publicidad engañosa, daño, etc. Por más que puedan tender a cierto detalle, confundiéndose con los reglamentos, las *Generalklauseln* son una parte esencial del contenido de las Directivas. La interpretación de las directivas y, más concretamente, su desarrollo judicial, es un capítulo clave en la elaboración de un DPC, al igual que en cualquier observación actual del proceso de unificación jurídica; y es aquí donde reaparecen o pueden reaparecer el riesgo de los particularismos culturales (*«suum cuique* savignyano») [68]. Sin duda, el papel del TJCE

[68] *Vid.* en este sentido P. BEHRENS, «Vorausetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereineitlichung», *Rabels Z.*, 1986, pp. 21-22.



es esencial en el desarrollo del Derecho comunitario, en general, y de las disposiciones de las directivas, en particular, en este último caso tendiendo puentes entre los Derechos nacionales que son los finalmente aplicados, con el fin de garantizar el efecto útil de las directivas y del propio proceso de armonización [69]. No debe olvidarse, además, que el «principio de interpretación conforme» no tiene por qué entenderse de forma restrictiva; al contrario, el concepto de «interpretación» se extiende asimismo al «desarrollo judicial» [70].

75. Las cláusulas generales o los conceptos indeterminados incluidos en las directivas cumplen funciones diversas. Por una parte, habilitan la especialización de las soluciones en los concretos casos litigiosos, pero, de otro lado, son instrumentos para el desarrollo judicial a través de su progresiva concreción [71]. La cuestión que surge de inmediato es la propia competencia del TJCE para el desarrollo judicial del DPC. Dicha competencia no suscita mayores dudas respecto de los reglamentos, pero plantea problemas en el caso de las directivas, en la medida en que, en principio, la directiva sólo obliga a los Estados en cuanto a los fines precisamente con el fin de garantizar la coherencia de los sistemas nacionales. En palabras de W.H. Roth, las directivas exigen resolver una «competencia de concreción». Sólo en aquellos casos en que su desarrollo judicial compete al TJCE la directiva servirá como instrumento del DPC [72]. Según su planteamiento, la competencia de concreción corresponde en principio a las jurisdicciones nacionales, de modo que al TJCE solo le cabría una

[69] *Vid.* U. EVERLING, «Richterliche Rechtsfortbindung in der Europäischen Gemeinschaft», *JZ*, 2000/5, pp. 225-226.

[70] *Vid.* en este sentido M. FRANZEN, *op.cit.*, p. 358.

[71] *Cf.* W.H. ROTH, «Generalklauseln im europäischen Privatrecht», *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburstag*, Tubinga, 1998, p. 140. *Vid.* especialmente el detallado análisis de M. FRANZEN, *op.cit.*, pp. 475-656.

[72] *Cf.* W.H. ROTH, «Generalklauseln...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 140-142.

precisión muy general de las cláusulas generales y, en ningún caso, una precisión en relación a un caso judicial concreto. Lo contrario vulneraría el principio de subsidiariedad en el que se amparan las Directivas comunitarias como instrumento de armonización que trata de minimizar los costes de la diversidad jurídica [73]. Como excepción, W.H. Roth señala los siguientes supuestos en que resulta indicada una competencia del TJCE en la concreción y desarrollo judicial de disposiciones generales y conceptos jurídicos indeterminados: en primer lugar, cuando se trate de conceptos relativos al ámbito de aplicación de una directiva, toda vez que la fijación del marco de la armonización compete a las instituciones comunitarias, y no puede quedar al albur de la interpretación de los Estados; en segundo término, por razones de coherencia interna del Derecho comunitario, la interpretación de los conceptos generales corresponde al TJCE en aquellos casos en que existan conceptos sinónimos utilizados en Reglamentos o en el propio TCE, en que la competencia de concreción del TJCE no admite dudas. Finalmente, en aquellos casos en que la consecución del fin perseguido por la directiva exija una interpretación comunitaria con cierto grado de concreción, debe reservarse la competencia al TJCE [74].

Como ejemplo de esta última regla, hace referencia W.H. Roth a la *Sent. TJCE de 16 de enero de 1992 (As. C- 373/90: «Nissan»)*. El caso hace referencia a la interpretación del concepto de «publicidad engañosa» contenido en el art. 2.2.° de la Directiva 84/450/CEE. El litigio se refería a la comercialización de automóviles

[73] Ello con independencia de que, en ciertos casos, la competencia de las jurisdicciones nacionales en el desarrollo judicial de las directivas se establezca de una manera expresa. A este respecto, W.H. Roth pone el ejemplo del art. 11 de la Directiva 93/22/CEE, del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables (*cf.* «Generalklauseln...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 145-146).

[74] *Cf.* W.H. Roth, «Generalklauseln...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 146-151.



por una entidad francesa procedentes de importaciones paralelas desde Bélgica, y que se publicitaban como «vehículos nuevos más baratos», junto con la mención «garantía un año fabricante», habida cuenta que los modelos de base belgas tienen un equipamiento de serie inferior a sus homónimos franceses. El TJCE procedió a interpretar la citada disposición con respecto a la publicidad litigiosa, analizando *in casu*, la certeza del carácter nuevo, más barato y garantizado del producto, no sin antes advertir que «esta Directiva, adoptada en virtud del art. 100 del Tratado, tiene por objeto, según rezan sus considerandos, mejorar la protección de los consumidores, así como poner fin a las distorsiones de la competencia y a los obstáculos a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios derivados de las disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. Con estos fines, pretende establecer unos criterios mínimos y objetivos sobre cuya base sea posible determinar si una publicidad es engañosa». La trascendencia del concepto de «publicidad engañosa» para la consecución de la finalidad de la directiva justificaría, a juicio del autor alemán, la facultad de concreción al caso litigioso concreto desplegada por el TJCE en el caso «*Nissan*» [75].

La tesis de la competencia general de las jurisdicciones nacionales en orden al desarrollo judicial de las directivas y a la interpretación de sus conceptos generales ha sido, empero, rebatida en favor de la competencia genérica del TJCE [76]. Así lo entiende, por ejemplo, I. Klauer, en relación con el concepto de «buena fe» presente en el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas) [77]. El argumento inicial es que el art. 234 b) CE atribuye expresamente competencia al TJCE para pronunciarse sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, sin exceptuar las propias directivas. Aunque es cierto que la utilización de los conceptos abiertos o generales encuentra justificación en el prin-

[75] *Vid.* asimismo el análisis de M. Franzen, *op.cit.*, pp. 523-526.

[76] *Vid.* M. Franzen, *op.cit.*, pp. 575-581.

[77] *Vid.* «General Clauses in European Private Law and Stricter national Standards: The Unfair Terms Directive», *ERPL*, 2000, pp. 187-210.

cipio de subsidiariedad, una restricción de las competencias del TJCE previstas en el propio CE debería ser expresa [78]. La crítica de I. Klauer se detiene en los supuestos excepcionales en que —según W.H. Roth— estaría justificada la competencia del TJCE. En primer lugar, respecto del ámbito de aplicación de las Directivas, se señala la incoherencia de que el TJCE deba precisar conceptos como «producto», del que depende el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374/CEE (responsabilidad por productos), y no aquéllos otros de los que dependan las consecuencias de su aplicación, como los que determinan el carácter defectuoso de un producto o la seguridad que cabría legítimamente esperar del mismo. En segundo lugar, la regla que extiende la competencia interpretativa del TJCE a aquellos conceptos utilizados por una directiva que ya se encuentren en reglamentos o en Derecho originario tampoco parece excesivamente razonable, si se tiene en cuenta que, en ocasiones, el reglamento es posterior a la directiva, sin mencionar el hecho, nos permitimos añadir, de que es posible que un mismo concepto, como trabajador o consumidor, no tenga por qué tener el mismo significado en una Directiva y en un Reglamento [79]. En cualquier caso, parece claro que la distinción entre Derecho primario o secundario no se muestra muy productiva en la solución de esta cuestión, pues independientemente de su ubicación los conceptos devienen igualmente parte del Derecho europeo. Por último, la competencia del TJCE fundada en ga-

[78] *Cf.* I. Klauer, «General...», *loc.cit.*, pp. 192-196.

[79] Así, la *Sent. TJCE de 12 de mayo de 1998 (As. C-86/96: «Martínez Sala»)*, indica que «el concepto de trabajador en Derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate. Así, el concepto de trabajador utilizado en el marco del artículo 48 del Tratado CE y del reglamento n. 1612/68 no coincide necesariamente con el empleado en el ámbito del artículo 51 del Tratado CE y del reglamento 1408/71», procediendo a continuación a deslindar ambos conceptos.



rantizar la finalidad de la directiva puede conducir a un círculo vicioso: en el ámbito del consumo, el propósito explícito de cualquier directiva es obtener una armonización mínima, permitiendo desarrollos nacionales más restrictivos, pero cada disposición de la directiva constituye una parte de ese estándar mínimo, a menos que contenga una expresa remisión a los Derechos nacionales. En conclusión, parece no existir razón alguna para restringir la competencia del TJCE acerca de la interpretación y desarrollo judicial de las directivas [80].

*La Sent. TJCE de 10 de mayo de 2001 (As. C-203/99: «Henning Verdfald/ Arhus Amtskommune»)* viene a confirmar las amplias facultades de desarrollo judicial de las directivas por parte del TJCE. Este se enfrentaba a un auténtico «caso difícil», con múltiples interrogantes acerca de la interpretación y alcance de la Directiva 85/374/CEE (responsabilidad por productos defectuosos), en concreto de la aplicación de algunos de los conceptos generales de la directiva a un caso muy singular. Se trataba de una acción por daños derivada de una intervención médica fallida. Concretamente, la víctima esperaba el transplante de un riñón donado por un hermano, que fue extraído e irrigado con un producto de perfusión defectuoso que provocó su inutilización, frustrando el inminente transplante. En primer lugar, el TJCE hubo de interpretar que el supuesto no justificaba una exoneración de responsabilidad por no haberse puesto el producto en circulación, en el sentido del art. 7 de la Directiva, para lo cual precisó el alcance y aplicabilidad al caso del concepto «puesta en circulación». En segundo lugar, procedió a excluir el supuesto, asimismo, de la causa de exoneración relativa a los productos fabricados sin interés económico ni en el marco de actividad profesional, al tratarse de un servicio médico gratuito; y hubo de hacerlo precisando el sentido del «carácter económico y profesional de la fabricación de un producto» en relación con una actividad de servicios financiada con fondos públicos. Finalmente, el TJCE hubo de precisar el concepto de «daños materiales», indicando que éstos pueden considerarse daños causados por muerte o lesión corporal (personales) y daños causados a una cosa (letras a y b del art. 9.1.° de la Directiva). Tales daños se encuentran cubiertos por la directiva, y no así los daños morales, cuya reparación depende de los Derechos

[80] *Cf.* I Klauer, «General...», *loc.cit.*, pp. 196-199.

nacionales. El TJCE considera que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales decidir si el daño material se enmarca en la letra a) o en la letras b) del art. 9.1 de la directiva, pero también que, en modo alguno, puede denegar la indemnización por estimar que el daño material no está comprendido en ninguna de ambas categorías, que el TJCE considera, pues, omnicomprensivas.

76. La cuestión polémica, suscitada asimismo en el planteamiento de I. Klauer, se refiere a la necesidad de poner en relación la facultad de desarrollo judicial de las directivas con su caracterización como estándares mínimos de protección, que admiten disposiciones más estrictas por parte de los Estados miembros [81]. En tales hipótesis se plantea de inmediato la cuestión de si aquéllos Estados que han adoptado una reglamentación más restrictiva están habilitados para un desarrollo judicial y una interpretación de los conceptos generales igualmente más restrictiva que la que corresponde al TJCE acerca de los estándares mínimos de la Directiva. El planteamiento de I. Klauer es que preceptos como el art. 8 de la Directiva 93/13/CEE no habilitan una interpretación más restrictiva de los términos generales contenidos en la Directiva, tales como la «buena fe», puesto que ello iría en contra del objetivo armonizador. El significado de tal precepto sería una habilitación a los Derechos nacionales en orden a extender la aplicación de la Directiva más allá de su ámbito de aplicación, a otro tipo de contratos o de personas. La tesis de I. Klauer, que se apoya expresamente en las tesis aisladas de U. Everling, pretende encontrar acomodo en la decisión del TJCE en el sunto «*Nissan*». Sin embargo, este argumento resulta discutible. En el asunto «*Nissan*» es cierto que el TJCE procede a interpretar con el mayor detalle, por referencia a un caso concreto, el concepto de

[81] *Vid.* asimismo un apunte del problema en H.J. DE KLUIVER, «Harmonisation...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 51.



«publicidad engañosa», llegando a la conclusión de que la publicidad litigiosa no podía considerarse «engañosa» a tenor de la Directiva. De ahí extrae I. Klauer la consecuencia de que no hay lugar alguno para una Derecho nacional más estricto [82].

En nuestra opinión, ni el planteamiento del caso, ni las consideraciones del Abogado General ni la propia decisión permiten llegar a dicha conclusión. En el asunto no se alegaba, en principio, disposición alguna más estricta proveniente del Derecho francés, sino pura y simplemente una interpretación del concepto establecido en la Directiva. Al resultar una Directiva con estándares mínimos de protección, la interpretación de los conceptos generales y, en concreto, del concepto «publicidad engañosa» debe ser desarrollado judicialmente por el TJCE, con el objeto de determinar en qué medida un caso concreto puede ser contrario a la propia Directiva. Sin embargo, semejante competencia interpretativa no prejuzga, a nuestro juicio, la eventual corrección de una interpretación más restrictiva por parte de los ordenamientos nacionales. Dicho de otro modo, las consecuencias interpretativas del TJCE varían según que lleven a considerar la publicidad en cuestión como contraria o compatible con la propia Directiva. En el primer caso, es evidente que la interpretación del TJCE es vinculante, puesto que garantiza la protección mínima uniforme contemplada en el Tratado. En el caso contrario, precisamente al que conduce el fallo del asunto «*Nissan*», no debe prejuzgar la posibilidad de que el órgano jurisdiccional nacional intérprete el concepto de forma más restrictiva. Haciéndolo, no vulnera de hecho la Directiva, pues respeta el mínimo de protección armonizada prevista y se adecua a la posibilidad de que el Derecho nacional contemple una reglamentación más estricta. Por otra parte, resultaría un con-

[82] *Cf.* I. KLAUER, «General...», *loc.cit.*, pp. 202-210.

trasentido que los Estados miembros pudiesen extender la protección del consumidor a supuestos no contemplados en la propia Directiva *ratione personae* o *ratione materiae* y, en consecuencia, no armonizados, y tuviesen que emplear el concepto general de «buena fe» o «publicidad engañosa» contemplado en la Directiva, por lo que, por definición, para los supuestos ampliados siempre podría establecer un concepto general más estricto. Pero tampoco hay razón alguna para que este concepto pueda ser más estricto dentro de los supuestos contemplados por las directivas de mínimos.

En efecto, las Directivas que contienen la posibilidad de un Derecho nacional más estricto atienden esencialmente a la protección de determinados sujetos: consumidores, trabajadores, acreedores, etc. Las divergencias nacionales impiden, en ocasiones, reglamentaciones más ambiciosas por lo que, en virtud del principio de subsidiariedad, se opta por una reglamentación de protección mínima uniforme, que puede admitir variaciones sólo en la dirección de optimizar el objetivo tuitivo contemplado. Dentro de este esquema, la finalidad armonizadora cede frente a la finalidad tuitiva, por lo que no sólo es lógico admitir una extensión de la protección a otros supuestos no contemplados en el ámbito de aplicación de una directiva, sino una intensificación de la protección en los supuestos contemplados en la directiva. Ello no empece que el contenido mínimo de los conceptos deba ser interpretado por el TJCE, pero asistimos entonces a una «interpretación de mínimos» que actúa asimismo con estándar mínimo o límite para la interpretación nacional, que no debe perjudicar la posibilidad de una interpretación más estricta, esto es, más protectora por parte de la jurisdicciones nacionales. Este es el resultado real al que conduce una interpretación teleológica acerca de las posibilidades de desarrollo judicial de las directivas que prevén estándares mínimos de protección.

Por lo demás ello no prejuzga la competencia del TJCE, irrestricta en otros casos donde la directiva no actúa como estándar mínimo, en el desarrollo judicial e interpretación de los conceptos contenidos en las directivas con incidencia en el Derecho privado.



## 4. El papel del TJCE

### A. Método de interpretación del DPC

77. Avanzábamos ya en el epígrafe anterior la importancia del desarrollo judicial de las Directivas y el relevante papel que en él ha de jugar el TJCE. En el DPC, el desarrollo judicial deviene un engranaje esencial del sistema, por la propia tradición europea del «Derecho judicial». Ciertamente, el Derecho judicial desempeña un rol muy singular en el *common law*, mientras que las corrientes del pensamiento jurídico dominantes en el continente durante el siglo XIX trataron de minimizar la creatividad judicial, más en unos países (Francia) que en otros (Alemania) [83]. Con todo, las corrientes que, especialmente a partir de mediados del siglo XX, han venido sustentado la filosofía de la tópica jurídica, la nueva retórica, la jurisprudencia de valores o las teorías de la argumentación, han corregido aquellos planteamientos, convirtiendo el desarrollo judicial en un elemento clave de los Derechos europeo-continentales. En consonancia con lo que es propio en los Derechos nacionales, el TJCE, como intérprete del DPC, está llamado a cumplir una misión esencial en la unificación de su interpretación, que es como decir su propio aliento vital [84].

78. En la interpretación del DPC originario o en la integración negativa del DPC la función del TJCE encaja fácilmente dentro de su cometido más característico. Se trata, al fin y al cabo, de interpretar las disposiciones de los Tratados y, en particular, de reprodu-

[83] *Vid.* U. Everling, «Richterliche...», *loc.cit.*, pp. 218-220.

[84] Ciertamente, para el TJCE no rige el principio «*Judge made Law*», ni alcanza el papel creador de la jurisprudencia en el Derecho anglosajón, como el propio TJCE señala en algunas decisiones [*Sent.TJCE de 13 de mayo de 1997 (As. C-233/94: «Alemania/Parlamento y Consejo»)*, fundamento jurídico 56.º].

cir para el ámbito del Derecho privado el juego normas de las libertades de circulación y las políticas comunitarias. En este ámbito, el TJCE actúa casi como una jurisdicción constitucional y puede afirmarse que los jueces se mueven en estos terrenos con cierta seguridad, bien en virtud de su propio perfil profesional, bien por pura experiencia [85]. Pero el TJCE también despliega su competencia interpretativa sobre el Derecho derivado (art. 234 CE). Se trata de un terreno diferente, enormemente variopinto y ciertamente complejo para un Tribunal no especializado. Cuando los actos normativos del derecho derivado se refieren al DPC, dicha complejidad se multiplica y se pone en duda la posibilidad de una interpretación adecuada por el TJCE, cuya jurisprudencia en materia de Derecho privado, en sectores muy distintos, ha recibido severas críticas [86]. Además, en el caso de las Directivas, cuya aplicación se produce a través de la transposición por los Derechos nacionales, el TJCE debe ser capaz de tender puentes entre los sistemas nacionales lo suficientemente sólidos

[85] Es en este ámbito general donde el TJCE genera con más facilidad construcciones y principios generales de indudable éxito. Así, suele señalarse el principio de protección de las expectativas legítimas que, desde la jurisprudencia comunitaria, ha sido importada por el Derecho británico, especialmente para construir su Derecho público, como avala la decisión de la *House of Lords* de 1985 en el asunto «*Council of Civil Services Unions v. Minister for the Civil Service*». *Cf.* T. KOOPMANS, «Towards a new *ius commune*», *The common law of Europe and the future of legal education (ed. B. de Witte y C. Forder)*, La Haya/Londres/Boston, 1992, pp. 48-49.

[86] *Vid.* C.V. SCHMID, «Legitimacy Conditions for a European Civil Code», *http://europa.eu.int/ comm/ consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm*, p. 9 y doctrina citada en nota 36.ª. Una recopilación periódica muy completa, que peca más por exceso que por defecto, de la jurisprudencia del TJCE en materia de derecho privado, es la recogida anualmente por W. HAKENBERG para la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. *Vid*, por ejemplo, la última aparecida: «Gemeinschaftrecht und Privatrecht. Zur Rechtsprecunhg des EuGH im Jahre 2000», *ZEuP*, 2001, pp. 888-913.



como para garantizar la armonización jurídica y el efecto útil de las Directivas [87].

Para enfrentarse al DPC, especialmente el DPC derivado, el TJCE ha de calibrar de forma particular las distintas opciones o métodos de interpretación. Al margen del papel que debe cumplir el Derecho o método comparativo, al que nos referiremos en breve, procede ahora una referencia a cómo juegan los métodos clásicos de interpretación ante una cuestión de DPC [88]. Debe repararse, con carácter previo, en el carácter metalingüístico del Derecho comunitario y, por ende, de su interpretación, sin perjuicio de la incidencia que pueda desplegar la lengua del procedimiento [89]. Pero, en consonancia, la interpretación tiende a ser asimismo autónoma o metanacional. Se trata, ciertamente, de una petición de principio. Tendremos ocasión de analizar las dificultades con que se encuentra el TJCE a la hora de arrostrar un método auténticamente comparado; pero, además, no debe perderse de vista que, finalmente, los jueces proceden de culturas jurídicas nacionales de las que no pueden abstraerse ab-

[87] *Vid.* en este sentido U. EVERLING, «Richterliche...», *loc.cit.*, pp. 225-226.

[88] *Vid.* para un análisis más detallado las reflexiones de M. FRANZEN, *op.cit.*, pp. 348-355, 445-500 y 631-637; M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 222-235; S. LEIBLE, *op.cit.*, § V.E.II; Id., «Die Rolle der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bei der europäischen Privatrechtsentwicklung», *Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch*, Frankfurt, Springer, 1999, pp. 53-86. También son interesantes las apreciaciones de U. EVERLING, «Richterliche...», *loc.cit.*, pp. 222-224; R. SCHULZE, «Auslegung Europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts — Einführung», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, 1999, pp. 9-25.

[89] *Vid.* las reflexiones de U. EVERLING, «Ricterliche...», *loc.cit.*, pp. 222-223. Para N. URBAN, a pesar de la interpretación metalingüística que lleva a cabo el TJCE, el francés es en realidad la lengua predominante y la más influyente en el procedimiento y resultado de la interpretación (*cf.* «One Legal Language and the Maintenance of Cultural and Linguistic Diversity?», *ERPL*, 2000, pp. 55-56).

solutamente. Aún así, puede admitirse un cierto «afrancesamiento» de la jurisprudencia del TJCE, como telón de fondo; no sólo por el carácter de las cuestiones procedimentales y formales, sino también por la estructura expositiva o de construcción de la sentencia y, específicamente, por el estilo y el lenguaje [90].

79. En primer término, la interpretación literal o gramatical despliega una importancia mínima. Debe servir, exclusivamente, como un mero punto de partida [91]. Se trata de una consecuencia elemental, si se tiene presente que nos encontramos ante un sistema plurilingüe. Sin embargo, como ha puesto de relieve H. Schulte-Nölke en relación con la *Sent. TJCE de 17 de marzo de 1998 (As. C-45/96: «Dietzinger»)*, en muchas ocasiones el TJCE se ciñe a criterios de esta índole para resolver una cuestión prejudicial [92]. Con razón el profesor de Nimega critica al TJCE al hacer uso de una interpretación de corte decimonónico, propia de una jurisprudencia de conceptos anclada en la interpretación literal, que denota una falta de voluntad de un auténtico desarrollo judicial [93]. Siguiendo sus tesis, debe man-

[90] *Vid.* en este sentido S. LEIBLE, *op.cit.*, §5.V.2.a.; Id.; «Die Rolle...», *loc.cit.*, p. 78. *Cf.* P. HOMMELHOFF, «Die Auslegung...», *loc.cit., op.cit.*, p. 32.

[91] *Cf.* P. HOMMELHOFF, «Die Auslegung...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 32-33.

[92] *Vid.* «Elf Amstprachen, ein Recht? Folgen der Mehrsprachigkeit für die Auslegung von Verbraucherschutzrichtlinien», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, 1999, pp. 143-160. El asunto enfrentaba la versión lingüística en inglés, equivalente a la sueca, de la Directiva 85/577 (contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles), con la más generalizada en alemán y en otras lenguas, que afectaban a la interpretación de la cuestión litigiosa. El TJCE únicamente manejó la versión alemana, procediento a una interpretación literal que en modo alguno tuvo en cuenta la diversidad lingüística mencionada (*ibíd.*, pp. 143-146), ello con independencia de que pudieran existir otros argumentos a favor de la versión alemana, que en todo caso no aparecen en la fundamentación jurídica de la sentencia (*ibíd.*, pp. 154-155).

[93] *Ibíd.*, pp. 153-154.



tenerse como principio la ausencia de valor de la interpretación literal en un sistema jurídico plurilingüe [94]. De hecho, este carácter plurilingüe o metalingüístico aconseja asimismo minimizar o relativizar la interpretación histórica, incluso la sistemática, primando la teleológica [95].

Ya en la *Sent. TJCE de 12 de noviembre de 1974 (As. 32-74: «Haaga»)* el TJCE puso de manifiesto la necesidad de adecuar la interpretación gramatical a los fines de las Directivas. La *Sent. TJCE de 17 de diciembre de 1998 (As. C-236/97: «Codan»)* incide asimismo en la idea de que la interpretación literal implica una comparación de las versiones lingüísticas de una Directiva. Si se detectan discrepancias y no resulta posible una formulación clara en la mayoría de las versiones lingüísticas, es donde el TJCE señala la necesidad de que sea interpretada «en función del sistema general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte». No obstante, hemos visto otros asuntos en que la interpretación literal en casos de contradicción entre distintas versiones lingüísticas se imponía a otras consideraciones de índole teleológica («*Dietzinger*»).

80. La interpretación histórica o la nomogénesis no tiene para el TJCE la más mínima relevancia [96]. En cambio, la interpretación sistemática sí cumple una función relevante el las decisiones del TJCE [97]. Se trata no sólo de garantizar la coherencia y la conciliación entre los distintos actos normativos del Derecho comunitario, sino también de alcanzar un enjuiciamiento de un texto normativo de conformidad con el sistema general y el grupo normativo del que

[94] *Ibíd.*, p. 157.

[95] *Ibíd.*, pp. 158-159.

[96] *Cf.* P. HOMMELHOFF, «Die Auslegung...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 33-34; S. LEIBLE, §V.E.II.2.

[97] *Sent. TJCE de 6 de octubre de 1982, As. 283/81 («CILFIT»); Sent. TJCE de 7 de diciembre de 1995 (As. C-449/93: «Rockfon»; Sent. TJCE de 17 de diciembre de 1998 (As. C-236/97: «Codan»)*

forma parte. En buena parte de los supuestos, el recurso por el TJCE a la interpretación sistemática tiene por finalidad deslindar el ámbito de aplicación, singularmente material, de los actos normativos de DPC derivado o de sus disposiciones concretas [98].

81. Pero, sin lugar a dudas, la interpretación teleológica es la clave de la interpretación del DPC. Despliega su incidencia en varios frentes. El primero, y tal vez el más relevante, tiene que ver con el objetivo último de la armonización, que no es otro que la integración en un sentido amplio o, si se quiere, las necesidades y correcto funcionamiento del mercado interior al que se vinculan las medidas armonizadoras. El TJCE debe tender a garantizar el «efecto útil» del acto normativo en cuestión, pero también debe incorporar, como contrapunto, la versión «judicial» de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad [99], de forma que el resultado de su juicio se someta asimismo al «test de necesidad» y al «test de eficacia» que están en la base de ambos principios. No obstante, no es posible desarrollar judicialmente el DPC sobre la base del único objetivo de la integración. Y, sin embargo, muchas de las decisiones del TJCE aparecen justificadas de forma exclusiva en la lógica de la integración. De ahí que se critique un cierto «formalismo integracionista» de dicha jurisprudencia [100]. Se echa en falta que el TJCE de mas importancia a la propia «lógica del Derecho privado» que debe estar presente en el DPC, desarrollándolo judicialmente no sólo sobre principios integradores, sino también sobre criterios materiales y principios de segundo nivel propios de un sistema de Derecho privado. Queda por ver —y trataremos de proporcionar algunas claves en la segunda parte de este trabajo— si se trata de una posibilidad al al-

[98] *Cf.* P. HOMMELHOFF, «Die Auslegung...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 34-36.
[99] *Vid.* U. EVERLING, «Richterliche...», *loc.cit*, p. 223.
[100] *Vid.* O. REMIEN, «Über den Stil...», *loc.cit.*, p. 16.



cance del TJCE o, simplemente, una aspiración vana que no habilita el propio sistema del DPC.

Un ejemplo de la prevalencia de los criterios teleológicos sobre los literales se observa en la *Sent. TJCE de 25 de octubre de 2001 (As. 112/99: «Toshiba/Katun»)*. La interpretación literal de la Directiva 84/450, en su versión modificada por la Directiva 97/55 (publicidad engañosa y comparativa) abocaba a la consideración como comparativa de la publicidad derivada de la indicación, en el catálogo de un proveedor de piezas de repuesto y materiales consumibles destinados a los productos de un fabricante de máquinas, de los números de los artículos que dicho fabricante atribuye a las piezas de repuesto y a los materiales consumibles que el mismo comercializa. Semejante interpretación literal chocaba, desde un punto de vista sistemático, con el contenido de la Directiva 89/104 (marcas) y los supuestos de uso legítimo de marcas ajenas. Para dilucidar la cuestión, el TJCE repara en el objetivo expresado en el segundo considerando de la Directiva 97/55, al afirmar que «la publicidad comparativa contribuirá a demostrar objetivamente las ventajas de los distintos productos comparables y, de este modo, a estimular la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en beneficio del consumidor» De ahí extrae el TJCE un principio interpretativo de naturaleza teleológica, una especie de *favor publicitatis*, al estimar que «los requisitos impuestos a la publicidad comparativa deben interpretarse en el sentido más favorable a este tipo de publicidad».

Si el criterio teleológico es fácilmente detectable en la jurisprudencia del TJCE en materia de Derecho privado, es cierto que normalmente aparece con grandes carencias en el desarrollo argumentativo [101]. El estilo de la fundamentación jurídica es más bien lacónico y, en realidad, más que argumentativo es o pretende ser autoritario [102]. Al contrario que los abogados generales en sus conclusiones, dicha autoridad no la sustenta el TJCE en las citas, prácticamente inexistentes, de la doctrina científica [103]. De hecho, nada más lejos

[101] En este sentido *cf.* P. HOMMELHOFF, «Die Auslegung...», *loc.cit., op.cit.*, p. 37.
[102] *Vid.* O. REMIEN, «Über den Stil...», *loc.cit.*, p. 25.
[103] *Cf.* O. REMIEN, «Über den Stil...», *loc.cit.*, p. 28.

de la jurisprudencia del TJCE que un afán de construcción o fundamentación «científica». Ni siquiera cabe hablar de una retórica propia del TJCE, de un método argumentativo más o menos estructurado. El TJCE sienta doctrina con una economía de medios proverbial. Sus fundamentos jurídicos son casi telegráficos, reiterativos y faltos de cualquier desarrollo con pretensiones de desarrollo judicial en sentido amplio. En muchos casos, diríase que utiliza un estilo más propio de un órgano administrativo o gubernativo que judicial, muchas veces en contraste con las posiciones de los abogados generales. Y también con frecuencia el lector avisado puede creer con motivo que el TJCE no se percató, ni de lejos, del trasfondo jurídico de una controversia.

82. En íntima relación con la interpretación teleológica dominante, el TJCE ha de actuar en el ámbito del Derecho privado con un método comparativo. En el Derecho comunitario originario, sólo encontramos una referencia concreta a la necesidad de utilización del método comparativo por parte del Tribunal de Justicia respecto de una cuestión de Derecho privado [104]. Se trata del segundo párrafo del art. 288 CE (ex 215), que basa la determinación del régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, en los «principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros» [105], a pesar de cuya existencia no se han llegado todavía a elaborar unas reglas concretas sobre la materia, como hemos visto al referirnos a la responsabilidad del Estado. No obstante y aún cuando no lo mencione en forma explícita, el TJCE tiene una puerta abier-

[104] El método comparativo es imprescindible, asimismo, en el ámbito del Derecho público, singularmente para determinar el alcance de los derechos fundamentales.

[105] Sobre el alcance de la expresión en este contexto, *vid.* W. VAN GERVEN, «Taking Article 215(2) EC Treaty Seriously», en J. BEATSON / T. Tridimas (dirs.), *New Directions in European Public Law*, Oxford, 1998, pp. 40 ss.



ta para la comparación jurídica en el texto del art. 220 CE (antes 164) que le obliga a garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado [106].

En la mayoría de los casos, el recurso al Derecho comparado se origina en la necesidad de obtener una definición o una interpretación de un concepto o de una norma que no es dable encontrar en el propio Derecho comunitario. Otras veces, la tarea del Tribunal se dirige a buscar la integración de una laguna del ordenamiento, «corrigiendo» de algún modo la lentitud del legislador comunitario [107]. En ambos casos los Abogados Generales y en menor medida los Jueces han hecho gala de un notable esfuerzo por rastrear las mismas en las fuentes de los Derechos nacionales. No se trata de un asunto fácil. Tanto es así que a veces el resultado de esa indagación termina en el descubrimiento de concepciones muy diferentes cuando no abiertamente antagónicas. En estos casos, el TJCE se ve abocado a decidirse por una de ellas o a crear una que sea propia del ordenamiento comunitario.

Así, en la *Sent. TJCE de 11 de noviembre de 1997 (As. C-251/95: «Puma»)* el Tribunal tuvo que interpretar el concepto de «riesgo de confusión» que aparecía en la primera directiva de armonización del Derecho de marcas. En su búsqueda de la interpretación adecuada, el Abogado General se encontró con concepciones nacionales incompatibles; en particular, existía en el Derecho alemán una definición más concreta, mientras que en los países del Benelux aparecía el concepto de «riesgo de asociación» que desbordaba al término que se debía interpretar. El Tribunal adoptó como válida para toda la Comunidad la concepción

[106] *Vid.* el punto 27 de la *Sent. TJCE de 5 de marzo de 1996 (Ass. C-46/93 y C-48/93: «Brasserie du Pêcheur y Factortame»)*, donde, sobre la base de dicho artículo, se hace referencia a «los principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros».

[107] *Vid.* F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario (il ruolo della comparazione)*, Milán, 2000, p. 111.

alemana [108]. La otra opción, la de crear conceptos autónomos, específicos para las normas comunes, es la que ha prevalecido, por ejemplo, en la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968.

La constatación de las divergencias nacionales como resultado de una indagación de Derecho comparado también se ha producido en el marco del Derecho de familia. Como ejemplo cabe hacer mención de la *Sent. TJCE de 17 de febrero de 1998 (As. C-249/96: «Grant»)* en la cual el Tribunal tuvo que decidir acerca de la compatibilidad con el principio de no discriminación por razón de sexo en materia de retribuciones salariales consagrada en el entonces art. 119 (ahora 141 CE), de la decisión de un empleador de rechazar la concesión de un beneficio relativo al transporte a una empleada que lo reclamaba para su «cohabitante» (es decir, del mismo sexo), mientras el mismo beneficio era reconocido a los cohabitantes de distinto sexo. El Tribunal consideró que la actitud del empleador no era contraria al Derecho comunitario ya que de la observación de los Derechos nacionales podía concluirse que en la mayoría de ellos no existía una asimilación entre las uniones homosexuales estables, de un lado, y los matrimonios o las uniones heterosexuales estables, de otro. En este caso, las evidentes divergencias llevaron a la adopción de una postura conservadora (opuesta a la sugerida por el Abogado General Elmer, por cierto), que se cuidó de dejar el balón en el campo de los legisladores nacionales que quisieran realizar tal asimilación.

83. Otros elementos colaterales deben tenerse en cuenta en la interpretación por el TJCE del DPC. Con carácter general, puede afrimarse que el TJCE no está vinculado por la fuerza del precedente. De otro modo dicho, no rige en sentido estricto la regla *stare decisis* [109]. Ciertamente, el TJCE trata de consolidar líneas jurisprudenciales para casos similares, y acostumbra a aderezar sus fundamentos con referencias detalladas a los asuntos anteriores resueltos en el mismo sentido. Pero, en realidad, el TJCE modifica con cierta frecuencia su propia jurisprudencia, sin que exista una vinculación jurídica del precedente susceptible de ser invocada con éxito por las partes interesadas. Por último, no debe olvidarse el singular papel que desempeñan los abogados generales y sus conclusiones, y su desigual suerte en la redacción de la sentencia por los jueces [110].

[108] El ejemplo aparece en G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Consideraciones...», *loc. cit.*, p. 23. Allí el Presidente del TJCE señala claramente que en presencia de soluciones nacionales incompatibles «es inevitable que el Tribunal se decida por una determinada concepción». Para una crítica con el derrotero del Tribunal en esta materia, *vid.* M. LUBY, «Le risque de confusion, un duo dissonant entre la Cour de justice et le juge national», *Journ. dr. int.*, 2, 2001, pp. 487-503.

[109] *Vid.* los ejemplos que suministra U. EVERLING, «Richterliche...», *loc.cit.*, p. 224.



## B. El TJCE como juez civil: valoración crítica

84. Podemos anticipar la dificultad, si no imposibilidad, de que el TJCE pueda llevar a cabo, con garantías, una interpretación uniforme y adecuada del DPC. Por un lado, el propio TJCE ha limitado su propio papel admitiendo la doctrina del «acte clair» en el asunto *«CILFIT»* [111], hecho que, junto a los límites que derivan del propio carácter de los procedimientos judiciales, no garantizan una verdadera unificación del DPC, ni una interpretación unforme, sino más bien un DPC desarrollado judicialmente por las jurisdicciones nacionales. En segundo lugar, como ya pusimos de relieve al abordar el desarrollo judicial de las Directivas, y como detallaremos más adelante, el Derecho comunitario no proporciona los suficientes mimbres jurídicos para que el TJCE pueda interpretar el DPC prescindiendo de los Derechos nacionales, incluyendo la inducción de principios generales. La necesidad de recurrir a un método compa-

[110] Sobre las conclusiones de los abogados generales y el DPC, *vid.* P. HOMMELHOFF, «Die Auslegung...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 31-32.

[111] *Sent. TJCE de 6 de octubre de 1982, As. 283/81 («CILFIT»). Cf.* el parecer de L. VOGEL, «Die Harmonisierung...», *loc.cit.*, p. 609.

rado notablemente sofisticado en el ámbito del Derecho privado permite dudar de la aptitud real del TJCE para resolver con solvencia tan variadísima problemática. En tercer lugar, del estudio de los mecanismos de interpretación empleados por el TJCE en materia de Derecho privado es imposible inducir un verdadero método o «cánon luxemburgués» [112]; al contrario, los diferentes criterios de interpretación priman según su utilidad para resolver el caso concreto, de modo tal que la predicción de las decisiones resulta imposible y desconcertaría a cualquier filósofo del «realismo jurídico». A ello se añade la ausencia o parquedad de fundamentos fácticos y jurídicos que provocan un riesgo de rechazo de las decisiones del TJCE.

85. Como puede percibirse con bastante claridad, los principios generales empleados por el TJCE (proporcionalidad, expectativas legítimas, previsibilidad o seguridad jurídica, legalidad de los actos administrativos, tutela judicial efectiva, igualdad de trato) [113] son principios generales del Derecho sin duda extensibles al Derecho privado, pero no específicamente inducidos del Derecho privado. En la hora actual, hasta los principios utilizados para resolver presuntas cuestiones de Derecho privado en el ámbito de los derechos reales o personales, tales como la confidencialidad o privacidad, la no discriminación por razón de sexos o las garantías fundamentales en un procedimiento de expropiación [114], se vinculan a derechos fundamentales o constitucionales. En suma, los principios de Derecho comu-

[112] *Cf.* P. HOMMELHOFF, «Die Auslegung...», *loc.cit, op.cit.*, pp. 29 y 38-39.

[113] Contrastando el alcance de un principio como el del respeto de las legítimas expectativas con el carácter rudimentario de los principios de Derecho privado europeo, H.W. MICKLITZ, «Perspektiven...», *loc. cit.*, pp. 263-270.

[114] *Vid.* J.A. USHER, «Principles derived from private law and the European Court of Justice», *ERPL*, 1993, pp. 109-136



nitario vendrían a ser principios de primer nivel, equiparables a principios constitucionales como los de libertad, seguridad jurídica, legalidad, etc.

Así, la *Sent. TJCE de 20 de noviembre de 1997 (As. C-338/95: «Wiener SI GMBH c/ Hauptzollamt Emmerich»)* nos recuerda que «el principio de seguridad jurídica constituye un principio fundamental del Derecho comunitario... que exige, particularmente, que una normativa que establezca gravámenes para el contribuyente sea clara y precisa, con el fin de que éste pueda conocer, sin ambigüedad, sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia». La seguridad jurídica subjetiva, previsibilidad o certeza del Derecho, aparece aquí como uno de esos principios de primer nivel, que podrían suscribirse en el marco del art. 9 de la Constitución española.

Pero se produce una ausencia palpable de principios de segundo nivel, que son precisamente los más necesarios en los sectores específicos del Derecho privado. No encontramos en la jurisprudencia del TJCE principios particulares sobre la responsabilidad extracontractual por culpa, la abstracción de las obligaciones o la tipicidad o publicidad de los derechos reales. Y los que alguna doctrina menciona como ejemplos de principios generales comunitarios con especial relevancia privatista (una lista menciona expresamente a: el ya señalado de la responsabilidad extracontractual de las instituciones o agentes de la Comunidad, el de información y transparencia en materia de contratos celebrados con consumidores, el de buena fe en los mismos contratos, los relativos a la paridad de trato entre hombres y mujeres en los contratos de trabajo, los que se refieren al «derecho de las personas», y el «nuevo» principio de la autonomía privada [115]), o bien no escapan a la afirmación general antes men-

[115] Se trata de la lista esbozada por F. TORIELLO, *op. cit.*, pp. 396-397. No obstante el propio estudio del autor italiano demuestra la existencia en el Derecho comunitario

cionada —como sucede claramente con la referencia a los contratos laborales— o bien no son producto de la labor pretoriana del Tribunal sino que se trata de criterios plasmados en normas de Derecho originario o derivado de las especulaciones de la doctrina. Incluso, cuando en alguna jurisprudencia aislada se encuentran principios o instituciones generales como el enriquecimiento injusto, se comprueba con cierta perplejidad que el tratamiento que les brinda el TJCE los hacen poco reconocibles en los sistemas nacionales.

En la *Sent. TJCE de 14 de enero de 1997 (Ass. C-192/95 y C-218/95: «Comateb y otros»)* se establece la obligación de los Estados miembros de devolver los tributos recaudados con infracción del Derecho comunitario, con la salvedad de que dicha devolución no procede si se demuestra que la persona obligada al pago de dichos derechos los repercutió efectivamente sobre otros sujetos. El TJCE, para justificar la excepción, recurre de forma lastimosa al principio del «enriquecimiento sin causa» característica del Derecho privado, al estimar que como tal habría que calificar el doble pago al sujeto pasivo del impuesto, sin remediar con ello las consecuencias que la ilegalidad del tributo tuvo para el tercero a quien se repercutió el impuesto. Precisa, sin embargo, que, al exigir el impuesto y repercutirse éste total o parcialmente en el precio de un producto destinado a la reventa a un tercero, se produce una disminución de las expectativas de ventas y del volumen de negocio, causando «un perjuicio que excluye, total o parcialmente, el enriquecimiento sin causa que, de lo contrario, se produciría por el reembolso». La utilización del principio del enriquecimiento sin causa no puede resultar más desafortunada, y desde luego no podría ser suscrita, desde una óptica de Derecho privado, por ningún sistema jurídico de los Estados miembros. En un supuesto como el señalado, el concepto de «enriquecimiento sin causa» característico de los Derechos civiles nacionales, no tendría cabida alguna, por más que presente acusadas diferencias según los sistemas, en especial en atención al carácter abstracto o causalista del Derecho de obligaciones. Aplicado el principio al Derecho fiscal, lo que ya de por sí resulta harto arriesgado, el único enriquecimiento sin causa sería el imputable al propio Estado por recaudar un impuesto indebido. En realidad, desde una perspectiva «privatista», el asunto plantea una cuestión pura y simple de responsabilidad por daños. La exigencia indebida de un impuesto que se repercute en el precio final de un producto produce, en efecto, una elevación del precio con la consiguiente reducción de las expectativas comerciales, o una reducción del margen comercial, si se opta por mantener el precio de referencia. En ambos casos, la medida provoca un daño comercial, básicamente por el lucro cesante, que ampara una indemnización por daños basada en la responsabilidad del Estado. Para este corto viaje, el TJCE no necesitaba las alforjas del principio de enriquecimiento sin causa. Pero su decisión se antoja más desafortunada, en la medida en que implica la utilización de un principio característico de los Derechos nacionales, particularmente de su Derecho privado, de manera atípica y desenfocada.

de principios de «primer nivel», fundamentalmente de Derecho público, con escaso predicamento en el derecho privado, si se exceptúan algunos tan genéricos como el principio de «tutela del consumidor».



86. Al objeto de habilitar un verdadero mecanismo de interpretación, desarrollo judicial e integración del DPC, son varias las propuestas que cabe hacer en orden a facilitar la labor del TJCE como jurisdicción civil. En principio, resulta urgente dotar al TJCE de mayores recursos humanos y materiales para poder hacer frente a las cuestiones prejudiciales que ya suscita, y sobre todo suscitará en un futuro próximo, el DPC [116]. Parece sensata, asimismo, la posibilidad de una especialización del TJCE [117], a través quizás de una Sala dedicada al DPC o de un Tribunal Supremo Europeo para el DPC. Pero si esto no se materializa, tampoco deben orillarse las tesis defensoras de un diálogo más fluido entre el TJCE y las jurisdicciones na-

[116] *Vid.* W. VAN GERVEN, «A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past»?, *ERPL*, 2001/4, p. 500.

[117] En este sentido *vid.* O. REMIEN, «Mitteilung zum europäischen Vertragsrecht», *http://europa.eu.int/ comm/ consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.* Un Tribunal civil europeo reclaman asimismo: S LEIBLE, «Die Rolle...», *loc.cit.*, pp. 59 y 80-83; el Colegio notarial de Baviera (*http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../legal_en.htm).*

cionales, y que llegan a propiciar una reforma de la función actual del TJCE, al objeto de dotar e mayor autonomía a las jurisdicciones nacionales que les permita expresar sus propias opiniones y construcciones acerca del DPC [118].

[118] *Vid.* en este sentido, P. HOMMELHOFF, «Die Auslegung...», *loc.cit., op.cit.*, p. 42. No obstante, J. BASEDOW pone de manifiesto, al hilo de la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas), la paradoja de los muchos casos judiciales nacionales y las escasísimas cuestiones prejudiciales, cuando no se trata de actos claros, sino de cuestiones complejas y de difícil interpretación. De tal forma, es difícil imaginar una interpretación uniforme, pero también se comprueba la poca predisposición al diálogo con el TJCE de las jurisdicciones nacionales (*cf.* «Die Klauselrichtlinie und der Europäische Gerichtshof — eine Geschichte der Verpaßten Gelegenheit», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 277-290). Acerca de la necesidad de que las jurisdicciones nacionales asuman el DPC como una condición indispensable para su eficacia, *vid.* S. LEIBLE, «Die Rolle...», *loc.cit.*, pp. 75-76.

# IV
# EL PAPEL DEL DIPR COMUNITARIO EN EL DPC

## 1. LA COMUNITARIZACIÓN DEL DIPR

### A. Configuración del DIPr comunitario [1]

87. El desarrollo del DIPr comunitario desde los inicios de la integración europea ha sido incesante, y ha transcurrido por etapas muy diversas. Originalmente, el art. 220 TCE propició la construcción de un DIPr «comunitario» de base convencional, que no admitía el calificativo de «institucional», aunque «funcionalmente» desplegara un importante papel en la integración del mercado, particularmente a través de la generación de un espacio judicial europeo, merced al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su extensión, mediante el Convenio paralelo de Lugano de 16 de

[1] Para un estudio completo del DIPr comunitario positivo *vid.* especialmente los trabajos de K.F. KREUZER: «Die Europäisierung des internationalen Privatrechts — Vorgaben des Gemeinschaftsrechts», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 457-542. Una versión en francés más reducida se encuentra en «Unifier le droit: le rêve impossible?, *Droit Global Law (dir. Louis Vogel)*, París, Université Panteón-Assas (Paris II), 2001/1, pp. 97-137.

septiembre de 1988, a países como Suiza, Islandia, Noruega o Polonia. El propio Convenio de Bruselas, y el deseo de evitar el *forum shopping* en un mercado en que las sentencias circulan libremente, aconsejó la adopción del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que aún actualmente constituye la base del DIPr de los contratos en los Estados miembros. La opción convencional se mantuvo básicamente en el Tratado de Maastricht adscribiendo al tercer pilar la cooperación judicial en materia civil (art. K.3.2.c TUE) [2].

Junto con los convenios complementarios de DIPr, algunos actos normativos de Derecho derivado fueron incorporando normas concretas de DIPr, tanto relativas a la competencia judicial internacional como a la ley aplicable. En el primer ámbito puede señalarse, a título de ejemplo, la norma de competencia judicial que se contiene en el art. 6 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, que modifica los foros de competencia que se contienen tanto en el Convenio de Bruselas como en el Reglamento «Bruselas I», al prever la posibilidad de entablar una acción judicial en el país donde esté o haya sido desplazado temporalmente el trabajador, con el fin de garantizar los derechos contenidos en el propio art. 3 de la Directiva, a saber, períodos máximos de trabajo y períodos mínimos de descanso, duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, cuantías del salario mínimo y horas extraordinarias, condiciones de suministro de mano de obra, salud, seguridad e higiene en el trabajo, medidas de protección de mujeres embarazadas, niños y jóvenes, e igualdad de trato entre hombres y mujeres. En el ámbito del Derecho aplicable, cabe citar las reglas de Derecho aplicable especiales contenidas en las Directivas comunitarias en materia de seguros, que justifican la limitación del ámbito de aplicación material del Convenio de Roma de 1980 (art. 1.3.º) [3].

[2] *Vid.* J. PIRRUNG, «Europäische justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen — insbesondere das neue Scheidungsübereinkommen», *ZEuP*, 199/4, pp. 834-848.

[3] Sobre los distintos niveles de problemas que presenta la inclusión de normas de DIPr dentro del Derecho comunitario derivado, *vid.* M.J. LUNAS DÍAZ, «El principio de primacía comunitario y el Derecho internacional privado», *RDCE*, 1998, pp. 495-498.



88. El tratado de Ámsterdam ha povocado un cambio sustancial, al instaurar la comunitarización del DIPr en el Título IV CE [4]. Las competencias recogidas en el art. 65 CE abarcan los sectores característicos del DIPr: competencia judicial internacional, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y auxilio judicial [5]. Ciertamente, los arts. 94 y 95 CE habilitan la armonización puntual del DIPr, pero la nueva competencia tiene la virtud de erigir al DIPr como un sector autónomo, dotado de una base jurídica propia. Ciertamente, la competencia aparece inscrita en un Título IV con una rúbrica poco apropiada («visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas»), que genera no poca confusión, al mezclar dos cuestiones que debían haberse separado, cuales son el DIPr y el Derecho de extranjería [6].

La primera cuestión que suscita la nueva competencia prevista en el art. 65 CE es su relación con el propio art. 95 CE. Para parte

[4] Para las causas que en cierto modo justifican la comunitarización, *cf.* J. BASEDOW, «European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam», *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley, 2001, pp. 176-179; Id.: «The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, vol. 37, 2000, pp. 687-691.

[5] El art. 65 concreta de forma abierta y ejemplificativa las «medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil» que el art. 61.c) CE incluye entre las que el Consejo adoptará «a fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia». El art. 67 CE estableció un período de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, durante el cual el Consejo decidiría por unanimidad (a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta del Parlamento Europeo). Sin embargo, el Tratado de Niza agrega un párrafo 5 al art. 67 en el cual se pasan a mayoría cualificada «las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia».

[6] Circunstancia que provoca una cierta contaminación del DIPr por el Derecho de Extranjería apreciable en N. GONZÁLEZ ALONSO, «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», *RDCE*, 1998/4, pp. 501-545.

de la doctrina [7], la unificación del DIPr ya era posible en virtud de la competencia de armonización genérica del art. 95 CE, por lo que la nueva competencia contenida en el Título IV sólo adquiriría sentido en las materias restringidas por lo arts. 94 y 95 CE, a saber, las vinculadas a la libre circulación de personas. Sin perjuicio de que nos detengamos sobre esta cuestión al analizar al final de este trabajo si el DIPr puede ser una vía alternativa a la unificación del Derecho privado, es conveniente constatar que el desarrollo del art. 65 CE ha venido a demostrar que, en la práctica, el legislador comunitario no se ha considerado limitado por semejante restricción material a la hora de promulgar reglamentos basados en un Título IV CE que incluye en su propia rúbrica la referencia a la libre circulación de personas. Y no faltan tampoco análisis bien fundados en orden a considerar el art. 65 CE como la base jurídica especial para el DIPr comunitario sin distinciones *ratione materiae* [8].

El alcance de las competencias previstas en el art. 65 no deja de resultar problemático. Es evidente que la armonización del DIPr y procesal aparece vinculado a las situaciones transfronterizas y «en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior» [9]. Ambas condiciones, conocidas como el «déficit

[7] *Vid.* J. BASEDOW, «The Communitarization...», *loc.cit.*, pp. 696-697; Ch. KOHLER, «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam», *RCDIP*, 1999, pp. 15-16; P. DE MIGUEL ASENSIO, «El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado», *La Ley (Unión Europea)*, año XIX, núm. 4510, 30 marzo 1998, p. 2.

[8] *Vid.* especialmente S. LEIBLE y A. STAUDINGER, «El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?», *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 106-109. Entre otros argumentos refieren que el propio art. 65 CE incluye entre las medidas contempladas «el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y *mercantiles*» (la cursiva es nuestra).

[9] Ya en 1966 K. ZWEIGERT apuntaba la necesidad de armonizar el DIPr —incluso en materias vinculadas a la persona y la familia— para el buen funcionamiento del mercado interior (*vid.* «Einige Auswirkungen des Gemeinsames Marktes auf das Internationale Privatrecht der Mitgliedstaaten», *Probleme des Europäischen Rechts. Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburstag*, Frankfurt am Main, 1966, pp. 556-557).



Blair» [10] —al atribuirse su introducción a última hora a la intervención del primer ministro británico—, aparentemente intentan recudir el alcance de la unificación en dos sentidos diversos: excluir la posibilidad de utilizar el art. 65 para una armonización del Derecho privado o procesal de dimensión no internacional, de un lado; y, de otro, evitar una codificación global del DIPr, a favor de una construcción contenida *ratione materiae* y en razón de las necesidades observadas en el mercado intracomunitario [11]. Sin embargo, al margen de su finalidad primigenia, ambos aspectos, la dimensión espacial y la vinculación funcional con el mercado, presentan muchas interconexiones. Por una parte —y a ello nos referiremos más abajo— se plantea la cuestión de en qué medida la vinculación al mercado interior limita la posibilidad de construir con base en el art. 65 un DIPr extensible más allá de las situaciones intracomunitarias, esto es, que abarque asimismo las relaciones privadas internacionales extracomunitarias, aunque no se enmarquen en el juego de las libertades que configuran el mercado interior. En segundo lugar, hay que dilucidar si el grado de vinculación con el mercado interior es «fuerte», en el mismo sentido que exige para el art. 95 la *Sent. TJCE de 5 de octubre de 2000* [12]. Para algunos autores, la mención a la vinculación con

[10] *Vid.* G. BETLEM y E. HONDIUS, «European Private Law after the Treaty of Amsterdam», *ERPL*, 2001, pp. 9-10.

[11] Se suponía, pues, que más que una unificación del DIPr europeo se trataba de una armonización blanda y prudente (*cf.* Ch. KOHLER, «Interrogations...», *loc.cit.*, pp. 18-19).

[12] *Vid.* las dudas al respecto que señala A. BORRÁS RODRÍGUEZ,«Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», *REDI*, vol. LI, 1999-2, pp. 391-392.

el mercado interior es superflua [13], por cuanto en todo caso una unificación del DIPr es por definición necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior. Otros autores llegan a una conclusión parecida a través de una comparación literal de cómo se expresa dicha vinculación en el art. 95 CE («que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior») y en el art. 65 CE («medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior»), que justificaría una mayor debilidad de la necesidad de vinculación en el marco del DIPr [14].

89. La nueva competencia de la Comunidad Europea se concretó pronto, a poco más de un año de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, ya que el 29 de mayo de 2000 se aprobaron tres reglamentos comunitarios (de aplicación directa en todos los países comunitarios a excepción de Dinamarca que cuenta con un estatus especial al respecto) [15], relativos a procedimientos de insolvencia, jurisdicción internacional y reconocimiento de decisiones extranjeras en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (Reglamento de Bruselas II), y notificaciones —respectivamente— [16]. Siguiendo este camino, el 22 de diciembre del

[13] *Cf.* J. BASEDOW, «The Communitarization...», *loc.cit.*, p. 701.

[14] Para S. LEIBLE y A. STAUDINGER, el objetivo de construir progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia «casa mal con una exigencia estricta de conexión con el mercado interior como la prevista en el art. 95 del Tratado, permitiendo más bien la actuación comunitaria también en supuestos en los que ni existe una amenaza directa a las libertades fundamentales ni se constata el peligro de un falseamiento —apreciable— de la competencia» («El artículo 65...», *loc.cit.*, pp. 98-99).

[15] Irlanda y el Reino Unido, por su parte, también disponen de una situación particular pero, a diferencia de Dinamarca que se autoexcluyó de este proceso, les está permitido sumarse a estas realizaciones si así lo deciden («*opting in*»).

[16] Reglamentos (CE) del Consejo números 1346/2000, 1347/2000 y 1348/2000, que comunitarizan los Convenios sobre las mismas materias aprobados durante la vigencia del Tratado de Maastricht.



mismo año se aprobó un reglamento sobre jurisdicción internacional y reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de Derecho privado patrimonial [17], que sustituye desde el 1 de marzo de 2002 al Convenio de Bruselas de 1968; y el 28 de mayo de 2001 se aprobó un reglamento relativo a la obtención de pruebas [18]. De este modo ha comenzado a llevarse a cabo la anunciada «comunitarización» del DIPr europeo, que abre una serie de interrogantes acerca de la repercusión de dicho proceso en la actividad interna y externa de los países comunitarios.

90. El DIPr convencional se extendía a situaciones internacionales tanto intracomunitarias como extracomunitarias. En tanto que el CR resulta de aplicación universal (art. 2), el criterio de aplicación del CB también lo es, en puridad, si bien sus normas resultan aplicables, generalmente, en virtud del criterio del domicilio del demandado en territorio comunitario, mientras que, en otro caso, las normas internas resultan de aplicación por remisión. Pero incluso el criterio del domicilio del demandado es susceptible de incluir bajo el ámbito del CB a muchas relaciones extracomunitarias vinculadas a las libertades de circulación, y más aún las normas que se aplican con independencia del domicilio (competencia regulada por foros exclusivos y acuerdos de sumisión y reconocimiento y ejecución de decisiones). La aplicación a situaciones extracomunitarias se mantiene asimismo en el Reglamento «Bruselas I» y, en mayor medida aún, en el «Reglamento Bruselas II», cuyo art. 7 determina el carácter exclusivo de las reglas de competencia establecidas en los arts. 2 a 6 del mismo, cuando el demandado tenga su residencia habitual en un Estado miembro o sea nacional de un Estado miembro.

[17] Reglamento (CE) número 44/2001 del Consejo.

[18] Reglamento (CE) número 1206/2001 del Consejo.

La cuestión plantea el debate sobre el carácter «ultra vires» de los reglamentos adoptados sobre la base del art. 65 TCE, en la medida en que la regulación de las situaciones extracomunitarias no son precisas para el correcto funcionamiento del mercado interior, y en consecuencia, resultarían contrarios al principio de proporcionalidad. Evidentemente, el enjuiciamiento de este «problema constitucional» depende en buena medida del alcance que se atribuya al principio de vinculación con el mercado interior. Es lógico que aquellos autores que consideran superflua dicha mención del art. 65 saluden la extensión del DIPr comunitario a las situaciones extracomunitarias, circunstancia heredada del régimen convencional anterior (CB o CR), pero que tenía sentido en un marco convencional, no institucional, donde era la voluntad de los Estados, precisada en la ratificación de un convenio internacional, la que legitimaba tal extensión, sin trabas de principios esenciales como la subsidiariedad o la proporcionalidad.

No faltan, sin embargo, justificaciones para tratar de demostrar que una extensión de los reglamentos de DIPr a las situaciones extracomunitarias atiende precisamente a un correcto funcionamiento del mercado interior. Tal posibilidad ha sido defendida hábilmente por S. Leible y A. Staudinger [19]: se afirma que si no existe ninguna compatibilidad entre las normas de DIPr de los Estados miembros se produce una inseguridad jurídica que fomenta el *forum shopping* acrecentado por la libre circulación de decisiones judiciales. La divergencia de las normas de Derecho aplicable puede conllevar, además, un obstáculo a la competencia desde la perspectiva de los oferentes situados en la Unión Europea, que pueden sufrir una desventaja respecto de los competidores de otros Estados miembros [20].

[19] *Vid.* «El artículo 65...», *loc.cit.*, pp. 101-103.

[20] «La pregunta acerca de si un empresario cuya actividad económica central son negocios en terceros Estados puede y en qué circunstancias ejercer su libertad de esta-



En definitiva, el mercado interior sólo podría funcionar de forma correcta «si las relaciones con terceros Estados están regidas por normas de conflicto universales compartibles entre sí». Aunque la práctica legislativa ha confirmado este parecer, queda la duda de que diría el TJCE si se le plantease la falta de base jurídica y consecuente anulación de algunos de los textos del DIPr europeo, y si admitiría una interpretación tan amplia de la «vinculación con el mercado interior» para los actos normativos derivados del art. 65 CE.

91. Por último, cabe señalar que el proceso de comunitarización del DIPr apunta a una incompatibilidad no sólo con los convenios internacionales bilaterales, sino con los convenios internacionales multilaterales futuros (art. 71 del Reglamento «Bruselas I»). Se aprecia, pues, una tendencia del DIPr europeo a cierta «regionalización» y justifica la preocupación sobre el funcionamiento futuro y la eficacia de los foros de codificación internacional del DIPr como la Conferencia de La Haya [21]. La generación de una competencia exterior exclusiva de la Comunidad para la ratificación de convenios internacionales de DIPr está dando lugar a singulares problemas [22], especialmente cuando se trata de convenios multilaterales específicos

blecimiento en el mercado interior no puede ser respondida plenamente sin tener en cuenta cuáles son las conexiones que se tendrán en cuenta en el momento de plantear una reclamación por daños en un Estado miembro y si finalmente podría quizás imponérsele una condena de *punitive damages* por una cantidad ilimitada, siempre que tal empresario remita sus productos a América» (*Ibíd.*, p. 103).

[21] *Vid.* K. Boele-Woelki, «Unification and Harmonization of Private International Law in Europe», *Private Law in the International Arena - Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, TMC Asser Press, 2000, pp. 75-76.

[22] *Vid.* especialmente las reflexiones de A. Borrás Rodríguez, «Derecho internacional...», *loc.cit.*, pp. 405-416; B. Heß, «Die Europäisierung des internationalen Zivilprozessrechts den Amsterdamer Vertrag — Chancen und Gefahren», *NJW*, 2001/1, pp. 30-32.

que contienen, junto a un contenido material sustancial de Derecho privado o material, algunos artículos de DIPr o de Derecho procesal civil internacional[23]. En tales casos no resulta fácil compatibilizar la intervención institucional para una parte del Tratado, y la estatal para otras. Al margen de otros muchos problemas, estas situaciones provocan a menudo la impaciencia de los terceros Estados y sin duda complican la intervención de la propia Comunidad y de los Estados miembros en la codificación internacional, no sólo del DIPr, sino también del Derecho privado a secas. Por ello, el riesgo de «regionalización» debe tenerse muy presente tanto a la hora de construir el DIPr europeo como el propio DPE.

## B. Funciones del DIPr en el marco del DPC

92. Al margen de su propia función, especialmente en el marco de la creación de un espacio judicial europeo y de la cooperación judicial en materia civil, el DIPr está llamado a cumplir una función esencial en el proceso de unificación del Derecho privado en Europa[24]. Y, en particular, el problema del Derecho aplicable aparece esencialmente ligado a un Derecho privado uniforme que pretende aplicarse especialmente a situaciones privadas transfronterizas intracomunitarias, pero también, en ocasiones, extracomunitarias.

[23] Es el caso de la revisión del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1969 y su Protocolo de 1992.

[24] Sobre las funciones del DIPr en el marco del DPC *vid.* especialmente J. BASEDOW, «Europäisches Internationales Privatrecht», *NJW*, 1996/30, pp. 1.921-1.929. Sobre la variedad de relaciones entre el DIPr y el Derecho comunitario, *vid.* A. SAGGIO, «Diritto internazionale privato e diritto uniforme nel sistema comunitario», *Rivista di diritto europeo*, 1996/2, pp. 215-233.



El uso de las Directivas reclama, tal vez con mayor fuerza, la presencia de normas de Derecho aplicable. De un lado, la falta de eficacia directa de las Directivas, y la necesidad de su transposición, implica que, en supuestos transfronterizos, siga siendo preciso determinar la ley nacional aplicable, al objeto de localizar la normativa de transposición de la Directiva que debe regular el supuesto concreto. Por otra parte, especialmente en supuestos con conexiones extracomunitarias, susceptibles de quedar regulados total o parcialmente por la ley de un tercer Estado, necesitamos reglas o principios de DIPr que ayuden a establecer el ámbito de aplicación espacial, incluso extraterritorial, de las disposiciones de Derecho privado contenidas en las Directivas. En todo caso, además, el hecho de que las Directivas no proporcionen una regulación completa, habiliten estándares nacionales de mayor protección o, simplemente, permitan opciones diferentes de transposición, aconseja el recurso a un Derecho nacional que pueda aplicarse de forma no sólo directa, sino también residual, para cubrir lagunas.

Los Reglamentos vinculados al Derecho privado suelen plantear otro tipo de relación con el DIPr. Hasta la fecha, la vía reglamentaria, sustentada en la base jurídica del art. 308 CE, habilitaba lo que J. Basedow denomina «Derecho privado europeo facultativo»[25], es decir, normas que no armonizan el Derecho privado de los Estados miembros, sino que tienden a superar las diferencias irreconciliables entre los Derechos nacionales mediante la creación de instituciones de Derecho privado propiamente europeas (marca europea, Sociedad Anónima Europea, Agrupación Europea de Interés Económico...). En relación con el régimen material contenido en estos reglamentos,

[25] *Vid.* sus reflexiones en «Europäisches...», *loc.cit.*, pp. 1.926-19.27. También, P. DE MIGUEL ASENSIO, «Integración europea y Derecho internacional privado», *RDCE*, 1997/2, pp. 435-436.

el DIPr despliega una función más bien de índole complementaria, permitiendo el recurso a un Derecho nacional residual, con el fin de cubrir eventuales lagunas de reglamentación.

En el marco de la integración negativa, se recurre asimismo con frecuencia al DIPr para justificar el juego de la «regla de reconocimiento» o «principio de origen», buscando una explicación «conflictual» a las relaciones entre la «ley de origen» y la «ley de destino». A estas y a otras utilidades del DIPr en el marco de la integración del Derecho privado nos referiremos en las páginas siguientes.

## 2. Delimitación del ámbito de aplicación espacial del DPC derivado

### A. La dimensión espacial del DPC

93. La reciente eclosión del DPC derivado, tanto contenido en Directivas como, en menor medida, en Reglamentos, requiere un DIPr comunitario para su propia y específica aplicación [26]. La cuestión es particularmente relevante por lo que se refiere al ámbito de aplicación espacial de las Directivas; algunas de ellas contienen normas expresas de delimitación espacial, particularmente las más recientes y referidas a la protección el consumidor [27].

[26] El problema es distinto a la posibilidad de incluir normas de conflicto en el propio Derecho privado derivado, como pueden ser las contenidas en las Directivas sobre contratos de seguro o bienes culturales, que vienen a complementar el CR en supuestos excluidos de su ámbito de aplicación o a proporcionar reglas de DIPr en ámbitos concretos (derechos reales sobre bienes culturales restituidos).

[27] Para un planteamiento más detallado de esta cuestión *vid.* especialmente el estudio de S. Leible, «Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-



Es el caso, por ejemplo, del art. 6.2 de la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas): «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad»; art. 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*): «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro»; art. 12.2 de la Directiva 97/7 (contratos a distancia): «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros»; art. 7.2 de la Directiva 1999/44 (venta y garantías): «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección conferida por la presente Directiva por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando éste presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros».

Otras muchas Directivas no contienen un delimitador espacial expreso. La razón de que ni reglamentos ni la mayoría de las directivas contengan delimitadores espaciales tal vez se encuentre en que, habitualmente, su contenido aparecía referido a cuestiones de Derecho público o económico, donde la competencia del órgano prede-

Richtlinien», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 353-392 (antes de la sentencia «Ingmar»), así como el de R. Michaels y H.G. Kamann, «Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts — «Amerikanisierung» des Gemeinschafts IPR?», *EWS*, 2001/7, pp. 301-311. *Vid.* asimismo K. Kreuzer, «Unifier le droit...», *loc.cit.*, pp. 119-122. Más superficiales y prescindibles son las consideraciones críticas de P. Vareilles-Sommières, «Un droit privé européen», *Le droit privé européen (dir. P. De* Vareilles-Sommières*)*, París, 1998, pp. 145-147.

termina la aplicación de su propio Derecho *(Gleihlauf)*. Pero como bien indica J. Basedow, semejante solución no resulta operativa en materia de Derecho privado, por lo que no debe extrañar que las normas de delimitación espacial hayan aparecido en las Directivas sobre contratos de consumo que son, tal vez, las únicas Directivas de Derecho privado puro [28]. No obstante, a pesar de que el legislador comunitario no haya incluido normas expresas de delimitación espacial en determinados actos normativos de Derecho derivado, la extensión de su aplicación a supuestos internacionales debe limitarse, por lo que es preciso establecer por vía de desarrollo judicial cuáles son los casos en que los intereses del mercado interior exigen la aplicación de las normas materiales del DPC, incluso si la ley de un tercer Estado resultare aplicable al fondo. Este es precisamente el desarrollo judicial que lleva a cabo, respecto de la Directiva 86/653 (agencia comercial) la *Sent. TJCE de 9 de noviembre de 2000 (As. C-381/98: «Ingmar»)*. La sentencia se refiere a un litigio entre una sociedad británica (Ingmar) y otra californiana (Eaton) por las cantidades que reclamaba la primera, en su condición de agente comercial, en razón de la terminación del contrato de agencia. Dicho contrato contenía una elección expresa de la ley del Estado de California. El agente reclamaba los derechos garantizados por los arts. 17 y 18 de la Directiva comunitaria y su aplicación al caso. El TJCE comienza afirmando el carácter de «normas imperativas» de la Directiva [29] (fundamentos 21.°-22.°) y su vinculación al derecho de establecimiento y al mantenimiento de una competencia no falseada en el mercado interior (fundamento 24.°) [30]. Por esta razón, el TJCE declara la aplicabilidad al caso de la Directiva y construye una norma de delimitación espacial en su favor «cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato».

En conclusión, las Directivas presentan por definición un ámbito de aplicación espacial limitado a situaciones que se conectan al mercado comunitario. Semejante delimitación espacial puede producirse, como hemos visto, de forma explícita en la propia Directiva o debe resultar de la interpretación que lleve a cabo, especialmente, el TJCE. Tales normas de las Directivas, al igual que aquéllas que presentan un contenido material, deben ser transpuestas al Derecho nacional, y la práctica demuestra que pueden serlo de muy distinta forma [31].

[28] *Vid.* J. Basedow, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 1.924.

[29] En relación con la Directiva 89/104 (marcas), la *Sent. TJCE de 20 de noviembre de 2001 (Ass. C-414 a C-416/99)* confirma en el mismo sentido que «puesto que corresponde al legislador comunitario determinar los derechos del titular de una marca en los Estados miembros de la Comunidad, no cabe admitir la aplicabilidad de disposiciones legales, en concepto de ley aplicable al contrato de comercialización fuera del EEE, para limitar la protección conferida al titular de una marca por los artículos 5, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva».



[30] Para A. Font i Segura, la imperatividad y extraterritorialidad de la Directiva radica más bien en los intereses vinculados al Derecho de la competencia (normas ordopolíticas o de dirección) que a la protección del agente (normas de protección), «ECJ 9 November 2000 —C— 381/98- Ingmar GB Ltd. V. Eaton Leonard Technologies Inc.», *The European Legal Forum*, 3-200/02, pp. 178-179. *Vid.* al respecto del distinto juego de los intereses protegidos las reflexiones de R. Freitag y S. Leible, «Internationales Anwendungsbereich der Handelsvertretertichtlinie — Europäisches Handelsvertreterrecht Weltweit?», *RIW*, 2001/4, pp. 291-293; R. Michaels y H.G. Kamann, «Grundlagen...», *loc.cit.*, pp. 303-307.

[31] Acerca de los problemas de transposición de las normas de delimitación espacial contenidas en las Directivas sobre contratos de consumo, *vid.* R. Freitag y S. Leible, «Von den Schwierigkeiten der Umsetzung Kollisionsrechtlicher Richtlinienbestimmungen», *ZIP*, 1999/31, pp. 1.296-1.301.

94. La primera y tal vez primordial función que cumplen las normas de DIPr derivado a la que hacemos referencia es servir como reglas delimitadoras de la aplicación de las Directivas frente a las leyes de terceros Estados (*outward conflict rules* en el sentido expuesto por P. Basedow [32]). Así, las normas de DIPr nacionales e incluso comunitarias relativas a un contrato de consumo o de *timesharing* podrían conducir a la aplicación de la ley de un tercer Estado. Disposiciones como el art. 6 de la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas), 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*), 12 de la Directiva 97/7 (contratos a distancia) o 7 de la Directiva 1999/44 (venta y garantías), o la propia *Sent. TJCE de 9 de noviembre de 2000 (Ingmar),* tratan de extender la aplicación de las disposiciones de las Directivas, y la protección del consumidor o agente, frente a lo que eventualmente pueda disponer la ley del tercer Estado aplicable en virtud del DIPr conflictual. En algunos casos, dicha defensa parece operar únicamente en caso de elección por las partes, pero, en principio, y sobre todo si las propias Directivas no disponen nada al respecto, la cuestión se suscita de igual forma si la designación del Derecho del tercer Estado provienen de una conexión objetiva aplicable en defecto de elección por las partes [33]. De hecho, las disposiciones de las Directivas aparecen como normas imperativas de alcance extraterritorial en el sentido del art. 7 CR, siendo tales preceptos o jurisprudencia los encargados de delimitar el ámbito de aplicación o *Anwendungswille* de la normativa material comunitaria [34].

[32] *Vid.* «EC Regulations...», *loc.cit., op.cit.*, p. 29; Id.: «Europäisches...», *loc.cit.*, pp. 1.925-1.926.

[33] *Vid.* las reflexiones de R. MICHAELS y H.G. KAMANN, «Grundlagen...», *loc.cit.*, p. 309.

[34] Para algunos autores, la asimliación con el art. 7 CR puede resultar discutible, no sólo por las reservas a la aplicación de dicho precepto por parte de algunos Estados miembros, sino porque, según una corriente de pensamiento, dicho precepto sólo ampara la aplicación de normas imperativas de dirección u ordopolíticas, como las que regulan la libre competencia, pero no de normas de protección o referidas a «intereses privados» tales como la protección del agente o del consumidor (*cf.* R. MICHAELS y H.G. KAMANN, «Grundlagen...», *loc.cit.*, p. 309). Una alternativa a esta solución y a la necesidad de normas y criterios de aplicación especial no puede fundarse, como han puesto de relieve R. FREITAG y S. LEIBLE, en una aplicación siquiera analógica del art. 3.3.° CR, cuya función tiene más que ver con los límites de la autonomía conflictual y el alcance de la autonomía material, y cuyo concepto de normas «imperativas» nada tiene que ver con la «imperatividad internacional» y sí con el concepto de normas de imperatividad interna (*vid.* «Internationaler Anwendungsbereich...», *loc.cit.*, p. 290; *Cf.* R. MICHAELS y H.G. KAMANN, «Grundlagen...», *loc.cit.*, p. 311).



95. Sin embargo, aunque la aplicación espacial de una Directiva permite afirmar un principio genérico de «interpretación conforme del Derecho de un tercer Estado», no resulta directamente aplicables, por lo que es necesario establecer un criterio de aplicación espacial que permita identificar la ley nacional que transpone la Directiva cuya aplicación debe anteponerse al Derecho del tercer Estado. El problema es similar a la forma de delimitar la versión de la Directiva aplicable en supuestos intracomunitarios, donde se enfrentan eventualmente dos versiones transpuestas de la misma Directiva. El DIPr intracomunitario (*inward conflict rules*) [35] sirve en estos casos para delimitar no sólo la legislación del país de un Estado miembro aplicable, incluidas las normas transpuestas de la Directiva, sino también el Derecho nacional que pueda cubrir y rellenar las lagunas que puedan derivarse de la reglamentación comunitaria. Cuando el supuesto se rige por un Derecho extranjero, como en el caso *«Ingmar»* lo lógico será interpretar que el criterio de conexión estrecho con el territorio de un Estado miembro como delimitador de la voluntad de aplicación, como norma imperativa (art. 7 CR), de

[35] *Vid.* «EC Regulations...», *loc.cit., op.cit.*, p. 29; Id., «Europäisches...», *loc.cit.*, pp. 1.925-1.926.

la normativa de transposición de la Directiva correspondiente a dicho Estado. Así, si el criterio o uno de los criterios para la aplicación de la Directiva de agencia comercial es el lugar de la actividad del agente, el hecho de que tal actividad se haya desplegado en el Reino Unido justifica la aplicación de la legislación británica de transposición de la Directiva, ya se trate de la *lex fori* o de la ley de un tercer Estado.

96. Mayores problemas plantea la cuestión en supuestos estrictamente intracomunitarios, aunque pueda parecer más sencillo. De un lado, parece que la ubicación del supuesto *intra muros* haría innecesaria la norma de delimitación espacial, puesto que, fuera cual fuese la legislación nacional aplicable, si se trata de la ley de un Estado miembro, se supone la aplicación de las normas materiales de dicho Estado que han adaptado la Directiva. Sin embargo, un primer problema se plantea si la ley del Estado miembro que resulta aplicable no contiene la transposición de la Directiva, debiendo ser aplicada en un Estado que sí la ha transpuesto [36]. En el fondo, el supuesto se asemeja sólo *a priori* a aquellos casos en que resulta de aplicación el Derecho de un tercer Estado. Y decimos sólo *a priori* porque puede darse la circunstancia, por ejemplo, que tratándose de la aplicación de la Directiva de agencia comercial, el Estado miembro cuya ley es aplicable y que no ha transpuesto la Directiva sea, precisamente, el del país donde el agente tiene su establecimiento. En tal caso, las autoridades del Estado miembro cuyos Tribunales conocen

[36] Se trata de los célebres casos conocidos como «Gran Canaria» en el Derecho alemán, referidos a supuestos litigiosos suscitados ante los Tribunales alemanes, normalmente entre ciudadanos alemanes, por contratos de consumo celebrados en España (Islas Canarias) fuera de establecimiento mercantil, y sujetos al Derecho español, cuando no se había procedido —como correspondía— a la transposición de la Directiva 85/577. *Vid.* en relación con esta cuestión R. MICHAELS y H.G. KAMANN, «Grundlagen...», *loc.cit.*, p. 302.



(*lex fori*) deben hacer valer los derechos reconocidos en la Directiva incluso frente a la ley de ese Estado. Evidentemente deben intentar una interpretación conforme del Derecho del otro Estado miembro, pero, si no fuera posible reconocer los derechos contenidos en la Directiva, pueden justificar sus propias normas de transposición en virtud del correctivo de orden público.

Si la Directiva ha sido correctamente transpuesta por la ley del Estado miembro que resulta aplicable en virtud del sistema conflictual, en principio estas normas de DIPr sirven para designar la transposición de la Directiva que debe regir la situación intracomunitaria, hecho que tiene cierta relevancia si se repara en que muchas Directivas sólo introducen obligaciones de armonización mínima o, al fin y al cabo, permiten cierto margen de oscilación entre los Derechos nacionales. En la práctica, sin embargo, tampoco estos supuestos son pacíficos, pues las normas de conflicto, incluso de fuente comunitaria, pueden verse afectadas por la forma en que las legislaciones estatales han transpuesto o delimitado el ámbito de aplicación espacial de las Directivas, incluso las normas expresas de delimitación espacial. Así, el art. art. 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*) establece que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro». A la hora de transponer la Directiva, la legislación de un Estado miembro puede prever la aplicación de su normativa de transposición en dos casos: cuando el inmueble esté situado en su Estado y cuando estando situado en el extranjero el contrato se celebra por ciudadanos de nacionalidad o residencia común en dicho Estado. Con ello, el Estado en cuestión cumple el mandato de la Directiva, pues está aplicando los derechos en ella reconocidos en ambos casos, pero su norma de delimitación implica la aplicación imperativa de sus normas materiales de transposición de la Directiva en supuestos en que el inmueble está situado en otro Estado miembro.

La complejidad que introducen tales situaciones en la determinación final de la ley aplicable avalan un diseño del DIPr europeo, al servicio del propio DPC, que vaya más allá de semejante conjunto de disposiciones aisladas y de aplicación difícil y escasamente previsible [37]. De hecho, el problema se complica cuando las normas de delimitación espacial a que hacemos referencia se conjugan mal con las reglas conflictuales generales de un sistema de DIPr que es, precisamente, de fuente comunitaria.

## B. Compatibilidad entre normas de DIPr comunitario

97. Un problema que presenta relieve específico es la propia delimitación entre normas de DIPr comunitario de diversa fuente. En este punto debe partirse de la primacía de las normas de DIPr institucional sobre el DIPr convencional (arts. 57.3 CB y 20 CR), incluyendo al Derecho nacional que transpone una norma de DIPr contenida en una Directiva. Asimismo, deben contemplarse las propias reglas de compatibilidad incluidas en el DIPr derivado (art 67 Reglamento «Bruselas I»). Las reglas de compatibilidad, sin embargo, no impiden que de hecho se produzcan conflictos; al ser aplicadas, suponen en realidad la ineficacia de la norma de DIPr desplazada. No debe extrañar, pues, que se deba intentar, en la medida de lo posible, una interpretación «congruente» de las distintas normas de DIPr comunitario aplicables a un mismo supuesto.

98. Los problemas de delimitación se presentan más problemáticos cuando se trata de juzgar la colisión entre una Directiva y un

[37] Quizás ello justifique, más que cualquier otra cosa, que al hilo del problema se haya hablado de la «americanización» del DIPr europeo (*vid.* R. MICHAELS y H.G. KAMANN, «Grundlagen...», *loc.cit.*, p. 311).



Convenio o Reglamento, por la naturaleza indirecta de la primera, que precisa transposición y conversión en Derecho estatal [38]. La cuestión se ha suscitado con interés al hilo del art. 6.2.° de la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas), que ordena a los Estados miembros tomar las medidas necesarias para que la elección del Derecho de un Estado no comunitario, en un contrato estrechamente vinculado con el territorio de un Estado miembro, no prive al consumidor de la protección establecida por la directiva. La norma, poco clara en las distintas versiones lingüísticas, no coincide con el ámbito de aplicación material ni con el criterio de conexión contemplado por la norma de conflicto del art. 5 CR. El ámbito de aplicación material de la directiva es mucho más amplio, albergando un número mayor de contratos de consumo. Por su parte el art. 5 CR vincula el mínimo de protección del consumidor frente a una ley elegida a lo dispuesto por la ley de su residencia habitual, que actúa asimismo como conexión de cierre si no media elección por los contratantes. El criterio espacial empleado en la Directiva es mucho más flexible (vinculación estrecha). Con el objeto de procurar una interpretación conciliadora, E. Jayme y Ch. Kohler sugieren que se considere que un contrato presenta la vinculación exigida por el art. 6.2 de la Directiva, cuando la

[38] *Cf.* E. JAYME y Ch. KOHLER, «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit derivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *RCDIP*, 1995, pp. 12-15. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores (Propuesta de modificación del art. 5 del Convenio CE de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales)», *GJ*, núm. 217, ene-feb, 2002, pp. 75-91; Id., «Marché intérieur, harmonisation minimale et contrats de consommation», *http://europa.eu.int.comm/consumers/policy/developments/contracts_l/academics_en/htm.* D. FERNÁNDEZ ARROYO, «Problemas y perspectives de la configuración de un Derecho internacional privado «comunitario» en la Unión Europea», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 16, 1998, pp. 535-571.

ley aplicable en defecto de elección es la de un Estado miembro; para ello se debe aplicar el CR, ya sea el art. 5 (si se da el ámbito material del mismo) o los criterios establecidos en el art. 4 (para los demás contratos celebrados por consumidores)[39]. La protección quedaría garantizada en el primer caso por el propio art. 5.2.I CR, y en el segundo por la aplicación del art. 7.2 CR, no pareciendo indispensable la exigencia de que los Estados que han reservado la aplicación del art. 7.1 o bien retiren la reserva o bien busquen otro mecanismo para que sus tribunales puedan cumplir con la finalidad protectora fijada por la Directiva[40], ya que una vez cumplida la obligación de transposición en todos los Estados miembros, la aplicación de las normas imperativas de protección de la *lex fori* sería en principio suficiente.

99. Los planteamientos conciliadores de E. Jayme y Ch. Kohler vienen a reflejar la necesidad de un principio de interpretación congruente de todo el DIPr comunitario, que deviene esencial en un proceso de «comunitarización» e inflación normativa como el derivado de las nuevas competencias en el Tratado de Ámsterdam. Con todo, sus propuestas concretas sitúan dicha conciliación en un plano excesivamente conflictualista. Si se adopta una visión diferente, considerando el art. 6.2.° de la Directiva 93/13 como una norma que delimita él ámbito de aplicación espacial de un cuerpo de normas materiales imperativas, en el sentido expuesto más arriba, lo cierto es que las posibilidades de conciliación aumentan, pues ya no se trata

[39] *Vid.* E. JAYME y Ch. KOHLER, «L'interaction...», *loc. cit.*, pp. 20-21; E. Jayme, «Klauselrichtlinie und Internationales Privatrecht —Eine Skizze», *Lebendiges Recht—Von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinker zum 65. Geburstag*, Heidelberg, 1995, pp. 575-584.

[40] Los países que han realizado la reserva del art. 7.1 CR —admitida por el art. 22.1.a) del mismo Convenio— son Alemania, Gran Bretaña, Irlanda, Luxemburgo y Portugal.



de un conflicto entre «normas de conflicto», sino de una relación complementaria entre «normas localizadoras» y «normas materiales con criterios de delimitación espacial». Pero, para lograr una conciliación en tal sentido, sí parece indispensable habilitar el juego del art. 7.1 CR, como se infiere de lo expuesto en el epígrafe anterior.

### 3. DIPr Y «PRINCIPIO DE ORIGEN»

100. Para algunos autores, el DIPr desplegaría asimismo una función especial en el marco de la integración negativa, suministrando una lógica a la regla de reconocimiento. En efecto, existe una tendencia a una explicación «conflictual» o «internacionalprivatista» de la regla de reconocimiento y del juego de las libertades[41] que perjudica, más que ayuda, a una correcta comprensión del problema en su dimensión comunitaria. Dado que en una operación transfronteriza relativa a la libre circulación de mercancías, servicios o capitales se enfrenta la ley o principio de origen con las eventuales restricciones que pueda imponer, legítimamente o no, la ley de destino, se aprecia un «conflicto de leyes» y se tiende a una asignación conflictual o «localización» para distribuir las competencias de cada una de ellas. A menudo, incluso, se rescatan fórmulas conocidas de la teoría conflictual (*Sonderanknüpfung)* para explicar el papel excepcional de la ley de destino.

Semejante explicación teórica oculta, en realidad, el verdadero juego de la regla de reconocimiento. Esta no encaja con una «preasig-

[41] *Vid.* especialmente J. BASEDOW, «Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: *favor offerentis*», *RabelsZ*, 59, 1995, pp. 1-55; *id.*, «Europäisches...», *loc.cit.*, pp. 1.927-1.928; L.G. RADICATI DI BROZOLO, «L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation», *RCDIP*, 1993, pp. 407-409; S. LEIBLE, *op.cit.*, § 4.D.V.

nación» abstracta de competencias legislativas, máxima aspiración del Derecho conflictual clásico, sino que, más bien, funciona con criterios materiales que exige una ponderación del efecto que produce cada una de las disposiciones materiales y prácticas administrativas en los ordenamientos implicados en el juego de las libertades comunitarias. En suma, la regla de reconocimiento enfrenta evidentemente a dos leyes nacionales distintas, la de origen y la de destino, y debe dilucidar su juego e incidencia en un supuesto concreto atendiendo no a criterios conflictuales (DIPr en sentido estricto) sino a criterios materiales. Las explicaciones del principio de origen desde el lado del DIPr han pretendido una aproximación conflictual que no aporta mucho; más bien confunde y escamotea el contenido estrictamente material del problema. Por ello, un descarte del DIPr y una explicación del juego de las libertades y de la regla de reconocimiento al margen del DIPr y en términos puramente comunitarios parece mucho más adecuado [42].

[42] En el mismo sentido P. DE MIGUEL ASENSIO, «Integración...», *loc.cit.*, pp. 436-438; H.J. SONNENBERGER, «Europarecht und Internationales Privatrecht», *ZfVR*, 1996, pp. 3-47; P. VON WILMOWSKY, «EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit», *Rabels Z.*, 62, 1998, pp. 11-20.

SEGUNDA PARTE

# HACIA UN DERECHO PRIVADO EUROPEO

# I
# ARGUMENTOS A FAVOR DE UN DPE

## 1. La idea de un «Derecho privado europeo»

101. En la primera parte de nuestro estudio, hemos abordado la realidad de un Derecho privado comunitario positivo. Como resultado del análisis, se abren un buen número de interrogantes, en primer término, acerca de la misma conveniencia de referirse con propiedad a un DPC con mayúsculas, caracterizado por su vinculación funcional al mercado interior, su difícil asociación con la idea de un auténtico sistema jurídico, los límites de sus técnicas normativas, etc. En esta segunda parte, nos proponemos analizar en qué medida resulta aconsejable la superación del DPC tal y como aparece concebido en la actualidad, y cuáles pueden ser las vías idóneas, en su caso, para alcanzar un DPE.

102. El concepto de un DPE opuesto al de un DPC, se muestra con un carácter mucho más indefinido e impreciso. La contraposición entre los términos «comunitario» y «europeo» no responde a una extensión geográfica del concepto más allá de los límites de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, ni tampoco alude a una extensión de las fuentes legales que desborde el Derecho institucional. De hecho, en la primera parte hemos tenido ocasión de señalar como el propio DPC se nutre en buena medida de convenios internacionales y otras fuentes ajenas a las instituciones comunitarias. El término «DPE» presenta un alcance más psicológico o

emotivo que puramente técnico, y su sentido real deriva, precisamente, de lo que propone frente al DPC. Por esta razón, el concepto se muestra abiertamente polivalente, a tenor del espíritu con que se han formulado las diversas propuestas de unificación del Derecho privado en Europa. Sin embargo, es posible delimitar dos grandes corrientes de pensamiento que habilitan dos formas distintas de entender el DPE, no necesariamente enfrentadas.

103. De un lado, la superación del DPC puede plantearse a partir de lo que hemos denominado «la unificación del DPE desde arriba». Esta corriente, cuyo paradigma podría ser la promulgación de un Código civil europeo, apunta a la creación de un auténtico sistema de Derecho privado en el sentido tradicional que nos legó la era de la codificación. El fin último de esta tendencia implicaría la eliminación de los Derechos privados nacionales, llamados a convivir con el DPC, y su sustitución por un Derecho privado único, aplicable en principio a situaciones internas y transnacionales. A ese Derecho privado único se le denominaría, por su carácter transnacional, DPE. Se comprende que, en una situación jurídica como la pretendida, carecería de sentido la referencia a un DPC, cuyo adjetivo «comunitario» no es sino un elemento diferencial de la fuente por oposición al Derecho privado nacional o estatal. La naturaleza de este planteamiento suscita, en particular, la necesidad de superar los límites competenciales del Derecho comunitario, la desvinculación del DPE del concepto de «mercado interior», y la relativización del valor de los Derechos nacionales como elemento de identidad cultural.

104. El significado del DPE es distinto si se defiende la unificación del Derecho en Europa «desde abajo». En este caso, el adjetivo «europeo», por contraposición al epíteto «comunitario», se explica por la reducción al Derecho positivo que encierra este último. Mientras que el DPC es el Derecho positivo emanado de las Comunidades Europeas en materia de Derecho privado, la locución «DPE» propone una extensión del concepto, más allá del Derecho positivo, en distintas direcciones. Una de ellas defiende la existencia de un DPE, por analogía con el viejo *ius commune*, basado en una ciencia



jurídica y en una doctrina compartidas, en un pensamiento común amparado en una tradición y en una historia únicas, que avalarían la unidad e identidad del Derecho europeo sobre la diversidad positiva de los Derechos nacionales y las limitaciones del propio DPC. Desde este punto de vista, el concepto de DPE presenta unos tintes evidentemente académicos o «academicistas».

Una segunda concepción vendría a concebir el DPE como el resultado del estudio de las divergencias y principios comunes de los distintos Derechos nacionales, teniendo en cuenta los resultados del DPC, pero desbordando el limitado prisma de análisis que nos proporciona. Esencialmente, el DPE abarcaría tanto los principios comunes como las divergencias; no obstante, para los defensores de este planteamiento, el sentido del DPE nace de la necesidad de orientar la investigación hacia la inducción de los principios comunes que puedan servir para generar la unidad del Derecho en Europa. Ambos enfoques, por su impronta científica y académica, presentan una incidencia notable en las propuestas relativas a la enseñanza universitaria del DPE y, en consecuencia, a la consideración del DPE también como una asignatura o disciplina universitaria.

«Desde abajo», el DPE puede presentar igualmente un perfil no estrictamente académico, sino positivo. En esto viene a coincidir con los fines de superación del DPC diseñados por una estrategia «desde arriba». Sin embargo, para los defensores del DPE como un concepto de Derecho positivo *soft,* la idea del DPE no es destructiva o sustitutiva del DPC, sino «deconstructiva». Respetando la realidad del DPC, e incluso su desarrollo, sus límites competenciales y su vinculación al mercado interior, así como la coexistencia con los Derechos privados nacionales y su identidad cultural, el DPE *soft* formula una estrategia de convergencia o unificación progresiva del Derecho positivo europeo, a partir de técnicas o fuentes blandas. La superación del DPC y de los problemas que suscita se resuelve, según los partidarios del DPE *soft,* a través de acciones que permitan un flujo natural de los sistemas nacionales hacia su unificación. A tal fin responden iniciativas como los *restatements* (Principios de

Derecho contractual europeo), la configuración de ciertos principios del Derecho comunitario como *ratio scripta*, o la creación de un DIPr europeo que equilibre la diversidad jurídica de los ordenamientos nacionales con un principio sólido de seguridad jurídica y de previsibilidad.

105. En suma, mientras que el concepto del DPC resulta aprehensible y claramente definido, el DPE se nos antoja un concepto mucho más abierto y variable, necesitado de ulteriores adjetivaciones. No deja de ser natural que sea así, habida cuenta que el DPC responde a una realidad mucho más definida que la que propone el DPE, como mecanismo de superación de la realidad o, lo que es lo mismo, como «utopía» es su más puro sentido etimológico. El objeto de esta segunda parte y de las páginas que siguen consiste en analizar críticamente las distintas propuestas en torno al DPE que hemos indicado. Previamente, procede poner de relieve los argumentos generalmente esgrimidos para justificar la necesidad de tender hacia un DPE que supere los inconvenientes del DPC.

## 2. La eficiencia económica como postulado de base

106. Como hace ver P. Behrens, en el siglo XIX, la unificación del Derecho en Europa es una objetivo que entronca con los ideales de la Ilustración y los postulados de una modernidad creyente e una Razón universal. La unificación es una exigencia de la Justicia, que trata de garantizar la igualdad de los hombres ante la Ley. En la actualidad, y en especial en el marco de la Unión Europea, la unificación del Derecho en Europa parece perseguir una finalidad mucho más prosaica, a saber, eliminar los riesgos jurídico-económicos del tráfico internacional y potenciar la construcción de un mercado interior dentro de la Comunidad Europea [1].

[1] *Vid.* P. Behrens, «Vorausetzungen...», *loc.cit.*, pp. 19-21.



### A. Falseamiento de la competencia

107. La crítica al DPC encuentra su primer argumento es su propia incapacidad para cumplir la función que se le asigna, en orden al establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior. Un mercado único, por definición, debe procurar que su funcionamiento se produzca en condiciones de competencia perfecta y, por tanto, tratar de eliminar todos los obstáculos o situaciones que distorsionen o falseen la competencia en el mercado. La diversidad de legislaciones nacionales de Derecho privado produce, de hecho, desequilibrios en la situación competitiva de los operadores en el mercado. La diversidad no sólo perjudica al mercado interior cuando supone una restricción directa a las libertades de circulación, sino también cuando, de forma indirecta, produce una distorsión en las condiciones de competencia del mercado, susceptible de restringir la libre circulación de mercancías, personas, servicios o capitales [2]. Semejante argumento apunta directamente a una dimensión práctica o económica de la unificación, concretamente a la unificación «desde arriba», cuyo principal objetivo es suministrar condiciones de competencia similares en un mercado internacional de alcance regional. En pocas palabras, el postulado de este argumento se podría resumir afirmando que a un Mercado único corresponde un Derecho único [3].

[2] *Vid. ad.ex. Sent. TJCE de 18 de mayo de 1993 (As. C-126/91: «Yves Rocher»).*

[3] La utilización de este argumento para la unificación del DPE, desde la óptica del análisis económico del Derecho puede apreciarse en G. Alpa, «European Community Resolutions and the Codification of *Private* Law», *ERPL*, 2000/2, p. 327; M. Bangemann, «Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union», *ZEuP*, 1994/3, pp. 377-380; U. Blaurock, «Europäisches Privatrecht», *JZ*, 1994/6, pp. 270-276; A.J. Engel, «Ein Europäisches Zivilrechts Gesetzbuch? Zukunftperspektiven aus den Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz», *ZfRV*, 1999, pp. 124-126; G. Gandolfi, «Per un Codice eu-

El sector de los derechos reales de garantía nos ofrece muy buenos ejemplos al respecto. En algunos países, como Alemania, se admiten los derechos de garantía mobiliaria extensos (reservas de dominio prolongadas y extensas). Esta posibilidad permite al operador económico obtener un crédito a partir no solamente de los bienes identificables que posee en su activo, sino incluso gravar las materias primas destinadas a la transformación o el producto final destinado a la reventa. Semejante posibilidad resulta impracticable en muchos sistemas europeos que, como el español, sólo contemplan la posibilidad de utilizar como garantía real los bienes identificables o estáticos. Como resultado, el operador alemán opera en el mercado interno con una ventaja competitiva respecto del español, puesto que tiene un acceso al crédito más económico, habida cuenta que las garantías reales resultan, por definición, más asequibles que las de naturaleza personal. En mercado interior, sin embargo, la diversidad de los derechos nacionales, unido al juego de las normas de DIPr que determinan la aplicación de la ley del país donde se encuentra el bien gravado, provoca una desventaja competencial para el exportador alemán en relación con el español. El exportador español que vende una mercancía a crédito hacia Alemania puede utilizar las fórmulas de garantía extensas previstas en el Derecho alemán, que le confieren una amplia seguridad en su transacción en caso de impago, reventa a un tercero o insolvencia, resultando además muy baratas, pues no exigen costes administrativos de registro. En contrapartida, el vendedor alemán, que exporta hacia España, únicamente tiene a su alcance garantías reales que recaigan sobre bienes identificables, básicamente equipos industriales, con lo cual, si su producto es una materia prima o una mercancía destinada a la reventa, carece de instrumentos de garantía real eficaces, y deberá exigir al comprador una garantía personal, presumiblemente de naturaleza bancaria, que repercutirá en un coste más elevado de la transacción. Incluso si utiliza una garantía real sobre un bien identificable, deberá arrostrar gastos adicionales de registro administrativo, exigidas por el principio de publicidad del sistema español, con el objeto de hacerlas efectivas frente a terceros acreedores o subadquirentes del bien, por lo que el coste de la transacción será mayor en todo caso. Semejante diversidad legislativa, aunque no implique una discriminación o restricción directa, produce, de hecho, un falseamiento o desequilibrio en el mercado que se traduce en una distorsión de las condiciones de competencia de ambos vendedores en el mercado interior, favoreciendo la libre circulación de mercancías desde España hacia Alemania, y perjudicando el tránsito en sentido inverso [4].

ropeo dei contratti», *Riv.trim.dr.proc.civ.*, 1995, p. 782; M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 101-103; O. LANDO: «Is Codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and the Relationship to Dutch law», *ERPL*, 1993, pp. 157-170; S. LEIBLE, *op.cit.*, § 9.A.1. O. SANDROCK, «Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland —Europa— und die Welt», *JZ*, 1996/1, p. 6. Desde una perspectiva histórica, se ha llegado a justificar la necesidad de una ciencia jurídica europea que habilite un Derecho único para un mercado único, proponiendo el ejemplo de los fines económicos y políticos que sustentaron la unificación del Derecho en Alemania durante el siglo XIX (*cf.* H. COING, «Europäisierung des Rechtswissenchafts», *NJW*, 1990, p. 939). Para J. BASEDOW, el Derecho privado es una condición previa para un mercado único, que debe sustentarse fundamentalmente en una ordenación uniforme del Derecho de sociedades, contratos, bienes y libre competencia («Un droit commun...», *loc.cit.*, p. 10-17). La necesidad de evitar el falseamiento en las condiciones de competencia como justificación para la armonización del Derecho privado aparece asimismo en buen número de las contestaciones enviadas a la Comisión con ocasión de su comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Derecho contractual europeo; así se expresan, en concreto, G. GANDOLFI y J.L. DE LOS MOZOS, O. LANDO y C. VON BAR (*www.http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_la.../academics_en.htm*).



108. El argumento relativo a las distorsiones de la competencia derivadas de la diversidad de legislaciones materiales de Derecho privado avalaría, para algunos autores, una interpretación extensiva de la competencia comunitaria para la aproximación de legislaciones contempladas en los arts. 94 y 95 CE, como tendremos ocasión de señalar. Conviene dejar sentado, sin embargo, que dichos preceptos contemplan las acciones referidas a la aproximación de legislaciones que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior, por lo que sólo justificarían acciones

[4] Entidades como la «Verband Deutschen Maschinen-und Anlagenbau» o la «BRAK» relacionan una serie de materias (vicios ocultos, condiciones generales, transmisión de la propiedad, reserva de dominio, prescripción, etc.), donde ciertas reglamentaciones nacionales específicas producen distorsiones habituales del comercio intracomunitario (*www.http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/ developments/contract_la.../business_en.htm*).

puntuales. En consecuencia, difícilmente podría defenderse semejante título competencial para una unificación global del Derecho privado, o la promulgación de un Código civil europeo. Por su parte, el art. 96 CE prevé un mecanismo de acción comunitaria en el caso de que la Comisión compruebe que una determinada divergencia entre las legislaciones nacionales falsea la competencia y produce una distorsión que deba eliminarse, más cercana al concepto de «incidencia indirecta». Dicha acción no sólo condiciona el recurso a la armonización a un procedimiento previo de consultas con los Estados miembros que procure un acuerdo que elimine la distorsión, muy en la línea del principio de subsidiariedad, sino que permite inducir una competencia puntual o por materias, no apta para una unificación global. En todo caso, el argumento se encuentra cada vez más a menudo en los considerandos de las Directivas que conforman el DPC, y dicho argumento ha tenido una consideración cada vez más clara y sutil en la justificación de dichas Directivas.

Sólo a título de ejemplo, la Directiva 84/450/CEE (publicidad engañosa) indica lacónicamente «que la publicidad engañosa puede ocasionar una distorsión de la competencia en el seno del mercado común». La Directiva 85/374 (responsabilidad por productos) considera que «es preciso aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el estado defectuoso de sus productos dado que las actuales divergencias entre las mismas pueden falsear la competencia». La Directiva 93/13 (cláusulas abusivas) señala que «las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre, por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios y, por otra, el comprador son muy dispares, lo cual da lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre sí y a que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros». La Directiva 94/47 (*timesharing)* entiende que «las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de contratos relativos a la adquisición de los derechos de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles pueden crear obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior, distorsiones de competencia y compartimentación de los mercados nacionales». La Directiva 97/7 (contratos a distancia) tiene en cuenta «que determinados Estados han tomado ya disposiciones distintas o divergentes de protección de los consumidores en materia de venta a distancia, con el consiguiente efecto negativo en la competencia entre empresas en el mercado interior». La Directiva 1999/44 (venta y garantías de los bienes de consumo) introduce un tercer «considerando que las legislaciones de los Estados miembros sobre la venta de bienes de consumo presentan disparidades, como consecuencia de las cuales existen diferencias entre los mercados nacionales en materia de ventas de bienes de consumo y se puede falsear el juego de la competencia entre los vendedores...». En la Directiva 2000/35 (morosidad en las operaciones comerciales) se señala que «las diferencias existentes entre los Estados miembros en lo que se refiere a las normas y prácticas de pago constituyen un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior. Este hecho limita considerablemente las operaciones comerciales entre los Estados miembros, lo cual contradice el art. 14 del Tratado, ya que los empresarios deben poder comerciar en todo el mercado interior en condiciones tales que garanticen que las operaciones transfronterizas no supongan mayores riesgos que las ventas en el mercado nacional, se podrían producir distorsiones si se aplicaran normas sustancialmente diferentes a las operaciones en el mercado nacional y a las transfronterizas»



109. En buena medida ello se debe a que el propio TJCE ha vinculado de forma directa la competencia relativa a la armonización de legislaciones con la necesidad de eliminar los supuestos que falsean la competencia. La *Sent. TJCE de 11 de junio de 1991 (As. C-200/89: «Comisión/Consejo)* lo expresa muy claramente al establecer que «para la ejecución de las libertades fundamentales enunciadas en el art. 8 A, las disparidades existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros necesitan de medidas de armonización en los ámbitos en los que existe el riesgo de que dichas disparidades creen o mantengan condiciones falseadas para la competencia. Por este motivo, el art. 100 A faculta a la Comunidad, conforme al procedimiento en él previsto, para adoptar medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros» [5]. Sin embargo, la *Sent.*

[5] *In casu* el TJCE utilizó este criterio para resolver un litigio entre la Comisión, apoyada por el Parlamento, y el Consejo, que debatía la base legal de la Directiva 89/

*TJCE de 5 de octubre de 2000 (As. C-376/98: Alemania/Parlamento y Consejo)*, al anular la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, ha procedido a relativizar el objetivo de eliminar las distorsiones de la competencia como justificación para una acción de unificación de legislaciones genéricas. Por una parte, esta importante decisión deslegitima la posibilidad de que una eventual divergencia de legislaciones pueda justificar una acción de armonización por la vía del art. 100 A TCE (95 CE): interpretar este artículo en el sentido de que atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior sería incompatible con la caracterización de las competencias de la Comunidad como competencias de atribución (art. 5 CE). En consecuencia, la mera disparidad de legislaciones y un riesgo abstracto de distorsiones de la competencia no son suficientes para justificar el art. 95 CE como

248/CEE del Consejo, de 21 de junio de 1989, por la que se fijan las modalidades de armonización de los programas de reducción con vistas a la supresión de la contaminación producida por los residuos industriales procedentes del dióxido de titanio. La doble vinculación de la Directiva al art. 130 S (protección del medio ambiente) y al art. 100 A TCE, con la consecuente diversidad de procedimientos de adopción, obligaba al TJCE a prescindir de la doble vinculación o base jurídica. Al optar por la sujeción al art. 100 A como base jurídica fundamental, procedió a anular la Directiva por no haber respetado el procedimiento de cooperación. Entre sus motivos, señala que «una acción dirigida a aproximar las normas nacionales relativas a las condiciones de producción en un sector determinado de la industria, con el fin de eliminar las distorsiones de la competencia en este sector, puede contribuir a la realización del mercado interior y, por ello, pertenece al ámbito de aplicación del art. 100 A, disposición particularmente adaptada a la consecución del mercado interior». *Vid.* asimismo el fundamento 10 de la *Sent. TJCE de 18 de mayo de 1993 (As. C-126/91: «Yves Rocher»).*



base jurídica para una unificación del Derecho privado. Es preciso que se trate de distorsiones probables y que la medida atienda directamente a su prevención. Pero, en segundo lugar, la jurisprudencia del TJCE viene a exigir que las distorsiones de la competencia que el acto de armonización pretende suprimir sean «sensibles». Afirma el TJCE: «si no existiese este requisito, la competencia del legislador comunitario prácticamente no tendría límites. En efecto, las regulaciones nacionales difieren a menudo en los requisitos para el ejercicio de las actividades que contemplan, lo que repercute directa o indirectamente en las condiciones de competencia de las empresas afectadas». En consecuencia, el art. 95 CE no es apto para eliminar distorsiones de competencia mínimas [6].

A título de ejemplo, el TJCE indica que «es cierto que las empresas establecidas en el territorio de los Estados miembros menos restrictivos en relación con la publicidad de los productos del tabaco se ven favorecidas desde el punto de vista de las economías de escala y del aumento de las ganancias. No obstante, los efectos de estas ventajas sobre la competencia son remotos e indirectos, y no constituyen distorsiones que puedan calificarse de sensibles. No son comparables a las distorsiones de la competencia provocadas por diferencias de los costes de producción, como los que, en particular, condujeron al legislador comunitario a adoptar la Directiva 89/428/CE del Consejo, de 21 de junio de 1989, por la que se fijan las modalidades de armonización de los programas de reducción con vistas a la supresión de la contaminación producida por los residuos industriales procedentes del dióxido de titanio».

[6] La sentencia citada incorpora en el fundamento 103 un argumento adicional a tener en cuenta: buena parte de las directivas en materia de Derecho privado incorporan, al igual que la Directiva litigiosa, una armonización de mínimos que no impide, sino que faculta a los Estados miembros a una protección mayor de los sujetos o intereses involucrados que, de hecho, conducen a divergencias de los sistemas nacionales igualmente aptas para falsear las condiciones de competencia.

En cierto modo, la decisión del TJCE reseñada produce, respecto del art. 100 A TCE (art. 95 CE) una reducción interpretativa muy semejante a la que supuso la sentencia «*Keck*» en el ámbito de la libre circulación de mercancías. Viene a significar el distinto alcance de las distorsiones de la competencia provocada por la divergencia de los Derechos nacionales según que afecte a las condiciones de producción o de comercialización. Pero su consecuencia es evidente a la hora de rechazar la base jurídica de una unificación del DPE «desde arriba», de alcance general, amparada en el argumento del falseamiento de la competencia.

110. En contrapartida, el hecho de que una decisión judicial del TJCE, sobre la base de los principios que rigen las libertades de circulación, no haya interpretado como restrictiva una determinada reglamentación nacional en materia de Derecho privado, como pueden ser las modalidades de venta en el asunto «*Keck*» o el saneamiento por vicios ocultos en el asunto «*Alsthom Atlantique*», no es óbice, desde luego, para que esté justificada una acción armonizadora o unificadora en el sector del Derecho privado en cuestión, como demuestra el simple hecho de la unificación operada en la contratación a distancia o fuera de establecimientos mercantiles, respetando siempre los límites competenciales tal y como han sido interpretados por el TJCE. Al contrario, precisamente dicha limitación del mecanismo de integración negativa que son las libertades ampara como alternativa una integración positiva que facilite los intercambios y genere condiciones de competencia similares.

La *Sent. TJCE de 13 de abril de 1997 (As. C-233/94:»Alemania/Parlamento y Consejo»)* pone esta circunstancia de relieve en relación con la armonización producida por la Directiva 94/19 (sistemas de garantía de depósitos): «Los Estados miembros pueden, en determinadas circunstancias, adoptar o mantener medidas que obstaculicen la libre circulación. Precisamente son estos los obstáculos cuya eliminación autoriza a la Comunidad el apartado 2 del artículo 57 del Tratado mediante la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas... El efecto de los mecanismos así instaurados por la Directiva es impedir que los Estados miembros puedan invocar la protección de los depositarios para obstaculizar las actividades de las entidades de crédito autorizadas en otros Estados miembros. Así pues, resulta manifiesto que la Directiva suprime obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios».



Lo que parece indudable es que un acceso distinto según el país a ciertas modalidades de venta o al saneamiento por vicios ocultos introduce un régimen diferencial en la competitividad de los exportadores de mercancías según el Estado involucrado, por mínimo que sea [7]. Y resulta evidente, asimismo, que las normas de Derecho internacional privado tampoco son capaces de resolver dicha situación diferencial, toda vez que la solución que proponen supone la referencia a un Derecho nacional, incluso ajeno a las legislaciones de los Estados miembros [8]. Así, en materia contractual, y a falta de elección de la ley aplicable, la compraventa tiende a regirse por la ley de la residencia habitual del vendedor (art. 4 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales). Si se trata de una venta realizada desde Francia hacia Alemania, los derechos derivados en caso de vicios ocultos vendrán determinados por el Derecho francés. En el caso inverso, correspondería a la ley alemana aportar el alcance de los derechos del comprador ante los vicios ocultos. La diversidad de criterios de am-

[7] *Vid.* Sobre esta cuestión A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 124.

[8] Así, en uno de los considerandos de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, se señala: «los intercambios de mercancías entre Estados miembros deben llevarse a cabo en condiciones análogas a las de un mercado único, lo que impone la aproximación de los sistemas jurídicos de los Estados miembros en la medida que sea necesaria para el buen funcionamiento de este mercado común; que, a este respecto, las normas de conflicto entre leyes, incluso unificadas, no eliminan, en el ámbito de la representación comercial, los inconvenientes anteriormente citados y no eximen, por tanto, de la armonización propuesta».

bos ordenamientos ante el saneamiento por vicios ocultos proporciona una situación competencial diversa del exportador alemán o del francés, dentro del mercado interior, al someterles a unos riesgos por vicios ocultos manifiestamente diferentes.

El buen funcionamiento del mercado interior exigiría, en consecuencia, eliminar las diversidades entre las legislaciones nacionales, más allá del régimen de los contratos, hacia otros muchos sectores del Derecho privado: responsabilidad extracontractual, derechos reales, sociedades, situaciones concursales, etc. De hecho, puede mantenerse que cualquier divergencia en el Derecho privado, introduce una diversidad de costes que potencialmente introduce situaciones diferenciales en la posición competitiva, de forma que la consecución de un auténtico mercado interior requeriría una unificación global del Derecho privado europeo, esto es, un DPE construido exclusivamente «desde arriba». Sin embargo, en el estado actual del Derecho comunitario, la limitación de las competencias de la Comunidad Europea impide alcanzar este objetivo desde el DPC, si se tienen en cuenta los límites claramente expuestos por el TJCE en su decisión «*Alemania/Parlamento y Consejo*». Semejante limitación puede constituir, precisamente, un argumento más poderoso a favor de la sustitución del DPC por un DPE.

## B. Costes de información

111. Intimamente relacionado con el argumento expuesto en el apartado anterior, el análisis económico del Derecho brinda una razón más que ampara la unificación del Derecho privado y la consecución de un auténtico DPE: la internalización de los costes externos de información jurídica que provoca la diversidad de legislaciones [9]. Dicho en términos claros, la existencia de una diversidad jurídica es, en sí misma, un hecho que provoca inseguridad en el operador económico y le desincentiva a la hora de realizar operaciones transfronterizas, particularmente si se trata de consumidores y pequeñas o medianas empresas [10]. Este argumento cobra un especial relieve

[9] *Vid.* especialmente U. MATTEI, «A Transaction Cost Approach to the European Code», *ERPL*, 1997, pp. 537-540; S. LEIBLE, *op.cit.*, § 9.A.II; J. BASEDOW, «Un droit commun...», *loc.cit.*, pp. 17-19; H. COLLINS, «Transnational Private Law Regulation of Markets», *Europa e diritto privato*, 1998/4, pp. 967-991; G. ALPA, «Il danno alla persona nella prospettiva europea», *Il diritto privato dell'unione europea*, t.I, Turín, 2000, pp. 791-793. Por su parte, A. SCHWARTZE pone de relieve que los verdaderos costes de transacción no se encuentran en la disparidad legislativa, sino en los costes indirectos que impone la diversidad de los Derechos procesales, que son la causa más importante de desincentivación a las operaciones transnacionales (*cf.* «Enforcement of Private Law: The Missing Link in the Process of European Harmonisation», *ERPL*, 2000, p. 139). Los costes de transacción derivados de la diversidad legislativa se producen en todas las fases de la negociación, incluida la litigación, como recoge la detallada relación de la «Comisión on European Contract Law» y el «Study Group on a European Civil Code» en su respuesta conjunta a la Comunicación de la Comisión sobre Derecho contractual europeo. *Vid.* también las opiniones al respecto de «Comité Européen des Assurances», «Asociation of European Cooperative and Mutual Insurers» y CCI). Una apreciación escéptica se encuentra en C. JAMIN, «Un droit européen des contrats?», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, 1998, p. 54. En la misma línea, la respuesta del gobierno británico a la Comunicación de la Comisión sobre Derecho contractual europeo es sumamente inteligente: si se producen costes de información, el principio de proporcionalidad no justifica la unificación jurídica, sino la promoción de la información deficitaria (*www.http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../governments _en.htm*).

[10] Así lo pone de relieve la propia Comisión en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (*D.O.C.E.* 2001/C 255/01, núms.. 30 y 31). En contrapartida la «Society of Public Teachers of Law of Great Britain and Northern Ireland», al igual que la «UK Financial Services Authority», opina que los consumidores están más amedrentados por el idioma, la cultura o la moneda, y los problemas prácticos relativos a la entrega del bien o su devolución que por las diferencias legales (*cf.* «Reponse to Communication from the European Comisión on European Contract Law», *www.http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../)*.

en el Derecho del comercio, por su específica vocación transnacional [11]. Por una parte, el operador tiende a una consideración prospectiva del Derecho amparada en su propio sistema jurídico, donde se mueve en un medio conocido y previsible. Las opciones de negocio transfronterizas le enfrentan con sistemas jurídicos extraños que convierten en inestables sus cálculos jurídicos y económicos. De forma natural, el operador puede resultar vencido por semejante incertidumbre no asumiendo el riesgo de operar en el mercado internacional, con lo que tal incertidumbre obstaculiza los intercambios transfronterizos en el seno del mercado interior. En otro caso, puede optar por compensar su inseguridad repercutiéndola de forma abstracta en un precio y en un coste final de la operación más elevado, que viene a servir como garantía. Finalmente, puede eliminar el riesgo obteniendo una información jurídica precisa del Derecho extranjero aplicable; en este caso, se provocarán unos costes de asesoría jurídica más elevados, difícilmente soportables para las pequeñas empresas, que igualmente repercutirán en el mayor coste de la operación transfronteriza. En estas dos últimas hipótesis, el intercambio se produce, pero el coste de información provoca una situación de desigualdad económica respecto de las operaciones de mercado interno, falseando las condiciones de competencia en el mercado interior.

El TJCE ha tenido ocasión de incorporar los costes de información como un elemento a tener en cuenta en la interpretación del propio DPC. Así, la *Sentencia TJCE de 12 de noviembre de 1974 (As. 32/74: «Haaga»)* interpretó la primera Directiva de sociedades en el sentido de que todos los datos pertinentes en relación con la representación de las sociedades debían figurar de manera explícita en los registros mercantiles u oficiales, incluso si algunos de ellos resultan de pleno derecho del Derecho nacional o puedan parecer evidentes, pues no cabe esperar de los terceros un conocimiento completo de la legislación de otros Estados miembros o de los usos comerciales que prevalezcan allí.

[11] *Cf.* U. BLAUROCK, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 271.



112. La posibilidad que brinda el propio Derecho comunitario de que las partes puedan elegir la ley aplicable al contrato no elimina por completo este coste, pues una de las partes se enfrentará necesariamente a un Derecho extranjero, y con seguridad repercutirá este coste en la economía de la operación [12]. Por otra parte, no siempre la elección de la ley aplicable resulta posible, tal y como ocurre en el ámbito de los derechos reales. La pluralidad de leyes constituye, en la misma medida que a diversidad lingüística, un inconveniente de hecho a las transacciones comerciales internacionales, que genera indudables costes externos [13]. Sin embargo, la limitación competencial de las Comunidades Europeas no justifica una acción comunitaria para la unificación del Derecho privado europeo, tal y como hemos visto. El propio TJCE en su sentencia en el asunto

[12] *Vid.* A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, pp. 125-126; B.M. LOOS, «Towards a European Law of Service Contracts», *ERPL*, 2001/4, p. 565; O. LANDO, «The Principles of European Contract Law after Year 2000», *New Perspectives on European Contract Law*, Friburgo, 1998, p. 62. Para un operador, como el Barclays Bank o UEAPME, el DIPr y la *lex mercatoria* son, sin embargo, más que suficientes en el comercio entre operadores profesionales *(www.http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l...)*. Sobre la justificación en el principio de eficiencia económica de la unificación del Derecho europeo de los contratos, *vid.* la gráfica e ilustrativa exposición de O. LANDO, «Is Codification...», *loc.cit.*, pp. 157-170; «Why Codify the European Law of Contract?», *ERPL*, 1997, p. 526; «Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?», *AJCL.*, vol. 40, 1992, pp. 573-574; «The Principles...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 60; «Die Regeln des Europäischen Vertragsrecht», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, p. 568; «The Principles of European Contract Law and the *lex mercatoria*», *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, 2000, p. 392; «Optional...», *loc.cit.*, pp. 61-62.

[13] Para O. LANDO, el dato de que el Derecho se exprese en diferentes lenguas provoca que los costes de información jurídica sean sensiblemente superiores en el mercado comunitario, respecto del mercado norteamericano (*cf.* «European Contract Law», *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milán, 1993, pp. 117 ss.).

*Alsthom Atlantique*, valorando el carácter no discriminatorio del Derecho francés relativo al saneamiento por vicios ocultos, añade que «las partes en un contrato de compraventa internacional pueden determinar libremente el Derecho aplicable a sus relaciones contractuales y evitar, de esta manera, estar sujetas al Derecho francés». En efecto, el Derecho comunitario no puede evitar toda divergencia de ordenamientos en materia de Derecho privado [14], por lo que el Derecho internacional privado cobra una importancia crucial en un doble sentido. Por una parte, la posibilidad de aplicación de leyes divergentes puede reconducirse a un margen mínimo de seguridad a través de la compatibilidad entre las normas de conflicto vigentes en los distintos ordenamientos nacionales de los Estados miembros, tal y como se contempla en la competencia atribuida a la Comunidad por el art. 65 b) CE. En segundo lugar, la aplicación de un determinado Derecho nacional no sólo exige que sus normas materiales no sean discriminatorias, sino también que la norma de conflicto que selecciona el Derecho aplicable sea compatible con este principio [15].

113. Más allá de estas acciones en el ámbito de los conflictos de leyes, el argumento de los costes de información, al igual que el falseamiento de la competencia, resulta *a priori* insuficiente para motivar una acción comunitaria que supere la diversidad legislativa a través de una unificación global «desde arriba». Parafraseando la

[14] Como ha señalado el TJCE de forma reiterada, el Derecho comunitario no puede reducir las desigualdades de trato que puedan resultar, entre un Estado miembro y otro, de las divergencias que hay entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros, siempre que éstas afecten a todas las personas sujetas a su aplicación, según criterios objetivos y sin tener en cuenta su nacionalidad [*cf. Sent. TJCE de 1 de febrero de 1996 (As. C-177/94: «Perfili»)*, y jurisprudencia adicional reseñada en el fundamento jurídico 17.°].

[15] *Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, «La incidencia...», *loc.cit.*, pp. 61-81.



jurisprudencia comunitaria, la diversidad de costes debería ser «sensible» o, mejor dicho, producir una alteración «sensible» de las condiciones de competencia en el mercado, para justificar la competencia de la acción comunitaria. Pero en sí mismo, además, el argumento relativo a los costes de información exigiría a su vez un contrapeso de los costes de la unificación, partiendo de su propio método de análisis. Como veremos, este análisis no puede circunscribirse a los costes económicos de la unificación, sino que debe extenderse a los costes jurídicos que se derivan para otras exigencias comunitarias, tal como el respeto a la identidad cultural nacional. Sin llegar a ponderar tal coste jurídico, que será objeto de análisis más adelante, lo cierto es que desde un ángulo económico la unificación motivada en los costes de información jurídica se enfrenta con un criterio de eficiencia económica muy distinto: las ventajas que pueda introducir en el mercado la competitividad entre ordenamientos jurídicos.

## C. Competencia de ordenamientos

114. Justificar en el análisis económico del Derecho la unificación del Derecho privado europeo, sobre todo «desde arriba», no deja de ser contradictorio con los propios postulados de dicho enfoque. Por definición, y al amparo de las consecuencias del principio de reconocimiento, el análisis económico del Derecho ha servido para defender una tendencia contraria a la armonización: la «competencia de ordenamientos» [16]. En términos de eficiencia, lo más aconsejable resulta, precisamente, la competencia entre ordenamientos, que re-

[16] *Cf.* U. BLAUROCK, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 272; H. COLLINS, «European Private Law and the Cultural Identity of States», *ERPL*, 1995, p. 355; S. LEIBLE, *op.cit.*, § 9.A.IV; O. SANDROCK, «Das Privatrecht...», *loc.cit.*, p. 7.

quiere cierta libertad a la hora de configurar las reglas que rigen en el mercado y el Derecho de sociedades, contratos, responsabilidad no contractual o derechos reales [17]. Al amparo de las libertades comunitarias y de la regla de reconocimiento [18], las competencias estatales desatan una competitividad con el objeto de hacer más atractivo un determinado mercado, lo que, a la postre, conduce a carreras entre sistemas jurídicos hacia un modelo menos proteccionista y, por tanto, más eficiente para el comercio intracomunitario. Es lo que algunos han denominado «eficiencia de la diversidad» [19].

El ejemplo práctico con frecuencia aducido para defender la diversidad jurídica y la competitividad entre ordenamientos es, precisamente, el principal mercado competidor de Europa: el sistema jurídico de los Estados Unidos, donde existe

[17] *Vid.* N. REICH, «Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?», *CMLR*, 1992, p. 861; J. TRACHTMANN, «International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction», *Harvard Int. L. Rev.*, 1993, p. 47. En palabras de la propia Comisión «el mercado crea con frecuencia problemas de interés público, pero desarrolla también sus propias soluciones. No se debería subestimar la eficacia del mercado para responder a los distintos valores sociales y a la opinión pública. A resultas del comportamiento competitivo, muchos de los problemas generados por el mercado se pueden resolver automáticamente gracias a la presión que ejercen los grupos de interés afectados (consumidores, ONG, empresas). Las autoridades públicas pueden aumentar la convergencia del interés público y privado» (Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, *D.O.C.E.*, 2001/C 255/01, núm. 49). Estas consideraciones están en la base de la propia opción I (inactividad de la Comunidad), sustentada en su respuesta a dicha Comunicación por el gobierno británico, la «London Investment Banking Association», el «European Publishers Council», la CCI y un buen número de operadores económicos, en especial en el sector marítimo y de telecomunicaciones.

[18] No parece de recibo, en todo caso, hacer valer la competencia de ordenamientos como consustancial a la regla de reconocimiento. Al contrario, resulta más lógico entender que la regla de reconocimiento aboca precisamente a la armonización como proceso de racionalización (*cf.* H.W. MICKLITZ, «Perspektiven...», *loc.cit.*, p. 253).

[19] *Cf.* U. MATTEI, «A Transaction...», *loc.cit.*, p. 538.



una diversidad jurídica que es explotada por políticos y juristas para vender los atractivos del mercado de un determinado Estado, como puede ser el paradigma de Delaware en materia de sociedades, y que conduce de forma natural a la desregulación [20]. Para algunos autores, sin embargo, el modelo de diversidad jurídica norteamericano no resulta extrapolable a Europa. P.C. Müller-Graff advierte que, pese a la diversidad legislativa, el Derecho privado norteamericano presenta elementos de unidad inexistentes en Europa, a saber, la disciplina de los *uniform codes* y la influencia, típica del *common law*, de la *persuasive authority* jurisprudencial del *restatement*, la doctrina común, una enseñanza común basada en idénticos textos y *case-books* [21]. El argumento, discutible en sí mismo en algunos puntos, confirma, sin embargo, la realidad de que el mercado norteamericano presenta una unidad jurídica *soft*, en ningún caso ordenada «desde arriba», y tampoco oculta el hecho de que en dicho mercado existe una competencia efectiva entre ordenamientos jurídicos, que se erige como clave del sistema. Este modelo, y el planteamiento en torno a la competitividad de ordenamientos jurídicos puede ser, sin duda, muy discutible [22], pero sirve para poner de relieve la contradicción de defender la unificación positiva del Derecho privado global y «desde arriba» en clave de análisis económico del Derecho.

## 3. LA EFICIENCIA JURÍDICA COMO ELEMENTO COYUNTURAL

115. La insuficiencia del DPC se debe en buena medida a las propias limitaciones de los actos normativos de la Comunidad, especialmente por los problemas que suscita la Directiva, que han sido

[20] *Cf.* J. HERMAN, «L'expérience des Etats-Unis d'Amérique. Concurrence au pays des micro-brasseries: la gestion des transactions pluri-étatiques aux Etats-Unis», *Le droit privé européen*, Paris, 1998, p. 156; H. KÖTZ, «A Common Private Law for Europe: Perspectives for the Reform of European Legal Education», *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Kluwer, 1992, p. 34. M. ZULEEG, «Rechtsangleichung innerhalb und ausserhalb der Europäischen Gemeinschaft», *ZEuP*, 1998, pp. 515-517.

[21] *Cf.* «Diritto...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 27.

[22] Sobre todo desde la perspectiva del Derecho privado, menos permeable que el Derecho público a la necesidad de competitividad, según J. BASEDOW («Un droit

analizados en la primera parte y que deben ser retenidos en este punto. Pero además de la ineficacia de los cauces normativos o fuentes del DPC, el contenido y alcance de las disposiciones de DPC existentes revelan una coyuntura determinada por ciertos rasgos de manifiesta ineficiencia.

## A. Puntillismo del DPC y la ausencia de sistema jurídico

116. La realidad del DPC, tal y como se desprende del análisis de las cuestiones afectadas realizado en la primera parte, resulta eminentemente fragmentaria en un doble sentido: material y temporal. De un lado, las normas de armonización del DPC se han venido adoptando al hilo del desarrollo de las distintas libertades y políticas, abordando cuestiones más o menos tangenciales, y sin seguir un plan determinado de reglamentación. Esta vinculación a la creación conyuntural del mercado interior ha provocado un DPC construido a base de retazos materiales de muy diversa índole, que únicamente en el sector de los contratos celebrados por consumidores ha intentado abarcar un amplio espectro, sin llegar por ello a merecer la consideración de un subsistema [23].

El Derecho del consumo es el sector más desarrollado del DPC. Sin embargo, tampoco escapa del calificativo de «fragmentario», ni de los inconvenientes

commun...», *loc.cit.*, pp. 20-21). *Vid.* asimismo una crítica en «Communication on European Contract Law. Joint Response of the Comisión on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», *www.http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics _en.htm*

[23] Resulta por ello artificial y sumamente engañosa la pretensión de presentar bajo el título de «Derecho privado europeo» y sobre un esquema clásico, casi estatutario (sujetos, bienes, obligaciones) la modesta realidad del DPC: *cf. Diritto privato europeo (a cura di Nicolò Lipari)*, 2 vols., Padua, 1997.



derivados del puntillismo jurídico. Varias razones se aducen en este sentido, como resume C. Joustra [24]: en primer lugar, sólo se han tratado algunos temas concretos, orillándose cuestiones tan esenciales como los contratos de servicios, los contratos de transporte o los derechos reales. Algunas Directivas se refieren únicamente a un tipo concreto de consumidores. Todo el «sistema» se ha construido sobre la base de Directivas, habilitando las diferencias nacionales. En ocasiones, se armonizan derechos, como el desistimiento contractual, u obligaciones, como la de informar al consumidor de este derecho, dejando en blanco la sanción para el incumplimiento de la obligación o, lo que es lo mismo, armonizando únicamente una parte de la norma jurídica completa, y sin llegar a coincidir en los términos empleados en cada Directiva para caracterizar tal derecho de desistimiento, renuncia o cancelación. En otros supuestos, se fijan estándares mínimos o se habilitan distintas opciones. Se utilizan, según las Directivas, conceptos más o menos distintos de «consumidor», y no se plantea la extensión de la protección característica en muchos sistemas nacionales al adherente o consumidor industrial o profesional, ampliando teleológicamente el concepto.

El carácter fragmentario tampoco escapa del Derecho laboral comunitario, aunque sea otro de los sectores donde abunda mayor número de normas y de decisiones judiciales, por lo que no cabe hablar de un subsistema de Derecho europeo del trabajo [25]. Las normas sólo alcanzan un cierto grado de generalidad en los aspectos referidos a la libre circulación de trabajadores, seguridad e higiene en el trabajo o igualdad de remuneración por razón de sexo, pero falta un régimen jurídico y un cuerpo de principios y conceptos suficientes en torno al contrato de trabajo, la remuneración o el despido, por poner algunos ejemplos.

La fragmentación ha sido asimismo temporal, en el sentido de que las aportaciones se suceden a lo largo de un período de tiempo dilatado sin obedecer tampoco a un plan de acción temporal, por lo que las distintas piezas del DPC no sólo presentan una gran heterogeneidad *ratione materiae*, sino que sus fragmentos presentan asimismo diferencias notables por la distinta época en que han sido adoptados. Tal vez la fragmentación del DPC facilita la crítica más

[24] *Vid.* «Consumer Law», *loc.cit.*, pp. 141-143.

[25] *Vid.* en esta dirección T. Revet, «Un droit...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 108-121.

extendida, al tiempo que ha permitido, desde muy diversos enfoques, múltiples propuestas para una superación del modelo a través de un DPE [26]. De hecho, el afortunado recurso a la metáfora de un concre-

[26] Con carácter general, para una crítica del carácter fragmentario del DPC, *vid.* J. BASEDOW, «Codification...», *loc.cit.*, p. 38; E. BLAUROCK, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 279; H. COING, «Europäisierung...», *loc.cit.*, p. 939; P. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 121; G. GANDOLFI, «Per un codice...», *loc.cit.*, p. 783; V. GÖTZ, «Auf dem Weg zur Rechtseinheit in Europa?», *JZ*, 1994, p. 267; B. Grossfeld y K. BILDA, «Europäische Rechtsangleichung», *ZfRV*, 1992/6, p. 428; C.E. HAUSCHKA, «Grundprobleme...», *loc.cit.*, pp. 523-524; H. HEISS, «Europäisches Vertragsrecht: *in statu nascendi*», *ZfRV*, 1995, p. 55; I. KLAUER, *op.cit.*, pp. 21-22; H. KÖTZ, «Gemeineuropäisches Zivilrecht», *Festscrhift für K.* Zweigert, Tubinga, 1981, p. 483; Id., «Europäische Juristenausbildung», *ZEuP*, 1993, p. 268; Id., «A Common...», *loc.cit., op.cit.*, p. 31; Id., «Rechtsvergleichung — Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele», *Rabels* Z., 1986, pp. 3-5; O. LANDO, «Why Codify...», *loc.cit.*, p. 527; Id.: «The Principles...», *loc.cit., op.cit.*, p. 61; U. MAGNUS, «Die Gehalt eines Europäischen Handelsgesetzbuches», *Festschrift für Ulrich* DROBNIG *zum siebzigsten Geburstag*, Tubinga, 1998, p. 64; S. LEIBLE, «Der Vorschlag für eine EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr als Baustein eines europäischen Unternehmensrecht», *Europa als Union des* Rechts, Colonia, 1999, pp. 97-98; Id., «Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht — Startschluss für ein Europäsiches Vertragsgesetzbuch?», *EWS*, 2001/10, p. 473; H. W. MICKLITZ, «Perspektiven...», *loc.cit..*, pp. 262-263; P.C. MÜLLER GRAFF, «EC Directives...», *loc.cit., op.cit.*, p. 82; Id., «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 19; Id., «Diritto privato...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 22-23; O. REMIEN, «Über den Stil des europäischen Privatrechts — Versuch einer Analyse und Prognose», *Rabels Z.*, 1996, pp. 8-9; F. RITTNER, «Das Projekt eines Europäischen Privatrechtsgesetz-bucher und die wirtschaftliche Praxis», *DB*, 1996, pp. 25-26; W.H. ROTH, «Generalklauseln...», *loc.cit, op.cit.*, p. 136; R. SCHULTE-NÖLKE y R. SCHULZE, «Einführung», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, p. 15; H.C. TASCHNER, «Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft — Rechtsgrundlagen, Ziele, Sachgebiete, Verfahren», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, p. 231 y la contestación de R. HAYDER, «Privatrechtsvereinheitlichung durch die Europäsiche Gemeinschaft — Kommentar zum Vortrag von Hans Claudius Taschner», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 237-240; P. ULMER, «Von deutchen...», *loc.cit.*, p. 4; T. WILHELMSSON, «Private Law



to estilo pictórico impresionista, el «puntillismo», ha llegado a cobrar carta de naturaleza para definir el actual DPC [27].

117. La fragmentación confiere al DPC un carácter profundamente asistemático e inorgánico. El epíteto se emplea en un sentido impropio. La ausencia de «sistema» no debe ser entendida en su sentido más puro, característico del positivismo jurídico, especialmente preocupado por determinar las condiciones de pertenencia de una norma a un determinado ordenamiento jurídico, así como por determinar sus condiciones de validez. Hablamos de «sistema» en un sentido más amplio. En primer lugar, el DPC es asistemático porque es incompleto. La primera virtud de un sistema es la de proporcionar una respuesta a todo problema jurídico; semejante capacidad implica un complejo de reglas jurídicas, normas y principios, y un mecanismo de autointegración (jurisprudencia) capaz de cubrir las propias lagunas normativas. Evidentemente, el DPC no representa un sistema en este sentido, porque es incompleto y no tiene pretensiones de serlo, y en ello el carácter fragmentario del DPC podría encontrar alguna analogía con la idiosincrasia del *common law* [28]. Las

in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?», *ERPL*, 2002/1, p. 80; F. WERRO, «Towards...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 41- 43; R. ZIMMERMANN, «Roman Law and European Legal Unity», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., 1998, p. 26; Id., «Civil Code and Civil Law (The «Europeanisation of Private Law Within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science», *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, 1994/1995, pp. 78 y ss. (una versión reducida de este artículo puede encontrarse en «Civil Code or Civil Law — Towards a new European Private Law», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 20, 1994, pp. 217-226); Id., «El legado de Savigny», *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, 2000, p. 29.

[27] La expresión es original de H. KÖTZ, «Rechtsvergleichung...», *loc.cit.*, p. 5. En la doctrina alemana, también abunda el gráfico término «Flickenteppich».

[28] *Vid.* en este sentido C. SCHMID, «Anfänge einer transnationalen Privatrechtswissenschaft in Europa», *ZfRV*, 1999, p. 214.

disposiciones comunitarias no son capaces de configurar un auténtico sistema; más bien se incorporan de una u otra manera a los sistemas jurídicos nacionales, que muchas veces cumplen una misión integradora del propio DPC [29].

118. En segundo lugar, el concepto de sistema denota un elemento relacional de todas los elementos del ordenamiento jurídico. Cada norma, cada principio o cada sentencia se involucran y complementan sobre un principio de coherencia o congruencia, y se contemplan como un todo tendencialmente armónico, que exige, entre otras cosas, una «interpretación sistemática». El puntillismo del DPC tampoco permite hablar de «sistema» en este sentido. Es muy habitual que el propio TJCE reconozca la polivalencia de conceptos tales como «trabajador» o «consumidor» [30], según la Directiva o Reglamento en que aparezca, y el propio TJCE se cuida de interpretar las cuestiones prejudiciales que se plantean anclando sus respuestas en un marco puntual, y no general, sin propiciar la extensión de principios o de conceptos más allá del aspecto concreto para el que ha sido interrogado [31]. Esto es así, porque el DPC carece de pretensiones sistemáticas, respondiendo a iniciativas puntuales, de un talante muchas veces puramente corrector. Ya el propio principio de

[29] *Cf.* H. COING, «Europäisierung...», *loc.cit.*, p. 938.

[30] Sobre la necesidad de superar el concepto socioeconómico de «consumidor» y sus problemas de precisión jurídica en el DPC *vid.* T. PFEIFFER, «Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 21-43.

[31] Así, la *Sent. TJCE de 12 de mayo de 1998 (As. C-86/96: «Martínez Sala»)*, indica que «el concepto de trabajador en Derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate. Así, el concepto de trabajador utilizado en el marco del artículo 48 del Tratado CE y del reglamento n. 1612/68 no coincide necesariamente con el empleado en el ámbito del artículo 51 del Tratado CE y del reglamento 1408/71», procediendo a continuación a deslindar ambos conceptos.



subsidiariedad que aparece en los considerandos de muchos textos de DPC es un fiel reflejo de la claudicación del DPC a cualquier veleidad «sistemática» [32]. Sin embargo, la consecución de un auténtico sistema jurídico, de un DPE capaz de suplantar a los sistemas nacionales, se enfrenta con la necesidad de crear un sistema completo, y no simples subsistemas [33].

119. Pero en un sentido más global, el ordenamiento jurídico es también, y fundamentalmente, un sistema de valores. Tales valores, ya sean legales o extralegales, permiten a la postre que un sistema funcione como tal, pues la interpretación de sus normas, la solución de lagunas, la derogación de reglas caducas, o el desarrollo judicial, dependen directamente de una objetivación de los valores del «sistema». Como Derecho privado, el DPC es pobre en valores; es más, no puede ser rico en valores. La consecución del mercado interior proporciona un valor único, ajeno en sí mismo a la lógica del Derecho privado: la integración. Este valor, traducido en principios o libertades de circulación fundamentales positivizados en el TCE, suministra la base jurídica para la promulgación del DPC. La

[32] «La Comunidad —afirma T. KOOPMANS— no puede seguir tratando de forma ocasional cuestiones de Derecho privado, sin desarrollar una idea general de cómo se ensamblarán finalmente las diferentes piezas» (*Cf.* «Towards a European Civil Code», *ERPL*, 1997, p. 544).

[33] Esta precisión tiene que ver con los intentos de generar un Derecho contractual europeo, sobre la base de los trabajos de la Comisión LANDO. No se puede construir un sistema o un código, como señala B.S. MARKESINIS, centrándose en una sección, como podría ser la responsabilidad no contractual, sin observarla, revisarla y adaptarla al Derecho de los contratos, al sector de los derechos reales o, incluso, a otras partes del ordenamiento jurídico como el Derecho penal, el Derecho de familia o el Derecho sucesorio (*cf.* «Why a Code is not the best way to advance the cause of european legal unity», *ERPL*, 1997, p. 520). De hecho, aun admitiendo la existencia de un auténtico subsistema europeo del Derecho de los contratos, las incoherencias derivadas del carácter fragmentario seguirían perviviendo en buena medida.

existencia de algunas políticas específicas (protección del consumidor, medio ambiente, política social, etc.) permite que el DPC no sea monolítico desde un punto de vista axiológico, habilitando distintos objetivos políticos y distintas bases jurídicas, pues éstas tienen un asiento directo en aquéllos. Pero, evidentemente, el Derecho comunitario no puede servir de fuente de valores de un sistema de Derecho privado con pretensiones de tal. Esta limitación es palmaria en sectores como el Derecho de familia, el Derecho de la propiedad o el Derecho sucesorio, pero también incide de forma notable en los modelos del Derecho de sociedades o del Derecho contractual. En todo caso, en el estado actual del Derecho comunitario, resultaría imposible extraer un catálogo de valores mínimamente apto para configurar algo que mereciera el calificativo de «sistema», contrariamente a lo que podría hacerse con cualquier de los quince sistemas jurídicos de la Comunidad Europea. En el terreno de los valores, el DPC se muestra tan fragmentario como en el ámbito de las normas [34].

120. El puntillismo, por tanto, no viene más que a constatar que el DPC no es un concepto referido a un sistema, sino una forma algo pretenciosa de referirse a la mera suma de las normas de origen comunitario con incidencia en el Derecho privado. La pregunta surge de inmediato: ¿cuál es ese Derecho privado en el que inciden las normas comunitarias que conforman el DPC? La respuesta es obvia: nos referimos al sistema de Derecho privado, que sólo puede ser el sistema de cada uno de los Estados miembros. En suma, el DPC vendría ser una opción insuficiente, incluso contraproducente. El hecho de que existan normas de Derecho privado comunitarias (DPC), pero no un sistema comunitario de Derecho privado, no sólo parece una contradicción *in terminis*, sino que, al anclarse en un sistema de Derecho privado nacional, es susceptible de alterar la propia coherencia de este sistema, provocando en él importantes quiebras y rupturas.

[34] *Vid.* A. KRAMER, «Vielfalt und Einheit der Wertungen im europäischen Privatrecht», *Festschrift für Koller*, Berna, 1993, p. 743.



L. Niglia señala algunos ejemplos en este sentido: así el Derecho del consumidor a renunciar o desvincularse unilateralmente del contrato durante un plazo posterior a su perfección, que reconocen algunas Directivas, rompe con principios esenciales del Derecho italiano (rescisión bilateral) o alemán (carácter unilateral de las garantías); la Directiva 85/364 (responsabilidad por productos) quiebra el principio de la «responsabilidad por culpa» característico de algunos Derechos nacionales. El principio de «*privity of contract*» que caracteriza al sistema inglés, pero también al Derecho español, se ve modificado por algunas Directivas que reconocen al consumidor una acción directa frente a terceros (*ad ex.* Directiva 87/102). La exigencia de transparencia que se infiere de las Directivas 93/13 (cláusulas abusivas) o 94/47 («*timesharing*») trastocan la teoría alemana sobre condiciones generales de la contratación [35].

## B. Vulgarización del DPC

121. El DPC, como cualquier instrumento jurídico, no puede prescindir de conceptos generales, como bien demuestra el sector de las obligaciones contractuales. Dichos principios o conceptos gene-

[35] *Vid.* L. NIGLIA, «The Non-Europeanisation of Private Law», *ERPL*, 2001/4, pp. 590-592. *Vid.* otros ejemplos señalados por W. VAN GERVEN, «From Communitarisation of National Tort Rules to Europeanisation of Community Tort Law: The Invader Invaded», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 180. En especial, sobre el efecto desintegrador de los Derechos nacionales del Derecho europeo del consumo, en concreto en materia de cláusulas abusivas, *vid.* L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, «Consumer Contracts in Italian and Community Law — Patterns of Integration and Disintegration», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 119-172. También, C. JOERGES, «Interactive Adjudication in the Europeanisation Process? A Demanding Perspective and a Modest Example», *ERPL*, 2000, p. 4.

rales deben ser en la medida de lo posible autónomos, esto es, específicamente comunitarios. Sin embargo, la falta de anclaje de los textos armonizadores en un verdadero sistema jurídico, capaz de proporcionar conceptos y principios generales, provoca, en primer término, problemas de coherencia interna, esto es, un déficit de «consistencia» del DPC[36]. Baste señalar cómo en el DPC del consumo ni siquiera existe un concepto claro y equivalente de «consumidor» utilizado en cada uno de los textos legislativos. Pero, con carácter general, las Directivas incorporan normas especiales y, todo lo más, conceptos instrumentales, pero no normas interpretativas ni principios generales propiamente dichos[37].

Una de las manifestaciones más características de la «inconsistencia» es la progresiva «vulgarización» del DPC. La ausencia de un precipitado histórico o sistemático de conceptos o principios generales, unida al carácter fragmentario del DPC, facilita la falta de calidad técnica de las normas comunitarias. Ciertamente, la pobreza de los textos tiene mucho que ver con un legislador más tecnócrata o burócrata que jurista, o simplemente mal asesorado[38]; pero también el problema lingüístico está en la base de unos textos que son vulgares, sobre todo porque utilizan un lenguaje vulgarizado. Y en muchos casos, la preeminencia de los problemas de traducción y el propio peso de los servicios de traducción jurídica abocan a textos contemporizadores, que sacrifican el rigor jurídico en favor de expresiones más maleables o polivalentes[39]. Otra opción, a saber, cuerpos normativos más elaborados y de mayor calidad, requerirían un coste suplementario de comparación y discusión sobre conceptos y principios jurídicos que no siempre son fácilmente reductibles cuando están en juego culturas jurídicas diversas, pero que se han logrado con bastante éxito en muchos convenios internacionales, algunos en el propio marco de la Comunidad Europea.

Sea como fuere, la progresiva vulgarización del Derecho privado europeo es un hecho fácilmente contrastable. Algunos ejemplos pueden resultar particularmente gráficos. Así, la Directiva 90/314 (viajes combinados) tiende a la armonización de legislaciones en torno a contratos ciertamente englobados en el concepto de «contratos de servicios». En la Directiva, sin embargo, se hace uso de la terminología propia del contrato de compraventa, definiendo al «organizador» como la «persona que organiza de forma no ocasional viajes combinados, y los vende...». Consecuentemente, se refiere al consumidor de los servicios, como «la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado». No debe extrañar, por tanto, que el propio TJCE se refiera, en el marco de la citada Directiva, al «comprador de

[36] La expresión está tomada de V. Van Gerven, «Coherence of Community and National Laws. Is There a Legal Basis for a Europan Civil Code?», *ERPL*, 1997, p. 465.

[37] *Cf.* H. Coing, «Europäisierung...», *loc.cit.*, p. 938.

[38] *Cf.* A. Gambaro, «*Iura et leges* nel processo di edificazione di un diritto privato europeo», *Europa e diritto privato*, 1998/4, pp. 1008-1013; G. Betlem y E. Hondius, «European...», *loc.cit.*, p. 9; J.L. de los Mozos, «Integración Europea: Derecho comunitario y Derecho común», *RDP.*, 1993, pp. 221-222. *Vid.* de este último autor «El Anteproyecto de «Código Europeo de Contratos» de la Academia de Pavía», *La unificación jurídica europea*, Madrid, 1999, pp. 254-255, donde se cita la sentencia «*Marleasing*», como ejemplo jurisprudencial de vulgarización o «destrozo jurídico». La propia Comisión reconoce la necesidad de mejorar la calidad jurídica del DPC en el núm. 58 de la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (*D.O.C.E.*, 2001/C, 255/9).

[39] Particularmente gráfica es la recomendación que incluyen las reglas de técnica legislativa utilizadas por la Secretaría General y el Servicio Jurídico de la Comisión, que recoge A. Gambaro (*ibíd.*, pp. 1011-1012): «A menudo resulta necesario evitar un término de Derecho interno que carezca de una equivalencia satisfactoria en una o más lenguas, o cuya equivalencia en dichas lenguas no abarque todo el concepto contemplado o, al contrario, corresponda a una noción más genérica. Conviene, en tal caso, bien elegir un término nuevo más apropiado (aunque pueda resultar menos elegante), bien —siempre que la finalidad buscada por el legislador resulte igualmente atendida— redactar el texto de forma distinta, de forma que pueda ser compuesto uniformemente a todos los idiomas».

un viaje combinado» (*Sent. TJCE de 14 de mayo de 1998, As. C-364/96: «Verein für Konsumenteninformation/Österreichische Kreditversicherungs AG»)* La utilización de conceptos claves circunscritos a las partes de un contrato de compraventa merece, sin duda, los peores adjetivos.

La vulgarización del DPC repercute sin duda en un Derecho de peor calidad, justificando un argumento más a favor de un auténtico DPE, particularmente grato a quienes defienden una unificación «desde arriba» sobre la imagen de un Código Civil.

## C. Aporías y problemas interpretativos

122. La ausencia de un referente general, de unos principios o conceptos generales subyacentes, no sólo provoca inconsistencia interna del DPC, sino que produce graves deficiencias y efectos secundarios al incorporarse al Derecho nacional de los Estados miembros. No resulta sencillo adecuar y adaptar los conceptos y principios del Derecho privado nacional a las exigencias de las Directivas, y cumplir con éxito un intento de «interpretación conforme» del Derecho nacional a las Directivas, o, lo que es lo mismo, existen serios problemas para mantener el postulado de la «homogeneidad» [40]. En consecuencia, el carácter asistemático del DPC plantea problemas interpretativos, a menudo aporéticos, derivados de la necesidad de interpretar normas comunes con principios nacionales o, en otras palabras, de la ausencia de un cuerpo de principios de DPC [41].

[40] Nuevamente, en la terminología de G. VAN GERVEN, «Coherence...», *loc.cit.*, p. 466. *Vid.* en este sentido A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 121.

[41] La propia Comisión es consciente de estos problemas de interpretación (Comunicación de la Comisión al Consejo y al parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, *D.O.C.E.*, 20001/C, 255/6, núms.. 34-38)



Un ejemplo de los desajustes que pueden producir en el Derecho nacional los problemas interpretativos viene suministrado por *la Sent. TJCE de 17 de marzo de 1998 (As. C-45/96 («Dietzinger»)*, relativa al ámbito de aplicación de la Directiva 85/577 (contratos negociados fuera de establecimientos comerciales). Se trataba de determinar si la Directiva abarca un contrato de fianza cuya finalidad es garantizar un préstamo concedido por una entidad financiera a un tercero, a la sazón familiar del fiador. Dicho contrato se había concluido fuera del establecimiento mercantil entre la entidad de crédito y una persona física que no actuaba para un uso profesional. Aparentemente, en este contrato no existe, como exige la Directiva, el suministro del comerciante al consumidor de un bien o un servicio, y por esta razón fueron excluidos por la jurisprudencia alemana del ámbito de aplicación de la normativa que desarrolla la mencionada Directiva en el Derecho alemán. Sólo tras diez años, donde la práctica jurisprudencial y legal en Alemania y en otras latitudes habían interpretado con normalidad la normativa interna en este sentido, una cuestión prejudicial, centrada en el sistema alemán, encendió la luz de alarma sobre la bondad de dicha interpretación. Frente a la opinión del Abogado General, partidario de la exclusión de los contratos de garantía, el TJCE afirmó la inclusión del contrato de fianza, si bien únicamente si el fiador garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que pueda ser considera consumidor, en el sentido de la Directiva, y no si ésta última actúa en el marco de su actividad profesional. La decisión resulta sorprendente, pues finalmente supedita la protección del consumidor que es parte en el contrato accesorio al hecho de que el contrato principal esté suscrito igualmente por un consumidor y, además, fuera de un establecimiento mercantil. La interpretación del TJCE parece ampliar sin motivo el ámbito de la armonización, pero al mismo tiempo introduce nuevos problemas interpretativos. En efecto, procede a una extensión de la Directiva a los contratos conexos o accesorios, sin que en la propia Directiva pueda encontrarse criterio alguno para determinar dicha accesoriedad. No debe olvidarse que el principio de abstracción y de causalidad, según los sistemas, puede conducir a una perspectiva muy diferente acerca del grado de implicación de los contratos accesorios y de su propia autonomía. No debe extrañar, en consecuencia, que se haya puesto de manifiesto la necesidad de someter al TJCE también al principio de subisidiariedad, por lo que se refiere a la interpretación de las Directivas, contenida a su base legal [42]. Cu-

[42] *Cf.* especialmente el Editorial de *CMLR*, 1998, pp. 1013-1018.

riosamente, la *Sentencia TJCE de 23 de marzo de 2000 (As. C-208/98: «Berliner Kindi Brauerei AG/Andreas Siepert»)* interpretó de forma muy distinta la eventual inclusión del contrato accesorio de fianza en el ámbito de aplicación material de la Directiva 87/102 (crédito al consumo). Distinguiendo expresamente este caso del asunto *Dietzinger*, el TJCE excluye la fianza del ámbito de aplicación de la citada Directiva, amparándose en su tenor literal y, especialmente, en los objetivos del propio texto armonizador, más allá de la protección del consumidor, pero, sobre todo, negando en este caso que el carácter accesorio del contrato como justificación de una interpretación extensiva. Pero lo que llama especialmente la atención es que los gobiernos alemán y finlandés apoyaran la intrascendencia del argumento de la accesoriedad del contrato, en tanto que los gobiernos español y francés apoyaran a la Comisión en dicho argumento. Seguramente no es azarosa la orientación causalista o abstracta que subyace en cada postura, y que revela la dificultad de eliminar una concepción nacional en la interpretación de normas uniformes que carecen de referencia a una concepción global o general del Derecho privado de los contratos.

El carácter fragmentario del DPE, al impedir un catálogo de instituciones jurídicas sistemáticamente relacionadas, produce asimismo dificultades de interpretación singulares, particularmente si se añade la utilización de conceptos abiertos o neologismos que tratan de superar los matices de los conceptos nacionales tradicionales [43].

Así, el concepto de «contrato de crédito» contenido en el art. 1.2. c), en relación con el art. 2.1. b) de la Directiva 87/102 (crédito al consumo) no permite prever de una manera clara la inclusión de los contratos de *leasing*, al menos en todas

[43] *Vid.* especialmente algunos ejemplos y las valoraciones de I. KLAUER, *op.cit.*, pp. 161, 164-165. En este sentido, se pregunta G. MEILHAC cómo es posible llegar a interpretar conceptos como «uso profesional» que son incluso imprecisos o multívocos en los propios sistemas nacionales que los emplean (*vid.* «Le nouveau droit français des clauses abusives: un nouveau depart pour le juge?», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 291-308, especialmente pp. 298-301 en relación con el sistema francés).



sus variantes [44]. En otros casos, se trata de conceptos indeterminados, que pueden resultar distorsionados por las peculiaridades nacionales. Así, es posible que el concepto de reserva de dominio del art. 4 de la Directiva 2000/35 (morosidad) se extienda en el sistema alemán a las fórmulas extensas y prolongadas, horizontales y verticales, características de dicho sistema, pues así lo permite su tenor literal, mientras que resulta harto improbable que la adaptación e interpretación de dicha norma en sistemas como el español, el francés o el italiano vaya más allá de la reserva de dominio simple, única conocida y concebible en dichos sistemas. Del mismo modo, y dadas las diferencias no sólo culturales, sino también de desarrollo económico, no cabe esperar cabalmente una interpretación uniforme de un concepto tan esquivo como el de «producto defectuoso» que proporciona la Directiva 85/374 (responsabilidad por productos) [45]. La ausencia de una parte general, y consecuentemente, de una teoría general, hace muy difícil conjugar conceptos generales como la «buena fe», utilizado en la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas), que suscita justificados recelos en la doctrina inglesa. La *Sent. TJCE de 11 de noviembre de 1997 (As. C-251/95: «Puma»)* contiene un ejemplo de irreductibilidad de conceptos generales, y de la necesidad en último término de que el TJCE se decante por una concepción nacional determinada. Se trataba, en el ámbito del Derecho de marcas, de interpretar el alcance de «riesgo de confusión»; frente a la amplitud del concepto de «riesgo de asociación» propio de los países que conforman el Benelux, el TJCE acabó optando por un concepto más preciso en sintonía con el Derecho alemán. [46]

Con carácter general, el DPC se limita a establecer el contenido o efectos jurídicos en términos lo suficientemente flexibles para que puedan incorporarse las distintas peculiaridades nacionales. Así, el art. 6 de la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas) se limita a prever que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor; determinar si tales cláusulas se consideran sometidas a nulidad o anulabilidad queda bajo la influencia de los Derechos nacionales, admitiendo una gran variedad de posibilidades como han demostrado M. Pasquau Liaño y V. Di Comité [47]. En la

[44] *Cf.* I. KLAUER, *Die Europäisierung...*, *op.cit.*, pp. 121-122.

[45] Y que se manifiestan de forma paradigmática en la *Sent. TJCE de 10 de mayo de 2001 (As. C-203/99: «Hennig Veedfald»)*. Tal Directiva, por otra parte, tampoco resuelve el problema de la naturaleza de la responsabilidad ni determina el alcance de los «daños morales» (*vid.* C. SCONAMIGLIO, «Prospettive...», *loc.cit.*, p. 335).

[46] *Vid.* al respecto G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Consideraciones...», *loc.cit.*, p. 20.

[47] *Cf.* «Sulle nuove nullità», *Quaderni di diritto privato europeo*, 1997/1, pp. 65-67.

Directiva 94/47 (*timesharing*) los contratos referidos a la adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido se definen en el art. 2 sin prejuzgar el contenido real o personal de los derechos, pues como explica el considerando 3.º: «la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos a que se refiere la presente Directiva varía considerablemente entre los Estados miembros; que, por consiguiente, procede referirse de forma sintética a esta diversidad formulando una definición lo suficientemente amplia de tales contratos, sin que ellos suponga una armonización a escala comunitaria de la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los mismos» [48]. Con más rigor, la *Sentencia TJCE de 13 de noviembre de 1990 (As. C-106/89: «Marleasing»)* deja poco margen a los sistemas causalistas, como el español, acerca de la posibilidad de fundamentar la nulidad de un contrato de sociedad por falta de causa o causa ilícita, al impedir una interpretación funcional del concepto de «ilicitud del objeto», que ha merecido no pocas críticas.

Otro problema derivado del carácter fragmentario, material y temporal, del Derecho comunitario, son los conflictos entre Directivas, cada vez más frecuentes, al producirse solapamientos de sus respectivos ámbitos de aplicación material, aderezados con soluciones diversas sobre aspectos de fondo [49].

Un ejemplo reciente se encuentra en la *Sent. TJCE de 13 de diciembre de 2001 (As. C-481/99: «Heiniger»)*, que se enfrenta a la aplicación cumulativa de la Directiva 85/577 (contratos fuera de establecimientos comerciales) y de la Directiva 90/88 (crédito al consumo), en relación con un contrato de crédito con garantía real, concluido a domicilio. El gobierno alemán consideraba que, en virtud del principio *lex specialis derogat legi generali*, la Directiva de crédito al consumo prevalecía sobre la Directiva sobre contratos negociados fuera de establecimientos comerciales. La cuestión era sustancial, por cuanto que la primera sólo recomienda un derecho de revocación que la segunda contempla perentoriamente. El TJCE, en contrapartida, estimó la aplicabilidad de la Directiva sobre venta a domicilio y el reconocimiento del derecho de revocación. Otro supuesto de solapamiento entre la Directiva 85/577 y la Directiva 94/47 (*timesharing*) se aprecia en *Sent. TJCE de 22 de abril de 1999 (As. C-423/97: «Travel Vac, S.L./Manuel José Antelm Sanchís»)*.

[48] *Vid.* al respecto A. GAMBARO, «Gli instrumenti della CE in tema di multiproriétà ed i limiti delle legislazione», *Diritto privato comunitario*, Nápoles, 1997, p. 268; N. DOWNES, *Los contratos internacionales de timesharing*, Madrid, 1998, pp. 377 ss.

[49] *Vid.* una relación de inconsistencias en S. CÁMARA LAPUENTE, «Communication on European Contract Law», *www.http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l/academics_en.htm*, pp. 3-5.



En otras ocasiones, el carácter fragmentario del Derecho comunitario aboca a problemas interpretativos derivados de la necesidad de adaptar el DPC a un sector del Derecho no armonizado.

Con frecuencia, la ausencia de un DPC sobre responsabilidad extracontractual genera estos problemas interpretativos. Así ocurre, por ejemplo, a la hora de coordinar las normas comunitarias sobre la cobertura de los seguros obligatorios de responsabilidad civil derivada del uso de automóviles [*Sentencia TJCE de 14 de septiembre de 2000: As. C-348/98: «Ferreira»*], pero también en supuestos menos característicos como los que derivan del principio de igualdad de sexos en el ámbito de las relaciones laborales. Concretamente, la *Sentencia del TJCE de 22 de abril de 1997 (As. C-180/95: «Draehmpaehl»)*, se refería a un supuesto de vulneración de dicho principio en el acceso al empleo (Directiva 76/297). La normativa del DPC formula en este caso una norma incompleta, dado que prevé una prohibición, pero deja a los Derechos nacionales el establecimiento del cauce de la sanción. Cuando ésta se articula a través de un régimen de responsabilidad civil, el establecimiento de un principio de responsabilidad por culpa puede contaminar el criterio del DPC en orden a no admitir exención alguna de dicha responsabilidad. De ahí que esta decisión del TJCE, reiterando la doctrina ya sentada en la *Sentencia TJCE de 8 de noviembre de 1990 (As. C-177/88: «Dekker»)*, respondiera a la cuestión prejudicial obligando al juez nacional a interpretar de forma restrictiva y adaptada a las necesidades de la Directiva su propio sistema de responsabilidad civil.

Problemas similares suscita igualmente la configuración procesal de derechos y obligaciones derivados de las propias Directivas: la *Sent. TJCE de 8 de febrero de 2001 (As. C-350/99: «Wolfgang Lange»)* pone de manifiesto la aplicación de los Derechos nacionales para determinar las cuestiones relativas a la carga de la prueba en supuestos de incumplimiento por el empresario de la obligación de información impuesta por la Directiva 91/533.

Finalmente, el DPC se enfrenta con lagunas a menudo difíciles de resolver. No faltan los ejemplos en que lo que pudiera parecer

una laguna axiológica o un supuesto no contemplado por la Directiva, acaba siendo excluido de la propia Directiva por el TJCE y, en consecuencia, resuelta la laguna por la incorporación de las soluciones nacionales, con el consiguiente desconcierto [50].

Así, pese a que el art. 9 de la Primera Directiva sobre sociedades establece una serie de reglas sobre la representación de la sociedad por los actos realizados por sus órganos, que contiene un principio tuitivo de los terceros a favor de la obligación de la sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuye a dichos órganos, la *Sentencia TJCE de 16 de diciembre de 1971 (As.C-104/96: «Rabobank»)* estimó que el régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de los órganos sociales en situaciones de conflictos de intereses no estaba comprendido en el marco normativo de la Primera Directiva, siendo competencia del legislador nacional. En estas situaciones, la armonización acaba provocando más inseguridad jurídica que certidumbre, y en ocasiones acaba traicionando el propio valor intrínseco del texto armonizador. Así ocurre con la seguridad del tráfico que está en la base de la Primera Directiva.

123. Dichos problemas interpretativos nacen muchas veces de la vinculación implícita de los textos comunitarios con un determinado sistema nacional que inspira las normas de la Directiva o Reglamento en cuestión, y cuya incorporación a un sistema nacional ajeno a dicho modelo resulta especialmente difícil. No faltan los casos en que la propia Comisión ha aconsejado a los Estados miembros desarrollar una Directiva inspirándose en la jurisprudencia de un determinado sistema nacional [51].

[50] *Vid.* en este sentido A. IANNARELLI y N. SCANNICCHIO, «Opzioni per iniziative future della CE nel settore del diritto contrattuale», *www.http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../ academics _en.htm;* L. VOGEL, «Die Harmonisierung...», *loc.cit.*, pp. 611-613.

[51] Así ha ocurrido respecto a la alternativa abierta por el art. 17 de la Directiva 86/653 (agentes comerciales independientes) para garantizar la indemnización del agente por la fórmula alemana (compensación) o francesa (indemnización por daños). Para aquellos sistemas, como el inglés, cuyo Derecho nacional dificulta la adaptación de la Directiva, la propia Comisión ha recomendado que se inspiren concretamente en el sistema alemán (*cf.* I. KLAUER. *Europäisierung..., op.cit.*, pp. 172-174).



La incidencia se limita básicamente a los sistemas alemán, francés e inglés, y acaso en algunas cuestiones puntuales al Derecho italiano. Difícilmente puede ocultarse el hecho de que los sistemas jurídicos más influyentes coinciden con los pertenecientes a los sistemas políticos más poderosos, así como a los que despliegan un mayor poderío técnico y burocrático, y no necesariamente, y en todos los casos, a los ordenamientos jurídicos en sí mismos más depurados o acabados. Es reconocida la fuerte influencia alemana en el DPC de sociedades, agencia comercial y cláusulas abusivas [52], si bien algunos autores matizan sobre ésta última que se trata de un cuerpo alemán vestido con ropas francesas [53]. La influencia inglesa es más evidente en la normativa sobre crédito al consumo y *timesharing*, mientras que la francesa aparece en otras Directivas sobre protección de consumidores [54]. Más recientemente, la influencia alemana es evidente en las disposiciones relativas a la reserva de dominio contenidas en la Directiva 2000/35 (morosidad), al describir el contenido del derecho como un *ius in rem*, o derecho de conservación de la nuda propiedad, característico del BGB, en abierta contradicción con el contenido pignoraticio atribuido a la reserva de dominio por sistemas más anclados en la prohibición del pacto comisorio [55].

Además, las discusiones y los debates acerca del contenido del DPC se suscitan en caso de confrontación entre los sistemas jurídicos mencionados. Por ejemplo, la inspiración alemana de la Directiva 86/653 (agentes comerciales independientes), produjo un proceso de adopción del texto complejo y dilatado, por las auténticas dificultades de adaptación en el sistema inglés [56]. En particular, la críti-

[52] *Cf.* M. GEBAUER, *Grundfragen..., op.cit.*, pp. 109-111.

[53] La expresión es de V. ROPPO, *cit.* por O. REMIEN, «Über den Stil...», *loc.cit.*, p. 7.

[54] *Ibíd.*, p. 7.

[55] *Vid.* una ejemplificación de la influencia dispar de los Derechos nacionales en distintas directivas en C. VON BAR, «A New *Ius Commune Europaeum* and the Importance of the Common Law», *The Clifford Chance Millenium Lectures: The Coming Together of the Common Law and Civil Law*, Oxford, 2000, pp. 72-73.

[56] *Vid.* H. KÖTZ, «Gemeineuropäisches...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 485-486. El dato es señalado asimismo por el Barclays Bank (*www.http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../business _en.htm).*

ca de la *English Law Commission* alegaba que la Directiva proyectada podía ser interpretada y aplicada por los juristas alemanes sobre la base de los parágrafos 84 y ss. del BGB, en el contexto general de este cuerpo legal y del Derecho civil alemán. Abogados y jueces alemanes podrían recurrir a este contexto legal para aplicar las distintas secciones de la Directiva, interpretar sus normas y obtener recursos legales para su buena ejecución, mientras que el jurista inglés carecería en absoluto de tales recursos y, en suma, se encontraría perplejo ante una serie de disposiciones abiertas y necesitadas de precisión ulterior, obedientes a una cultura muy distinta a la suya [57].

124. Resulta comprensible, por tanto, que se haya incidido en la necesidad de construir un DPC sobre la previa aproximación y elaboración de principios generales comunes en el ámbito de las obligaciones contractuales y no contractuales, o, incluso, sobre una auténtica parte general [58]. Pero en la actualidad, la interpretación conforme a las Directivas de los Derechos nacionales se convierte en una misión imposible. Si se completan las lagunas y conceptos indeterminados con los conceptos y claves del Derecho nacional, cuando menos se confluye en una aplicación no uniforme del DPC, si no se llega a conculcar durante años el auténtico espíritu de la Directiva.

[57] *Vid.* H. Kötz, «Gemeineuropäisches...», *loc.cit.*, pp. 485-486; O. Lando, «European...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 123-124; Id.: Principles...», *loc.cit.*, p. 576; J.L. de los Mozos, «El Anteproyecto...», *loc.cit.*, p. 257.

[58] *Cf.* H. Kötz, «Gemeineuropäisches...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 486-487; A. Gambaro, «*Jura et leges...*», *loc.cit.*, p. 1014; U. Drobnig, «Scope and General Rules of a European Civil Code», *ERPL*, 1997, pp. 494-495. En el ámbito de la contratación, los Principios de Derecho Contractual Europeo elaborados por la Comisión Lando se señalan como sistema de referencia (*vid.* S. Leible, «Der Vorschlag...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 97-98). En contrapartida, no falta quien aduce el efecto desintegrador de una armonización de la parte general del Derecho civil y la nula base jurídica existente a tal efecto en el Derecho comunitario (*cf.* M. Gebauer, *op.cit.*, pp. 121-122).



Resulta muy esclarecedora la comparación llevada a cabo por G. Gabrielli acerca de la distinta aplicación en Alemania y en Italia de la Directiva 85/577 (contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles). Al margen de las diferencias derivadas normalmente de su carácter de armonización mínima, otras resultan menos explicables. Así, mientras el desistimiento es en Italia un derecho no condicionado, en Alemania requiere demostrar la conexión psicológica entre el lugar de la declaración y la declaración. El concepto «puesto de trabajo» es más restrictivo en la interpretación alemana, y más extensivo el de «excursión». Son diferentes asimismo las interpretaciones acerca de conceptos como «visita reclamada por el consumidor», «uso profesional», la necesidad de onerosidad del contrato, el alcance de las exclusiones, la forma y plazo del desistimiento, la obligación de información al consumidor acerca de este derecho o las propias consecuencias del desistimiento [59].

Pretender una interpretación no nacional, autónoma o uniforme por parte de los jueces nacionales es verdaderamente absurdo [60]. La realidad es que el DPC sólo podría funcionar a través del planteamiento de constantes cuestiones prejudiciales al TJCE. El procedimiento no es sólo lento e ineficiente, sino que hace del TJCE mucho más que un mero intérprete de los textos comunitarios. Su papel se

[59] *Vid.* «L'attuazione in Germania e in Italia della Direttiva europea sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali», *Europa e diritto privato*, 2000, pp. 715-749.

[60] *Cf.* H. Kötz. «Rechtsvereinheitlichung...», *loc.cit.*, pp. 7-8. De hecho, autores como L. Niglia han fundado tesis sólidas sobre la inaplicación real del DPC (*cf.* «The Non-Europeanisation...», *loc.cit.*, *passim.*); el propio J. Basedow, coincidiendo en parte con algunos datos señalados por el L. Niglia, observa la escasez inadmisible de cuestiones prejudiciales suscitadas en torno a la Directiva sobre cláusulas abusivas (*vid.* «Die Klauselrichtlinie...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 277-290). Otros autores, como H. Kochs, señalan la pobreza de medios con que los jueces de primera instancia alemanes se enfrentan al Derecho europeo, situación que cabe extender a España, lo que lleva a visiones muy pesimistas y a una denuncia del carácter irreal de la exigencia de «interpretación conforme» (*vid.* «Probleme deutscher Richter bei der Auslegung europäischen Privatrechts», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, 1999, pp. 211-217).

revela mucho más trascendente, erigiéndose en un creador de conceptos autónomos, en el gerente de la parte general del DPC[61]. La labor no sólo es ímproba, y permite constatar un cierto parentesco del DPC con el *common law* en este sentido. Además, resulta de dudosa justificación, pues produce un salto lógico entre una labor interpretativa y una labor creativa que suscita enormes dudas constitucionales, al extender inevitablemente en muchos casos el verdadero alcance que el poder legislativo concedió a sus actos. Un DPE sería, en este sentido, una opción más cercana a los intereses de los sistemas continentales, donde el desarrollo judicial, por muy relevante que sea, presenta unos límites determinados, y donde el sistema jurídico se construye a partir de un papel más relevante del propio legislador.

La tesis de L. Niglia concluye con el fracaso de la europeización del Derecho privado a partir de las Directivas, en la medida en que éstas han sido prácticamente ignoradas, especialmente por los sistemas continentales. L. Niglia constata el hecho de la inaplicabilidad práctica de las Directivas, bien por razones de rechazo, bien por pura omisión, y pone énfasis en las poquísimas cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJCE. Encuentra la explicación no sólo en el desconocimiento de jueces y abogados acerca del impacto del DPC y de la propia jurisprudencia del TJCE, sino también en una especie de contubernio entre la jurisprudencia y la doctrina, al actuar la primera al dictado de la segunda, y no habiendo ésta última revisado el esquema del Derecho privado nacional a la luz del DPC[62]. Frente al planteamiento de L. Niglia, podría argumentarse que la aplicación de las Directivas transpuestas aparece normalmente oculta bajo la aplicación del Derecho nacional de transposición. Resulta muy discutible, además, su argumento del maridaje entre la jurisprudencia y la doctrina, que en modo alguno se produce en países como España, donde la inaplicabilidad de las directivas es igual o mayor al de los países que señala. A nuestro juicio, la escasa aplicación de las directivas estriba más bien en sus dificultades de interpretación, tal y como hemos venido señalando a lo largo de este epígrafe.

[61] *Vid.* especialmente S. LEIBLE, «Die Rolle...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 53-86.
[62] *Vid.* L. NIGLIA, «The Non-Europeanisation ...», *loc.cit.*, pp. 575-599.



## D. Complejidad de planos

125. Por otra parte, el Derecho privado europeo vendría a ser tan universal o fragmentario como particular y general viene a ser el Derecho privado nacional[63]. Las normas del DPC se insertarían de esta forma como un cuerpo extraño dentro de los sistemas jurídicos nacionales, presuntamente homogéneos y consistentes, produciendo, como ya señalábamos, desequilibrios y viciando la coherencia del propio Derecho nacional[64]. Dicho efecto debe ponerse en relación con el problema de la complejidad de planos, es decir, la subsistencia de dos sistemas jurídicos diferentes, uno vinculado a las situaciones internas y otro orientado a las situaciones intracomunitarias[65]. De ambos, sólo el primero merece el calificativo de sistema, mientras que el segundo se erigiría como un ordenamiento paralelo de peor calidad y con menores garantías de seguridad jurídica, susceptible de contagiar y desarticular al primero.

126. El ámbito de aplicación espacial de las disposiciones del DPC sólo cubre parcialmente las situaciones puramente internas, como tendremos ocasión de detallar. Por lo general, su incidencia se limita a las situaciones privadas internacionales vinculadas a dos o más Estados miembros (situaciones intracomunitarias), y «teóricamente» mantienen intacto el Derecho privado nacional para las situaciones puramente internas, y el Derecho internacional privado nacional para las situaciones internacionales extracomunitarias. Esta

[63] *Cf.* H.W. MICKLITZ, *loc.cit.*, p.271.
[64] *Cf.* H. KÖTZ, «How to Achieve a Common European Private Law», *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, 1998, pp. 10-11.
[65] Se trataría del «lado oscuro de la armonización», en palabras de W. VAN GERVEN («A Common Law...», *loc.cit.*, p. 490).

situación provoca una «complejidad de planos» [66], pues para un mismo contrato el Derecho suministra tres soluciones distintas, según se trate de un supuesto interno, internacional intracomunitario, o internacional extracomunitario. Nos encontraríamos ante un sistema de Derecho privado que actúa en múltiples planos (*«multi-level system»* o *«Mehrebenensystem»*) [67]. En cierto modo, la situación es muy similar a la que produjo en su momento la subsidiariedad del *ius commune* respecto de los Derechos locales [68].

Es preciso dejar clara la impronta germana en el argumento que analizamos. Una impronta que va mucho más allá, incluso en el tiempo, de las contingencias y vicisitudes del Derecho privado comunitario. La eficiencia jurídica, en el sentido expuesto, y la evicción de la complejidad de planos, es un postulado, casi una obsesión, de la ciencia jurídica alemana sobre la base del principio/valor de la seguridad jurídica. Positivamente, el legislador alemán se ha pronunciado en ocasiones sobre la conveniencia de hacer converger la interpretación del Derecho internacional privado nacional con el Derecho internacional privado de origen comunitario o internacional. Desde un punto de vista histórico, cabría decir que la Historia del Derecho alemán es la Historia de una lucha férrea por eliminar la pluralidad jurídica en el seno de su territorio, y una vez conseguida esa unificación total, sus intentos han estado siempre dirigidos hacia procesos de unificación internacionales sobre el modelo de su propio Derecho privado. Esta inequívoca tendencia germana por la unificación jurídica, fuente de seguridad y eficiencia, responde también a un modelo cultural y a un planteamiento filosófico tendente a reducir o simplificar la complejidad a través de fórmulas universales. El universalismo alemán es un tributo a la ilustración, a la filosofía kantiana, a la modernidad, y una negación frontal de planteamientos postmodernos abiertos a la complejidad, pero también a la multiculturalidad.

[66] *Vid.* una crítica a esta divergencia de regulaciones según el plano espacial en J.H. SONNENBERGER, «Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts», *JZ*, 1998/20, p. 986.

[67] *Vid.* C. SCHMID, «Anfänge...», *loc.cit.*, p. 214; C. JOERGES, «Interactive Adjudication...», *loc.cit.*, p. 3; Id.: «Desintegrative Folgen legislativer Harmonisierung: ein complexes Problem und ein unscheinbares Exempel», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 206-207.

[68] Y por esa razón estima H. COING, a la vista de la coexistencia actual del Derecho nacional con el Derecho internacional y supranacional, que «únicamente el jurista europeo de nuestro siglo (...) puede hacerse de nuevo una idea de las exigencias que plantea el escalonamiento del ordenamiento jurídico» (*cf. Derecho privado europeo*, t. I, Madrid, 1996, p. 69).



No debería olvidarse, sin embargo, que la pluralidad de planos y la complejidad derivada es en cierta medida consustancial a los procesos de integración jurídica y económica. Como bien afirma P. Behrens, todo fenómeno de integración conlleva un principio de discriminación frente a terceros, por lo que, difícilmente, cabe imaginar un tratamiento igual de las situaciones intracomunitarias y extracomunitarias [69]. Llevando al extremo el razonamiento, parecería necesario eliminar el trato desigual de los extranjeros según sean o no nacionales de un Estado miembro, por la duplicidad de regímenes que implica. Por lo demás, resulta muy claro que el «mercado interior» que configuran las libertades comunitarias no afecta por principio al tráfico entre un Estado miembro y un tercer Estado, ni, consecuentemente, a las relaciones jurídicas vinculadas a dicho tráfico [70]. Igualmente nítida, si se exceptúan algunas disposiciones de alcance general, las disposiciones de DPC vinculadas funcionalmente a las libertades de circulación que cimientan el mercado único no pueden extenderse lícitamente a las situaciones puramente internas, de por sí excluidas del propio ámbito de aplicación de las libertades

[69] *Cf.* «Integrationstheorie (internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung)», *Rabels Z.*, 1981, pp. 8-50.

[70] *Ad. ex.* en el ámbito de los contratos de servicios bancarios: *Sent. TJCE de 16 de julio de 1998 (As. C-164/96: «ICI»).*

cuyo funcionamiento garantizan [71]. Aunque en ciertos ámbitos la armonización pueda conducir a una unificación jurídica para supuestos internos e intracomunitarios, y la interpretación del TJCE, en todo caso, pueda ser factible e interesante para los jueces nacionales en los supuestos puramente internos, éstos no siempre se someten de forma imperativa a la aplicación de dichas normas como resultan de una interpretación comunitaria, ya de por sí mediatizada por la lógica de la integración. Ello no impide que un determinado contenido del Derecho privado nacional aplicable indistintamente a situaciones internas e intracomunitarias o que suponga un régimen privilegiado para los operadores nacionales pueda constituir una restricción injustificada a las libertades y principios básicos del mercado interior, incluso cuando sólo potencialmente falsee la competencia, como hemos tenido ocasión de ver. Pero, en todo caso, tal efecto sólo podría justificar la corrección comunitaria en caso de litigios relativos a situaciones intracomunitarias, por lo que la divergencia sería plenamente legítima en las situaciones puramente internas [72]. Expuesto

[71] *Vid. ad.ex.* para constatar la exclusión de las relaciones jurídicas puramente internas en materia de libre circulación de personas (libre circulación de trabajadores y libre prestación de servicios): *Sents. TJCE de 28 de junio de 1984 (As. 180/83: «Moser»), de 7 de febrero de 1979 (As. 115/78: «Knoors»), de 6 de octubre de 1981 (As. 246/80: «Broeckmeulen»), de 31 de marzo de 1993 (As. C-19/92: Kraus), de 8 de diciembre de 1987 (As. 20/87: «Gauchard»), de 16 de enero de 1997 («USSL/INAIL»), de 2 de julio de 1997 (As. C-225, 226 y 227/95: «Kapasakalis»), de 9 de septiembre de 1999 (As. C-108/98: «RI.SAN»)*, entre otras.

[72] Como señala la *Sent. TJCE de 5 de diciembre de 2000 (As. C-448/98: «Guimont»)*, en relación con la libre circulación de mercancías: «una norma como la controvertida en el asunto principal que, según su tenor, se aplica indistintamente a los productos nacionales y a los importados y que impone a los productores determinadas condiciones de producción a fin de permitirles comercializar sus productos con una determinada denominación sólo está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado en la medida en que se aplique a situaciones relacionadas con la importación de mercancías en el comercio intracomunitario».



en términos clásicos de Derecho internacional privado, el DPC vendría a ser Derecho internacional privado material o normas especiales aplicables a situaciones internacionales (intracomunitarias), pero no Derecho material interno unificado.

Se ha puesto de manifiesto, asimismo, el abuso que implica la utilización de cláusulas de estilo en los considerandos de las Directivas, justificando la unificación del Derecho en situaciones tanto internas como intracomunitarias, sobre la base de riesgos hipotéticos para la libre competencia [73]. Esta extensión muchas veces gratuita de la aplicación de las Directivas a situaciones puramente internas supone, especialmente a la luz de la *Sent. TJCE de 5 de octubre de 2000, As. 376/98 (Alemania/Parlamento y Consejo)*, un argumento carente de fuerza desde la óptica de la base jurídica de la Directiva, y una extensión inapropiada del ámbito de aplicación espacial de la Directiva.

127. En consecuencia, el argumento relativo a la eficiencia jurídica no puede sustentarse sobre el problema de la complejidad de planos, sino en las incoherencias derivadas del carácter fragmentario del Derecho privado europeo en relación con la propia coherencia interna y, sobre todo, son los conceptos y principios del Derecho privado nacional. La «complejidad jurídica», sin embargo, no permitiría, como ya se apuntó, la creación de un DPC único, aplicable tanto a las situaciones internas como intracomunitarias, tal y como ha sido defendido por algunos autores [74]. El funcionamiento del mercado interior exige únicamente la armonización o unificación del Derecho privado a efectos intracomunitarios, y no del Derecho privado en su aplicación o interpretación a las situaciones internas, al

[73] *cf.* C.E. HAUSCHKA, «Grundprobleme...», *loc.cit.*, p. 528.

[74] *Vid.* J. BASEDOW, «Über Privatrechtsvereinheitlichung und Marktintegration», *Festschrift für Ernst Joaquim Mestmäcker*, 1996, p. 358; H.J. SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, pp. 985-986. En contra: U. DROBNIG, «Scope...», *loc.cit.*, 1997, pp. 49-492.

menos de forma indiscriminada. La decisión de extender dicho régimen al tratamiento de las situaciones puramente internas competería a cada uno de los Estados, pero una imposición comunitaria en este sentido sería, más que contraria a los principio de proporcionalidad o de subsidiariedad [75], constitutiva de un acto *ultra vires* [76]. Por esta razón, la eliminación de la complejidad de planos constituye una pretensión que desbordaría los cauces del DPC, y únicamente vendría a ser factible construyendo un DPE más ambicioso, desde arriba o desde abajo.

## E. Lógica de la integración y axiología de Derecho privado

128. Finalmente, el carácter fragmentario y aislado de las disposiciones dispersas en las Directivas refleja la ausencia de una «concepción global», en palabras de U. Blaurock [77]. Se trata, más precisamente, de un déficit de valores o incoherencia axiológica, al no existir una concepción global de índole social, económica o jurídica. Esta característica del DPC debe ponerse en relación con su vinculación funcional a las necesidades de la integración. El DPC es,

[75] Este es uno de los argumentos de U. DROBNIG, «Scope...», *loc.cit.*, p. 492.

[76] Incluso en este marco, la posibilidad de que el TJCE resuelva cuestiones prejudiciales sobre supuestos excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, pero extendidos a supuestos internos por las legislaciones nacionales o disposiciones contractuales, no impide restricciones de su labor interpretativa, toda vez que «corresponde al Derecho interno y, por consiguiente, a la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, tener en cuenta los límites que el legislador nacional haya podido poner a la aplicación del Derecho comunitario a situaciones puramente internas» [*Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997 (As. C-28/95: «Leur-Bloem»)*, que compendia otras decisiones anteriores].

[77] *Cf.* «Europäisches...», *loc.cit.*, pp. 270 y 276.



fundamentalmente, un conjunto de normas que atiende a una «lógica de la integración» [78]. Sobre esta lógica, no cabe construir un verdadero sistema de Derecho privado. Es precisa una «lógica de Derecho privado» para construir un auténtico DPE, esto es, una política legislativa, unos valores o un plan de reglamentación que se oriente hacia unos objetivos de ordenación social, económica o política más allá de la pura integración del mercado [79].

129. La construcción de un DPE no puede atender únicamente a una integración económica sin incoherencias jurídicas, sino que exige una política económica y social para la integración. La finalidad de un mismo sector del Derecho privado, según se trate del Derecho comunitario o del Derecho nacional, presenta postulados axiológicos diferentes, que tienen que ver con una concepción global más allá de las exigencias de la propia integración económica o de la consecución del mercado interior. Así, las normas de protección del consumidor en el ámbito europeo, pese a contar en la actualidad con una política específica que le sirve de base jurídica, no se separa completamente de la finalidad primigenia de alcanzar la libre circulación de mercancías, en tanto que los objetivos sociales o contractuales son el fundamento básico de las normas nacionales [80].

[78] Para más detalle sobre el origen y el alcance del concepto «lógica de la integración» y del contrapuesto «lógica del Derecho privado», *vid.* I. KLAUER, *Die Europäisierung...*, *op.cit.*, pp. 25-31; C. JOERGES y G. BRÜGGMEIER, «Europäisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., 1999, p. 307.

[79] *Vid.* R. ZIMMERMANN, «Civil Code...», *loc.cit.*, p. 78.

[80] *Vid.* este ejemplo en H.W. MICKLITZ, «Perspektiven...», *loc.cit.*, pp. 257-262. Según este autor, resulta evidente el déficit axiológico de unas normas de Derecho privado fragmentarias que sólo atienden a principios económicos derivados de libertades de circulación y políticas diseñados pura y simplemente con vistas al horizonte de la integración, lo que le lleva a considerar al DPC como «disfuncional» (p. 272).

De hecho, una de las razones del carácter fragmentario del DPC es, como señalábamos más arriba, la pobreza de valores o la escasa base jurídica para la armonización. Pero más allá de la lógica de la integración, las políticas comunitarias en materia de consumo o de trabajo se circunscriben a un valor o finalidad de protección, por lo que la armonización se ha centrado en estos aspectos tuitivos sin ahondar en otros parámetros del Derecho privado laboral y de la contratación [81]. Además, la configuración del DPC como un Derecho de mínimos implica un diseño axiológico elemental, vinculado de hecho a las exigencias de la integración, que habilita diferencias de orientación y valoración muy acusadas entre los Derechos nacionales. Dicho de otro modo, frente a la lógica de la integración, la lógica del Derecho privado presenta una simplicidad elemental en el DPC, en comparación con la complejidad y riqueza que estos valores despliegan en cualquier Derecho nacional.

La pobreza de la lógica de Derecho privado en el DPC se hace asimismo patente en el propio método de interpretación del TJCE, igualmente orientado a la lógica de la integración, lo que confiere a su interpretación un acusado formalismo ajeno a consideraciones de valores o criterios de política legislativa característicos del Derecho privado [82]. Un ejemplo paradigmático puede encontrarse en la propia *Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999 (As. C-121/97: «Centros»)*. Esta crucial decisión plantea las claves de un debate axiológico de primera magnitud en el ámbito del Derecho de sociedades, en particular en torno a la polémica sobre la conveniencia de la «Delawarización» de este Derecho, o, en otros términos, la oposición entre un modelo neoliberal y un modelo intervencionista, ambos representados en los Estados miembros de la Unión Europea. Frente a esta discusión, expresada en torno a las dos teorías contrapuesta de la sede y de la constitución, y manifiesta en la propia doctrina que comenta el caso, el TJCE manifiesta una voluntaria ce-

[81] *Vid.* en este sentido U. DROBNIG, «Scope...», *loc.cit.*, p. 491.

[82] *cf.* O. REMIEN, «Über den Stil...», *loc.cit.*, pp. 16-17; *vid.* un planteamiento menos negativo en I. KLAUER, *Die Europäisierung...*, *op.cit.*, pp. 29-31



guera, omitiendo incluso cualquier consideración sobre los valores apuntados en el propio Derecho derivado hacia un modelo intervencionista cercano a la teoría de la sede, limitándose a resolver la cuestión, de forma harto discutible, sobre unos parámetros interpretativos exclusivamente amparados en una sólo presunta lógica de la integración. Las consecuencias de la decisión son muy elocuentes. La lógica de la integración, amparada sobre todo en la interpretación de un precepto del CE (art. 48), propició una sentencia que, de hecho, traiciona los pocos criterios que el Derecho derivado, asimismo orientado hacia los fines de la integración, proporcionaba acerca del Derecho de sociedades, desde una perspectiva de Derecho privado: la necesidad de coincidencia entre sede real y sede social de las sociedades [83].

[83] *Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, «El Derecho europeo de sociedades...», *loc.cit.*, pp. 115-157

# II

# LA UNIFICACIÓN DEL DPE DESDE ARRIBA: ¿HACIA UN CÓDIGO CIVIL EUROPEO?

## 1. La competencia de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho privado

130. Los inconvenientes del DPC y los consecuentes argumentos a favor de un DPE han propiciado propuestas dirigidas «desde arriba» a la elaboración de un Código civil europeo. En este sentido parecen apuntar las Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1994 «sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros» [1]. No han faltado apoyos a esta iniciativa desde foros académicos y profesionales [2]. Una unificación de estas carac-

[1] *D.O.C.E.*, C 158, de 26 de junio de 1989, pp. 400 y 401. *D.O.C.E.*, C 295, de 25 de julio de 1994, pp. 518-519. En el mismo sentido cabe mencionar la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros [COM (2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/2187 (COS)], de noviembre de 2001.

[2] *Vid.* en particular el canto a la unificación de G. Alpa. «European...», *loc.cit.*, p. 333. Más recientemente, Ch. von Bar, «Le Groupe d'études sur un code civil européen», *RIDC*, 2001/1, pp. 127-139.

terísticas implicaría la desaparición de los Derechos privados nacionales y la constitución de un nuevo Derecho europeo aplicable a situaciones internas e intracomunitarias, indistintamente. El Código civil europeo viene a representar la opción más extrema de las técnicas de *hard law;* casi podríamos denominarla «*heavy law*». Su tratamiento debe partir de la propia viabilidad en el marco actual de la Unión Europea, y extenderse asimismo a su propia conveniencia. En este primer apartado, analizaremos la viabilidad de un Código civil europeo en el marco del diseño competencial y del Derecho comunitario actual [3].

## A. La competencia para la aproximación de legislaciones nacionales

### a) *Planteamiento general: el principio de vinculación funcional*

131. Una de las cuestiones más debatidas acerca de la posibilidad de proceder a una unificación del Derecho privado europeo, en la línea de las Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989, 1994 y 2001, es la relativa al «problema constitucional». Dicho de otro modo, la justificación en los Tratados constitutivos de la competencia de la Comunidad Europea en este sentido. ¿La aprobación en sede institucional de un Código Civil Europeo encuentra acomodo en el diseño competencial del CE? ¿Podría calificarse como un acto *ultra*

[3] Para Ch. VON BAR, se trata de una tarea inútil, de una discusión abstracta que «no puede llevar lejos». Para él, lo primero es elaborar un texto de Código civil, entendiendo que sólo con ese material en la mano se podrán tomar las decisiones que sean precisas. No deja de ser una propuesta práctica, pero se parece bastante a la imagen del carro delante de los bueyes (*vid.* , «Le Groupe...», *loc. cit.*, pp. 128 y 133).



*vires*, que desbordaría las competencias soberanas cedidas por los Estados miembros al ratificar el Tratado, que ampararía, cuando menos, el control de legalidad de los actos comunitarios previsto en el art. 239 CE?

132. La aproximación de las legislaciones nacionales de Derecho privado de los Estados miembros encuentra una primera base legal en algunas disposiciones del Tratado (*ad.ex.* arts. 40, 44, 46.II, 47.II, 55, 65, 137, 153). Se trata, sin embargo, de una competencia accesoria o limitada por la consecución de los objetivos, libertades o políticas contenidos en dichas disposiciones, que no sostiene la promulgación de un Código Civil Europeo, sino, como ya hemos visto, de disposiciones aisladas o fragmentarias de Derecho privado en la medida precisa para alcanzar los objetivos de integración económica o de protección social en cuestión.

La misma vinculación, sin embargo, es predicable de la competencia genérica aludida en el art. 3 h, que supedita la posibilidad y la medida de las acciones comunitarias sobre aproximación de las legislaciones nacionales a las necesidades del mercado común. Esta vinculación funcional se refleja asimismo en los arts. 94 y 95 CE, que desarrollan esta competencia no exclusiva de la Comunidad Europea. En estos preceptos, reiterando el tenor del art. 3 h), se denomina a la competencia de la Comunidad Europea por referencia a la «aproximación de legislaciones». Al margen de las diferencias de contenido que puedan tener expresiones como «armonización», «coordinación», «aproximación» o «unificación», no puede entenderse que la aproximación de legislaciones excluya la posibilidad de unificación o «aproximación intensa». Si se quiere entrar en juegos semánticos, no deja de ser cierto —como señala A.J. Engel [4]— que

[4] *Vid.* A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 126.

mientras existe una mínima diferencia de legislaciones, sigue siendo posible la aproximación. Pero lo que debe quedar claro es que la armonización de legislaciones, ya se trate de Derecho público o de Derecho privado, no es un valor en sí misma [5], sino una competencia funcional o vinculada al establecimiento y al buen funcionamiento del mercado interior, es decir, mediatizada puramente por la lógica de la integración [6]. Cosa distinta es que, en determinados ámbitos, exista una base legal específica que justifique acciones fragmentarias, dentro de una lógica particular distinta a la mera integración. Este sería el caso de las acciones en materia de política social (arts. 136-148 CE) o de protección de los consumidores (art. 153 CE). En el ámbito de la protección del consumidor, no obstante, no hay que olvidar la propia vinculación expresada por el art 153.3 a) en relación con el art. 95, que sigue siendo, como fue el art. 100 A TCE, la base legal utilizada por las distintas Directivas referidas a este sector [7].

[5] Indica V. GÖTZ, poniendo de relieve el principio de vinculación funcional: «La armonización jurídica en la Comunidad Europea no es es un valor en sí mismo» (*cf.* «Auf dem Weg...», *loc.cit.*, pp. 266-267).

[6] *Vid.* M. FRANZEN, *op.cit.*, pp. 73-75; M. GEBAUER, *Grundfragen...*, *op.cit.*, pp. 124-125; W. VAN GERVEN, «Coherence...», *loc.cit.*, p. 467; Id.: «From Communitarisation....», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 180; U. HÜBNER y W.F. EBKE, «Europäisierung...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 472-473; S. GRUNDMANN, «EG-Richtlinie...», *loc.cit.*, p. 276; J.L. IGLESIAS BUHIGUES: «La cooperación judicial en material civil antes y después del Tratado de Ámsterdam», *RGD*, núm. 644, p. 5851; T. KOOPMANS, «Toward...», *loc.cit.*, p. 541; S. LEIBLE, «Die Mitteilung...», *loc.cit.*, p.479; U. MAGNUS, «Die Gestalt...», *loc.cit.*, pp. 63-64; P.C. MÜLLER-GRAFF, *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1991, 32-35; Id., «Europäisches...», *loc.cit.*, pp. 16-17; J. NORMAND, «Un droit judiciaire privé europeen?», *Le droit privé européen*, Paris, 1998, p. 131; H.C. TASCHNER, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 228; M. ZULEEG, «Rechtsangleichung...», *ZEuP*, 1998, pp. 509-510.

[7] Para un resumen sobre la discusión doctrinal acerca de la autonomía de la competencia en materia de armonización del Derecho del consumo, antes del Tratado de Amsterdam y en relación con el antiguo art. 129 TCE, *vid.* M. GEBAUER, *Grundfragen...*, *op.cit.*, pp. 130-131.



133. Carece de sentido, finalmente, relacionar la armonización o unificación del Derecho privado con el nuevo Título IV CE, que desarrolla el denominado espacio de libertad, de seguridad y de justicia. Junto a determinadas competencias y acciones en el ámbito del Derecho de Extranjería, dicho Título comunitariza la cooperación judicial en materia civil, incluyendo en el art. 65 CE una serie de competencias estrictamente relacionadas con cuestiones de DIPr, en concreto en los ámbitos de la asistencia judicial internacional [art. 65 a)], competencia judicial internacional y conflictos de leyes [art. 65 b)]. Añade asimismo una acción destinada a compatibilizar el Derecho procesal civil de los Estados miembros [art. 65 c)], redactada en unos términos muy prudentes. Amén de que dicho precepto, mírese por donde se mire, no da cabida alguna a la armonización general en materia de Derecho privado [8], contiene, al igual que los arts. 94 y 95 CE, la cláusula de vinculación funcional: «en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior». Semejante vinculación limita *a priori* el alcance competencial, y hace aplicable la interpretación del TJCE en orden a la necesidad de justificación suficiente de dicha armonización, so pena de considerar insuficiente su base legal. Pero, sobre todo, desde el punto de vista de la unificación del Derecho material, obliga a considerar muy escasa la novedad aportada por el art. 65 —si se exceptúan los cinco años de limitación procedimental prevista en el art. 67.1—, toda vez que sólo viene a suponer un trasunto más específico de la compe-

[8] Más bien al contrario, como señala M. VAN GERVEN, «Coherence...·, *loc.cit.*, p. 469. El propio J.M. GIL ROBLES, en el momento en que ostentaba la presidencia del Parlamento Europeo, desautorizaba categóricamente los planteamientos que, carentes de fundamento alguno, han podido defender la unificación del Derecho privado sobre la base de los arts. 61 y ss. TCE (*cf.* «La unificación jurídica como aspiración desde una óptica europeísta», *La unificación jurídica europea*, Madrid, 1999, p. 304). *Vid.* en el mismo sentido S. LEIBLE y A. STAUDINGER, «El artículo...», *loc.cit.*, p. 97.

tencia de armonización ya prevista en el art. 95 y que, de hecho, permitiría *per se* tales iniciativas normativas en las materias aludidas. La realidad más reciente ha demostrado, en contrapartida, su innegable trascendencia práctica en la unificación del Derecho internacional privado, especialmente en el ámbito del Derecho procesal civil internacional, acrecentada en las propias reformas introducidas en Niza. Y es previsible que el mismo éxito acompañe las medidas para compatibilizar el Derecho conflictual. Pero no constituye una base adecuada para la unificación del Derecho privado material, particularmente cuando no se distingue entre situaciones transfronterizas e internas [9].

### b) *Unificación por la vía del art. 94 CE*

134. El art. 94 contempla una competencia para la aproximación de legislaciones más limitada, en un triple sentido: por una parte sólo prevé la adopción de Directivas, cuya naturaleza como acto normativo no es la óptima para un procedimiento de unificación, sino más bien de armonización, que precisa, como es sabido, un desarrollo normativo por parte de los Estados miembros. Si se añade la tendencia a configurar las Directivas como disposiciones de mínimos y la limitación de sus efectos directos horizontales, se extrae la conclusión inmediata de su falta de adecuación para crear un sistema o DPE unificado [10]. En segundo lugar, el procedimiento de adopción se basa en la regla de unanimidad, junto con una intervención puramente consultiva del Parlamento Europeo, que añade dificultades adicionales obvias. Por último, la vinculación funcional se formula

[9] *Vid.* J. BASEDOW, «Codification...», *loc.cit.*, p. 45.

[10] En este sentido *cf.* I. MASELIS, «Legislative...», *loc.cit.*, pp. 137-156, esp. 146-151; U. BLAUROCK, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 272; N. SCANICCHIO, «Il diritto...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 68-85.



en razón de la incidencia directa en el establecimiento o funcionamiento del «mercado común». Existen variadas teorías acerca del significado diferencial del concepto de «mercado común» frente al de «mercado interior», pero no cabe duda de que esta última expresión sugiere una necesidad de un grado superior de integración [11].

### c) *Unificación por la vía del art. 95 CE*

135. No es de extrañar, por tanto, que la justificación competencial para elaborar un Código Civil europeo, siquiera sea de alcance sectorial, se haya buscado en el art. 95 CE, incorporado como art. 100 A en el TCE [12]. Este precepto no sólo fundamenta la competencia comunitaria acerca de la aproximación de legislaciones en su vinculación con las necesidades del «mercado interior», sino que habilita la utilización tanto de Directivas como de Reglamentos («medidas») a través de un procedimiento de cooperación con el Parlamento Europeo basado en el régimen de las mayorías cualificadas (art. 251 CE).

En todo caso, la adopción de un Código Civil Europeo sobre la base del art. 95 CE exigiría justificar la vinculación directa de esta acción con las necesidades de establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior [13]. Este concepto, como se desprende del art.

[11] Sobre el concepto de «mercado interior» y su evolución desde el concepto de «mercado común», *vid.* M. LÓPEZ ESCUDERO: «El mercado interior: cuestiones generales», *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pp. 28-30. *Vid.* asimismo, acerca de sus elementos diferenciales, M. FRANZEN, *op.cit.*, pp. 94-99.

[12] *Vid.* en particular W. TILMANN, «The Legal Basis for a European Civil Code», *ERPL*, 1997, pp. 471-473, así como las apreciaciones críticas de W. VAN GERVEN, «Coherence...» *loc.cit.*, p. 467.

[13] *Vid.* en particular, N. SCANICCHIO, «Il diritto...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 86 ss.

14.2.° CE, se refiere básicamente a las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. A primera vista, parece contradictorio que las diferencias entre los Derechos privados nacionales sobre el régimen de los contratos no se hayan considerado restricciones injustificadas a las libertades de circulación, como se desprende de asuntos como *«Keck y Mithouard» o «Alsthom Atlantique»*, y que, a pesar de ello, el buen funcionamiento de tales libertades exija eliminar tales diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, la contradicción es sólo aparente, como ya tuvimos ocasión de señalar. Precisamente, la armonización «reactiva» trata de evitar los obstáculos que se derivan para el mercado interior de las restricciones que las legislaciones nacionales pueden oponer de forma justificada frente a las libertades comunitarias. En un sentido más amplio, el mecanismo de la regla de reconocimiento (integración negativa) no es una alternativa natural a la armonización (integración positiva), sino una respuesta adecuada a un déficit de armonización, que aconseja precisamente tal armonización como mecanismo de racionalización [14].

136. Por otra parte, suele entenderse que una diferencia entre las legislaciones nacionales de Derecho privado no sólo perjudica al mercado interior cuando supone una restricción directa a las libertades de circulación, sino también cuando, de forma indirecta, produce una distorsión en las condiciones de competencia del mercado susceptible de limitar o restringir la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales [15]. Ya tuvimos ocasión de señalar que el argumento del falseamiento de la competencia derivado de la di-

[14] Como gráficamente indica N. SCANICCHIO, «la derogación no es una técnica de reglamentación aconsejable» (*cf.* «Il diritto...», *loc.cit., op.cit.*, p. 64). *Vid.* asimismo O. REMIEN, «Denationalisierung...», *loc.cit.*, p. 132.

[15] *Ad. ex. Sent. TJCE de 11 de junio de 1991 (As. C-300/89: Comisión/Consejo)*, fundamento jurídico 15.°. *Sent. TJCE de 9 de octubre de 2001 (As. C-377/98: «Países Bajos/Parlamento y Consejo)*, fundamento jurídico 15.°.



versidad de legislaciones no es suficiente para justificar la promulgación de un Código civil europeo sobre la base legal del art. 95 CE, como se desprende de forma meridiana de la *Sent. TJCE de 5 de octubre de 2000 (As. C-376/98: Alemania/Parlamento y Consejo)* [16]. En consecuencia, tanto las limitaciones constitucionales relativas a la base legal de los actos comunitarios como la propia limitación de las técnicas normativas de armonización de legislaciones, impiden en el estado actual del Derecho comunitario concebir la promulgación de un Código civil europeo [17]. Actualmente, el DPC sólo puede aspirar a desarrollarse por el mismo cauce puntual y fragmentario por el que ha discurrido hasta ahora, aunque tampoco han

[16] Acerca de la interpretación de esta decisión del TJCE como un límite a la competencia de la Comunidad en materia de Derecho privado, *vid.* E. ARROYO I AMAYUELAS y A. VAQUER ALOY, «Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo», *La Ley*, año XXIII, núm. 5482, jueves, 14 de febrero de 2002; C. VON BAR, «Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht», *ZEuP*, 2001/4, pp. 799-804; W. VAN GERVEN, «A Common Law...», *loc.cit.*, p. 495; Id.: «Codifying European Private Law», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm*, p. 13; C.V. SCHMID, «Legitimacy...», *loc.cit.*, p. 13; H. SCHULTE-NÖLKE: «Ein Vertragsrecht für Europa», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm*. Esta es asimismo la opinión del «Bayerische Staatsministerium der Justiz» (*cf. http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/ contract_l.../governments_en.htm.*, pp. 4-5) y del «European Consumer Law Group», (*http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../associations_en.htm*).

[17] En contra, *cf.* W. TILMANN, quien defiende la posibilidad de un Código civil europeo sobre la base del art. 95 CE, vinculándolo a la protección del consumidor («The Legal Basis for a European Civil Code», *ERPL*, 1997, pp. 471-473). Desde las propias instituciones, antes de la reforma de Amsterdam, se reconocía que únicamente la vía del antiguo art. 220 TCE o a través de los cauces convencionales del tercer pilar, resultaban concebibles las acciones de armonización global del Derecho privado sustantivo o procesal. La reforma del Tratado de Ámsterdam, si se exceptúa al DIPr y en cierta medida el Derecho procesal, no ha introducido una alteración de esta limitación, aunque sí de las vías alternativas de carácter convencional (*vid.* sobre la situación anterior y la posi-

faltado críticas a la legitimidad competencial de algunas Directivas [18]. Ciertamente, una modificación del CE puede modificar esta situación competencial, atribuyendo una competencia comunitaria genérica para la armonización del Derecho privado, al igual que el tratado de Ámsterdam propició dicha posibilidad en el ámbito del DIPr (art. 65 CE). Sin embargo, es preciso poner de relieve las limitaciones de distinta índole que presenta semejante opción.

## B. Límites derivados del ámbito de aplicación

### a) *Ratione materiae* [19]

137. En todo caso, la necesaria vinculación de las acciones comunitarias con el funcionamiento del mercado interior introduce tres limitaciones de principio: en primer lugar, la unificación del Derecho privado se somete a una restricción *ratione materiae*, por

ción de la Comisión E. HONDIUS, «Towards a European Civil Code», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/London Boston, 1998, pp. 11-12; L. IDOT, «Les bases communautaires d'un droit privé européen», *Le droit privé européen*, Paris, 1998, pp. 30-31). En general, sobre la ausencia de base legal para un Código civil europeo *vid.* O. REMIEN, «Denationalisierung...», *loc.cit.*, p. 12; S. LEIBLE, *op.cit.*, § 10.B.II.1 e); C. SCHMID, «Anfänge...», *loc.cit.*, p. 215; E. ZIMMERMANN, «Civil Code...», *loc.cit.*, p. 73. Algunos autores justifican la posibilidad de recurrir a los arts. 95 y 95 TCE, en una interpretación extensa, para codificar sectorialmente el Derecho contractual o patrimonial (*vid.* J. BASEDOW, «Codification...», *loc.cit.*, pp. 45-46; Id.: «Un droit commun...», *loc.cit.*, pp. 19-21).

[18] *Vid.* B. BÖRNER, «Die Produkthaftung oder das vergessene Gemeinschaftsrecht», *Festschrift für Hans Kutscher*, 1981, pp. 43 ss.; C.E. HAUSCHKA, «Grundprobleme...», *loc.cit.*, pp. 524 ss.

[19] Para una reflexión detallada acerca de las concretas materias que podrían o deberían incluirse en un Derecho privado europeo, *vid.* W. TILMANN, «Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft?», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Heidelberg, 1999, pp. 579-594.



cuanto quedan excluidos los sectores del Derecho privado de contenido no patrimonial o económico (Derecho de familia y Derecho de sucesiones) [20], donde el nacionalismo encuentra una expresión política más directa [21]. Básicamente, la acción comunitaria sobre DPE sólo encuentra base legal, en el ámbito del Derecho civil, en los sectores de contratos [22], responsabilidad contractual [23] y bie-

[20] *Cf.* en este sentido G. ALPA, «European...», *loc.cit.* p. 326; M.J. CAMPANA, «Vers un langage commun en Europe», *ERPL*, 2000, pp. 41-41; U. DROBNIG, «Scope...», *loc.cit.*, p. 493; A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 126; T. KOOPMANS, «Towards...», *loc.cit.*, p. 543; P.C. MÜLLER-GRAFF, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 23; A. PADOA-CHIOPPA, «Il diritto comune in Europa: riflessioni sull declino e sulla rinascita di un modello», *ZEuP*, 1997, p. 707; C. SCHMID, «Anfänge...», *loc.cit.*, p. 215; R. SCHULZE, «Le droit privé...», *loc.cit.*, pp. 13 y 30; U. DROBNIG, « Scope and General Rules of a European Civil Code», *ERPL*, 1997, p. 493; O. REMIEN, «Illusion...», *loc.cit.*, p. 281; T. KOOPMANS, «Towards...», *loc.cit.*, pp. 543-544.

[21] Así lo expresa G. GOLDSTEIN al analizar el régimen específico de Quebec dentro de Canadá (*vid.* «L'expérience canadienne», *Le droit privé européen*, París, 1998, p. 177). En idéntico sentido K.D. KERAMEUS, «Problems of Drafting a European Civil Code», *ERPL*, 1997, p. 479.

[22] Sin olvidar que el propio concepto de contrato resulta discutible en los Derechos europeos, en particular en relación con instituciones como las donaciones o el trust (*cf.* R. SACCO, «Formation of Contracts», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 191-199). En este ámbito el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías presenta un alcance excesivamente limitado y demasiadas lagunas para fundamentar siquiera un Derecho privado europeo de la compraventa, hecho que sería positivo por su alcance universal (*Vid.* F. FERRARI, «European Sales Law and International Sales Law; Can They Coincide», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 363-370).

[23] Tomando como modelo de referencia el sistema norteamericano, para D. HOWARTH no hay razón para una armonización global del Derecho de daños (utiliza el ejemplo de los accidentes domésticos), aunque sí para acciones armonizadoras sectoriales en sectores tales como la responsabilidad por productos, los accidentes de circulación u otros ámbitos de especial repercusión en el funcionamiento del mercado interior (*vid.* «The General Conditions of Unlawfulness», *Towards a European Civil Code*, 2.ª

nes [24]. Incluiría potencialmente todo el Derecho mercantil, y buena parte del derecho laboral, tanto de carácter público (protección social) como referido al contrato de trabajo, si bien con limitaciones tan trascendentes como la remuneración [25].

138. En el ámbito del Derecho de familia, las resoluciones del Parlamento Europeo se refieren a sectores tales como los derechos del niño y la protección de menores, donde juega la incidencia de derechos fundamentales [26]. Fuera de estos supuestos, las acciones comunitarias aparecen circunscritas al ámbito de la cooperación judicial y al DIPr y, en todo caso, parece más ajustado a los princi-

ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 399-400). En favor de la autonomía del «Accident Law» frente al «Tort Law», *vid.* A. TUNC, «Traffic Accident Compensation», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/London/Boston, 1998, p. 471. *Cf.* una propuesta más ambiciosa en E. HONDIUS, «Vers un droit européen de la responsabilité civile», *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, 1998, pp. 51-58.

[24] Se trata, sin embargo, del sector del Derecho patrimonial donde se observan las mayores dificultades o inmadurez para obtener una unificación relevante. *Vid.* A. GAMBARO, «Gli instrumenti...», *loc.cit.*, p. 270; Id. «Perspectives on the Codification of the Law of Property: an Overview», *ERPL*, 1997, pp. 500-501; Id., «European Aspects of Property Law», *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, 1998, pp. 77-81.

[25] Sobre los límites competenciales para la unificación del Derecho laboral, *vid.* T. REVET, «Un droit européen...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 116-119.

[26] La incidencia del Derecho comunitario en el Derecho material de familia se reduce a la acción de derechos fundamentales tales como los contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art. 8) o en el Convenio de NU sobre los Derechos del Niño de 1989 (*vid.* E.M. HOHNERLEIN. «Konturen eines einheitlichen europäischen Familien-und Kindschaftsrechts – die Rolle der Europäischen Menschenrechts-Konvention», *The European Legal Forum*, núm. 4, 2000/01, pp. 252-260). Más allá, alegar asuntos como «*Konstantinidis*» o «*Hubbard*» como justificante de una armonización comunitaria del Derecho de familia es pura demagogia (*cf.* W. PINTENS, «Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union», *ZEuP*, 1998, pp. 674-675).



pios de subsidiariedad y proporcionalidad que la vía elegida fuera el convenio [27].

Al margen de las cuestiones de DIPr, no puede defenderse con una mínima seriedad que el buen funcionamiento del mercado interior exija una armonización del estatuto personal o del Derecho matrimonial [28]. *In extremis*, podría concebirse una acción comunitaria en el ámbito del Derecho de familia, vinculada con las exigencias derivadas de la libre circulación de personas, en concreto con el fin de facilitar la reagrupación o situación familiar del trabajador o del prestador de servicios, garantizar las pensiones alimenticias o establecer conceptos comunes sobre las personas a cargo del trabajador o prestador de servicios, que podría propiciar disposiciones relativas a la custodia de menores, patria potestad, derechos de visita, etc. El carácter tangencial o incidental de esta exigencia no justificaría, en todo caso, un «Derecho de familia europeo» con pretensiones sistemáticas. Por otra parte, la competencia de la Comunidad sólo podría fundamentarse en el tenor más restrictivo del art. 94 CE, toda vez que el art. 95.2.° CE excluye de este precepto las disposiciones relativas a la libre circulación de personas [29].

[27] *Vid.* las consideraciones generales de D. MARTINY, «Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 151-171.

[28] Otra cosa, bien distinta, es que sean apreciables ciertas tendencias de fondo más o menos comunes en este ámbito. *Vid.* D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Nuevos elementos del Derecho internacional privado de la familia en Europa», *Rev. Mex.DIPr*, núm. 2, 1997, págs. 95-110; A. RIEG, «L'harmonisation...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 473-499. Lamentablemente, a medida en que la convergencia se va produciendo en ámbitos como la capacidad, forma o efectos del matrimonio, el régimen de la filiación o el divorcio, se producen otros ámbitos nuevos de diversidad en cuestiones tales como el régimen e las uniones de hecho o los derechos matrimoniales y parentales de las parejas homosexuales.

[29] Más allá de esta precisión, las limitaciones contenidas en el art. 95.2.° no presentan incidencias en el Derecho privado (disposiciones fiscales, derechos sociales —no

139. Lo mismo cabría decir del Derecho sucesorio, respecto del cual la propia Comisión considera poco factible la unificación, y donde las diferencias culturales entre los Estados miembros son más agudas, si cabe, que en el Derecho de familia. Baste pensar en la oposición de sistemas jurídicos que optan por un principio absoluto de libertad de testar, frente a lo que fundamentan el régimen de las sucesiones en una sólida defensa de las legítimas; resulta extraño, por tanto, que pueda reconocerse una creciente convergencia de los Derechos sucesorios de los Estados miembros, por más que haya ciertas aproximaciones naturales como la preferencia por los descendientes, la igualdad de los hijos ante la ley y la creciente exclusión de los parientes más lejanos [30].

Cosa distinta es que la Comunidad pueda adoptar normas puntuales en relación con el régimen de transmisión o liquidación de sociedades que puedan afectar tangencialmente las normas del Derecho sucesorio o del Derecho de familia, o que en el proceso de

contractuales— de los trabajadores), al menos *stricto sensu*, al tratarse de cuestiones más cercanas al Derecho público o administrativo. En este sentido, aunque sin reparar en el alcance de la libre circulación de personas en el ámbito del Derecho de familia, *vid.* A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 126.

[30] *Vid.* el prudente análisis, no obstante la defensa de principios comunes y de una creciente aproximación, de A. VERBEKE e Y.H. LELEU, «Harmonization of the Law of Succession in Europe», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 173-188; S. CÁMARA LAPUENTE, «Hacia un Código Civil Europeo: ¿Quimera o realidad?», *La Ley*, año XX, núm. 4748, de 5 de marzo de 1999, pp. pp. 3-4. Reconociendo la falta de competencia comunitaria en materia de sucesiones, W. PINTENS aprecia un paulatino acercamiento de los sistemas europeos en aspectos claves como los derechos del cónyuge supérstite, los derechos de los hijos no matrimoniales y los herederos *ab intestato*, a nuestro juicio muy poco significativos en relación con las diferencias fundamentales existentes (*cf.* «Die Europäisierung des Erbrechts», *ZEuP*, 2001/3, pp. 628-648).



partición administración de una herencia puedan existir normas contrarias a las libertades comunitarias (*Sent. TJCE de 1 de julio de 1993: As. C-20/92 «Hubbard»*).

140. En contrapartida, el art. 295 CE, al establecer que «el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros», no puede interpretarse de forma extensiva, justificando la prohibición de una acción comunitaria relativa a la aproximación de legislaciones en el sector de los derechos reales [31], toda vez que viene referida a la vertiente o trascendencia pública del régimen de propiedad, en concreto, a las condiciones de la expropiación y de otras limitaciones del derecho de propiedad por razones de utilidad pública [32].

141. Finalmente, parece descartada asimismo, salvo la necesidad de pequeños ajustes, una unificación del Derecho procesal civil [33]. No está de más recordar que ya en la época del viejo «*ius commune*» regía la regla «*lex fori regit processum*», que aún hoy se conserva de forma universal [34]. En la práctica, ello ha convertido al Derecho procesal en una de las disciplinas menos «unificadas», donde

[31] *Vid.* en este sentido H.J. SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, p. 986; A. GAMBARO, «European Aspects...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 76.

[32] Algunos autores, no obstante, descartan el régimen de los derechos reales (*cf.* G. ALPA, «European...», *loc.cit.*, p. 236; H.J. SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, p. 986).

[33] *Vid.* M. STORME, «Procedural Consequences of a Common Private Law for Europe», *Towards a European Civil Code*, 1.ª ed., Nimega, 1994, pp. 83-95; K. KERAMEUS, «Procedural Implications of Civil Law Unification», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 121-132.

[34] A diferencia del Derecho material, el Derecho procesal ha contado con una solución conflictual o de Derecho internacional privado universal. *Vid.* K. KERAMEUS, «Angleichung des Zivilprozeßrecht in Europa (einige grundlegende Aspekte)», *Rabels Z.*, 2002, p. 3.

el juez nacional no aplica Derecho extranjero [35], lo que no impide cierta convergencia por la acción unilateral de los Estados, buscando a través del estudio comparado un sistema procesal más eficaz y con mayores garantías [36]. En contrapartida, el buen desarrollo del proceso ha impulsado desde siempre mecanismos de cooperación jurisdiccional que hoy son una realidad en el espacio europeo, merced al Convenio de Bruselas de 1968, y que justifica las acciones sobre Derecho procesal civil internacional contempladas en el art. 65 CE [37].

Se ha defendido, sin embargo, la necesidad de una acción unificadora en el ámbito del Derecho procesal. Precisamente, se destaca que la falta de transparencia de los Derechos procesales nacionales, el desigual coste de los procesos, la diversa eficacia de las técnicas procesales y los costes jurídicos y de información que derivan de di-

[35] *Vid.* M. STORME, «Procedural Consequences...», *loc.cit.*, p. 83.

[36] Sobre las influencias externas de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española, *vid.* V. GIMENO SENDRA, «Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho procesal europeo», *La Ley*, año XX, n. 4734, de 15 de febrero de 1999, pp. 1-3. W. HABSCHIED cita como muestra de la convergencia de los sistemas procesales europeos una institución como la «*Mareva Injunction*», que ha supuesto cierta europeización —tal vez habría que decir «continentalización»— del Derecho inglés (*vid.* «Die Europäisierung des Zivilprozeßrecht», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, p. 544).

[37] Cuando se aborda el Derecho procesal europeo, abundan las referencias al Convenio de Bruselas. Ciertamente, la idea de un Derecho procesal europeo no tiene mucho que ver con la idea de un Derecho procesal civil internacional europeo (más bien, Derecho internacional privado europeo), por otra parte armonizado internacionalmente en ciertos sectores (notificaciones, obtención de pruebas) y cuyo desarrollo comunitario ha sido notable en los ultimos tiempos. Pero este Derecho procesal civil internacional europeo no aporta apenas conceptos válidos para un Derecho procesal material civil europeo, que evite los costes de transacción en la litigación transfronteriza, que es de lo que se trata, en esencia. *Cf.* F. CARPI, «Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968», *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, t. II, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 1.309-1.416.



cha diversidad obstaculizan de forma seria los intercambios intracomunitarios y la consecución de un mercado interior en buenas condiciones de funcionamiento [38]. Desde 1992, el grupo de trabajo presidido por M. Storme ha venido realizando estudios y propuestas dirigidas a la unificación del Derecho procesal, e incluso elaborado un anteproyecto de Directiva con catorce secciones y más de ciento sesenta artículos [39]. Desde este punto de partida ambicioso, que seguía los pasos de la Comisión Lando, los objetivos iniciales se han ido decantando, recortados por la mentalidad de la subsidiariedad, hacia fines más modestos. El Tratado de Ámsterdam [art. 65 c)], no obstante, ha supuesto un reconocimiento expreso de la importancia de la armonización en el ámbito del Derecho procesal civil, al contemplar, como una medida en el ámbito de la cooperación judicial en material civil: «eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros».

Sin embargo, la acción sigue limitada por la vinculación funcional: «en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior», y el propio art. 65 c) vuelve a decir: «si fuera necesario». Hoy por hoy, parece claro que es posible la armonización de normas procesales, pero no resulta realista plantear, en el estado actual del Derecho comunitario, la elaboración de una Ley de Enjuiciamiento Civil Europeo. La integración negativa ya había dado buenos ejemplos de la necesidad de modificar algunas instituciones de

[38] *Vid.* J. NORMAND, «Un droit judiciaire...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 127-128; M. STORME, «Procedural...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 84.

[39] *Vid.* un resumen sucinto del contenido del Proyecto y unas reflexiones sobre los puntos clave de una unificación europea del Derecho procesal (oralidad, función social, eficiencia, etc.) en G. VERDE, «Un processo comune per l'Europa», *Europa e diritto privato*, 1999/1, pp. 3-23, esp. 16-18 y 3-9, respectivamente.

Derecho procesal civil (caución de arraigo en juicio, medidas cautelares...) y existen Directivas comunitarias con trascendencia procesal. Pero el principio de vinculación funcional, unido a los límites derivados del principio de proporcionalidad y subsidiariedad, hacen muy poco justificable una acción global en el ámbito del Derecho procesal civil, que podría explicar una intervención negativa del TJCE acerca de su presunta base legal. Por otra parte, la propia experiencia española derivada de la reforma de la LEC en el año 2000 es un buen reflejo de las dificultades de toda índole —jurídicas, económicas, sociales y políticas— que encierra un proceso de revisión global. Si esto es así en el marco de un sistema nacional, podemos imaginar fácilmente la multiplicación de estos inconvenientes en un marco supranacional con semejante grado de heterogeneidad en la construcción de sus respectivos Derechos procesales [40].

142. Los límites materiales reseñados constituyen en sí mismos un inconveniente notable a la elaboración de un Código civil europeo. La sectorialización del Código impide un verdadero sistema jurídico coherente, que exige una relación íntima entre obligaciones contractuales y no contractuales, derechos reales, Derecho de familia y sucesiones, y sectores concretos del Derecho procesal, penal, laboral, etc [41].

[40] El Derecho procesal, es algo evidente, no es un Derecho puramente formal o adjetivo, sino sustancial y determinante del carácter de un sistema jurídico en su conjunto. Esta realidad, que exige un enfoque académico y científico, es puesta de relieve por C.H. VAN RHEE, quien cita únicamente el caso alemán, si bien en España no hay duda alguna al respecto (*cf.* «Civil Procedure: a European Ius Commune», *ERPL*, 2000, p. 592). El autor citado estima, sin embargo, que la vinculación del Derecho procesal a las raíces culturales es relativa en el ámbito procesal, sobre la base de la influencia romano-canónica, las influencias mutuas entre los sistemas, especialmente entre el *common law* y los sistemas romano-germánicos (*ibíd.*., pp. 598-605).

[41] En este sentido, *vid.* B.S. MARKESINIS, «Why a Code...», *loc.cit.*, pp. 519-524; S. LEIBLE, «Die Mitteilung der Kommission ...», *loc.cit.*, p. 478; A. FURRER: «Stellungsnahme zur Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht»;«Communication on European Contract Law. Joint Response of the Comission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/ developments/ contract_l.../ academics_en.htm*, pp. 18-24.



Se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, la inconsecuencia de construir un Derecho común de los contratos sin unificar el ámbito de los derechos reales, eje de cualquier sistema de Derecho civil [42]. Las interconexiones entre el régimen de la propiedad con el régimen económico matrimonial, la sucesión por causa de muerte, el Derecho de sociedades y, sobre todo, el régimen de los contratos, hace necesaria una unificación que diseñe un sistema de Derecho patrimonial. Otro ejemplo viene servido por la necesidad de acompasar el Derecho procesal al Derecho material [43]: *ad.ex.*, una institución como la terminación del contrato puede concitar identidades sustanciales, pero graves diversidades formales o procesales en relación con la eventual intervención judicial para que sea efectiva la terminación por incumplimiento o ruptura del contrato [44]. Sin semejante alcance, un Código civil europeo centrado únicamente en el sector

[42] *Vid.* A. GAMBARO, «European Aspects...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 76. Así, la doctrina del enriquecimiento injusto constituye una parte esencial del Derecho de obligaciones, cuya codificación requiere ineludiblemente una coordinación sistemática con las disposiciones sobre contratos y propiedad (*vid.* E. CLIVE, «Restitution and Unjustified Enrichment», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 383-394).

[43] Con carácter general, *vid.* K. KERAMEUS, «Angleichung...», *loc.cit.*, pp. 1-17. Gráficamente, R. BAKKER llega a afirmar que no vale de nada armonizar el Derecho sustantivo si el operador se encuentra que un proceso sobre contratos dura siete años en Italia (*vid. http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract-l.../ academics_en.htm).*

[44] *Vid.* H. BEALE, «Remedies: Termination», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 351-352.

contractual produciría inconvenientes muy similares a los que derivan actualmente del DPC fragmentario y puntillista.

En suma, un auténtico DPE sólo podría construirse «desde arriba» sobre unos parámetros políticos y constitucionales distintos a los que proporciona el actual Derecho comunitario, ajeno a las limitaciones materiales que derivan directamente del principio de vinculación funcional con el mercado interior, y que impiden, hoy por hoy, concebir un Código civil europeo.

### b) *Límites espaciales*

143. Una segunda limitación tiene que ver con los límites espaciales del DPE[45]. El funcionamiento del mercado interior sólo exige una aproximación de legislaciones relativa al régimen jurídico de las relaciones intracomunitarias, esto es, de las relaciones jurídicas obligaciones o reales que presentan un carácter internacional y se vinculan con dos o más Estados miembros, pero no afecta propiamente a las situaciones puramente internas. Desde este punto de vista, aunque el DPE pudiese tener un carácter material, y no puramente conflictual, no dejaría de ser un DIPr europeo, únicamente aplicable a situaciones heterogéneas, que dejaría intacto el régimen de las situaciones homogéneas o puramente internas[46].

Ya se ha puesto de relieve que la diversidad de los Derechos nacionales, por su actual o potencial virtualidad para falsear las condiciones de competencia en el mercado interior, no suministra una cheque en blanco para la armonización de los Derechos nacionales con

[45] *Vid.* P.C. MÜLLER-GRAFF, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 19.

[46] Esta solución no sólo es propiciada por los límites constitucionales y el principio de subsidiariedad, sino que puede ser defendida desde puntos de vista pragmáticos y de respeto a la identidad cultural. *Vid.* U. DROBNIG, «Scope...», *loc.cit.*, pp. 491-492.



trascendencia tanto interna como intracomunitaria. El DPC ha producido un buen número de Directivas cuya armonización legal afecta tanto a situaciones internas como intracomunitarias, pero también se ha aclarado la legitimidad de los sistemas nacionales para mantener una interpretación «nacional» para las situaciones puramente internas excluidas de la tutela comunitaria, por más que el TJCE admita la posibilidad de regalar a los jueces nacionales una interpretación comunitaria de dichas normas.

A título de ejemplo, la *Sent. TJCE de 17 de julio de 1997 (As. C-28/95: «Leur-Bloem)* se enfrentó a la aplicación a una situación interna de las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros. Al adaptar la Directiva controvertida, el legislador interno había decidido extender su régimen a las situaciones puramente internas. El TJCE señaló que «se ha declarado en repetidas ocasiones competente para pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones comunitarias en situaciones en las que los hechos del procedimiento principal se situaban fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario... Cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse... Corresponde al Derecho interno y, por consiguiente, a la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, tener en cuenta los límites que el legislador nacional haya podido poner a la aplicación del Derecho comunitario a situaciones puramente internas»[47].

La elaboración de un Código civil europeo con trascendencia tanto intracomunitaria como interna supondría *per se* una contradicción

[47] *Vid.* el análisis de este y otros casos por H.J. DE KLUIVER, «Harmonisation of Law...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 52-55.

con los límites espaciales del Derecho comunitario. La ausencia de base legal debe ponerse en estrecha relación con el contenido del término «mercado interior», a cuyo buen funcionamiento se vincula la armonización de legislaciones. Las libertades que configuran dicho mercado no resultan directamente aplicables a situaciones puramente internas, ni a situaciones extracomunitarias. Dicho de otro modo, el Derecho comunitario sólo habilita la unificación de los Derechos nacionales, incluidas las situaciones internas, cuando la diversidad de legislaciones afecte de forma sensible a las condiciones de competencia del mercado y, por definición, excluye que cualquier diversidad jurídica pueda implicar esa disfunción del mercado interior. La actual jurisprudencia del TJCE, como se vio, exige una justificación o test puntual del impacto de la diversidad de legislaciones, para justificar la base legal de una Directiva de armonización, especialmente cuando unifica los Derechos nacionales en situaciones tanto internas como transfronterizas [*Sent. TJCE de 5 de octubre de 2000 (As. C-376/98: Alemania/Parlamento y Consejo)*], jurisprudencia que viene a dar las razón a quienes han denunciado la extralimitación del propio DPC [48]. En consecuencia, un Código civil europeo sería, por definición, no sólo contrario a los postulados competenciales del Derecho comunitario, sino también a sus propios límites de aplicación espacial.

144. Por lo demás, las razones prácticas esgrimidas contra la propuesta de limitar el DPE a situaciones intracomunitarias, especialmente defendida por U. Drobnig, Ch. von Bar o S. Leible, no son de recibo [49]. En concreto, es cierto que puede existir alguna dificultad a la hora de concretar qué tipo de situaciones internacionales deben ser consideradas intracomunitarias, pero no lo es menos

[48] *Vid.* C. E. HAUSCHKA, «Grundprobleme...», *loc.cit.*, pp. 527-529.

[49] *Vid.* T. KOOPMANS, «Towards...», *loc.cit.*, pp. 543-544; M.J. BONELL, «The Need...», *loc.cit.*, pp. 513-514.



que en modo alguno el DPE puede tener un alcance universal. En el mejor de los casos, el DIPr, ya sea nacional o comunitario, tendrá que enfrentarse con situaciones extracomunitarias que no pueden quedar bajo la aplicación del Derecho comunitario, con lo que el problema de la delimitación siempre existirá.

### c) *Límites personales*

145. Finalmente, aunque es una cuestión que suele ser omitida, es preciso recordar que las libertades vinculadas a la libre circulación de personas (libre circulación de trabajadores y libre prestación de servicios) contienen una limitación de su ámbito de aplicación de carácter personal o subjetivo, en la medida en que tales derechos únicamente se garantizan a los nacionales de los Estados miembros y no a los nacionales de terceros Estados. Frente a éstos, los Estados miembros tienen una competencia absoluta para determinar el régimen del Derecho privado aplicable.

La libre circulación de personas, como elemento clave del mercado interior (art. 14.2.° CE), se circunscribe a la libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros (art. 39 CE), así como al derecho de establecimiento y prestación de servicios de personas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro (art. 43 y 49), o, en el caso de las personas jurídicas, que cumplan las condiciones previstas en el art. 48 CE. Esta delimitación del ámbito de aplicación de las libertades mencionadas —y, por tanto, también del alcance del «mercado interior»— sólo admite una excepción en el ámbito de la libre prestación de servicios, que puede ser extendida a los nacionales de terceros Estados [50]. Esto provoca que, por defini-

[50] Aunque esta posibilidad se contemplada en el Tratado originario, sólo recientemente se han emprendido acciones para hacerla efectiva: Propuesta modificada de Di-

ción, las sociedades, los trabajadores o los prestadores y receptores de servicios nacionales de terceros Estados no puedan beneficiarse de las libertades de circulación personal que ofrece el mercado interior, y que el TJCE rechace inmiscuirse en las eventuales restricciones que puedan contener las legislaciones nacionales de Derecho privado, al igual que ocurre con las situaciones puramente internas.

146. En conclusión, la vinculación al buen funcionamiento del mercado interior no justifica una normativa de DPE relativa al tratamiento de las sociedades, los contratos de servicios o las relaciones laborales que en situaciones inicialmente intracomunitarias afecten a sociedades, trabajadores, prestadores o receptores de servicios con nacionalidad de un tercer Estado ni, por tanto, que los Estados miembros puedan prever un régimen diferencial de Derecho privado para dichos supuestos o propicien una interpretación diferencial de normas inicialmente unificadas.

La consecuencia lógica de lo anterior es que un Código civil europeo sin limitaciones personales tampoco se conforma con los principios que rigen en la actualidad el Derecho comunitario y, en especial, con la vinculación funcional al mercado interior de las competencias sobre armonización de legislaciones. De ahí que el Reglamento Bruselas II, amparándose como base legal en la necesidad de garantizar la libre circulación de personas, haya ido más lejos de lo necesario al incluir los derechos de nacionales de terceros Estados, vulnerando el principio de proporcionalidad.

rectiva del Consejo por la que se extiende la libre prestación de servicios transfronterizos a los nacionales de un tercer Estado establecidos dentro de la Comunidad (*D.O.C.E.* C 311, de 31 de octubre de 2000, p. 197).



## C. Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

147. Aunque resulte posible vincular la unificación del Derecho privado, al menos parcialmente, con la eficiencia del mercado, la competencia de la Comunidad sobre la base del art. 95 CE sólo resultaría legítima si no conculca las limitaciones que derivan de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad contenidos en el art. 5 CE. La mayor parte de los estudiosos estiman que ambos principios o, en todo caso, el principio de proporcionalidad, son obstáculos insalvables a la competencia de la Comunidad Europea para promulgar un Código Civil Europeo e implican serias limitaciones en el contenido del DPC fragmentario[51]. De hecho, la propia Comi-

[51] Así, N. BERNARD: «The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity», *CMLR*, vol. 33, 1996, pp. 640-641; S. CÁMARA LAPUENTE, «Hacia un Código...», *loc.cit.*, p.2; H. COLLINS, «European...», *loc.cit.*, p. 355; U. DROBNIG, «Scope...», *loc.cit.*, p. 492; W.F. EBKE, «Unternehmensrechtsangleichung in der Europäischen Union: Brauchen Wir ein European Law Institute?», *Festschrift für Bernhard* Grossfeld *zum 65. Geburstag*, Heidelberg, 1999, p. 192; A.J. ENGEL, *loc.cit.*, pp. 127-131; M. GEBAUER, *Grundfragen...*, *op.cit.*, pp. 97-99, 126-129 y 133-135; M. FRANZEN, *op.cit.*, p. 57-62; W. VAN GERVEN, «Coherence...», *loc.cit.*, p. 467; S. GRUNDMANN, «EG-Richtlinie...», *loc.cit.*, pp. 275-277; H. HEISS, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 54; E. HONDIUS, «Towards...», *loc.cit.*, p. 455; Id.: «Condizioni generali di contratto e calusole vessatorie: verso un codice civile europeo», *Quaderni di diritto privato* europeo, 1997/1, p. 44; S. LEIBLE, *op.cit.*, §10.III y IV; P. DE MIGUEL ASENSIO: «Integración...», *loc.cit.*, pp. 422-423; P.C. MÜLLER GRAFF, «EC Directives...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 73-74; Id.: «Gemeinsames...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 61; O. REMIEN, «Illusion...», *loc.cit.*, p. 281; Id., «Denationalisierung...», *loc.cit.*, pp. 125-126; F. RITTNER, «Das Projekt...», *loc.cit.*, p. 25; N. SCANICCHIO, «Il diritto...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 36; C. SCHMID, «Anfänge...», *loc.cit.*, p. 215; R. SCHULZE, «Le droit privé...», *loc.cit.*, p. 29; K. SCHURIG, «Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?», *Festschrift für Bernhard Grossfeld zum 65. Geburstag*, Heidelberg, 1999, p. 1092; J.H. SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, p. 988. Esta opinion es asimismo expresada por el gobierno del Reino Unido en su respuesta a las propuestas de la Comisión: *http://europa.eu.int/Comm/consumers/policy/developments/contract.../governments_en.htm.*

sión estima que la unificación del DPE está mediatizada por ambos principios [52].

a) ***Principio de subsidiariedad***

148. El principio de subsidiariedad aparece recogido en el art. 5.II CE, y en principio resulta de aplicación a la aproximación de legislaciones, en la medida en que no implica una competencia exclusiva de la Comunidad. El principio de subsidiariedad, a menudo relacionado con el criterio de vincular al ciudadano comunitario con la institución más próxima o cercana, condiciona las competencias comunitarias a un test de eficacia [53], en la medida en que los objetivos de la acción no puedan ser alcanzados de forma suficiente o equiparable por los Estados miembros. Por definición, parece que la aproximación de legislaciones no es una competencia al alcance de los Estados miembros, por los propios límites de la soberanía legislativa de cada uno de ellos (test de dimensión) [54]. Y aunque esta afirmación es susceptible de modulación, parece claro que una unificación del Derecho privado sólo estaría al alcance de una intervención institucional, y, en cualquier caso, podría lograrse mejor desde esta

[52] *Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (D.O.C.E.* C 255, de 13.9.2001, p. 7, núms.. 42-44).

[53] Que U. MATTEI somete al análisis de costes propio del análisis económico del Derecho, en relación con el Código civil europeo (*vid.* «A Transaction...», *loc.cit.*, p. 537). De hecho, el principio de subsidiariedad se vincula al concepto ya analizado de «competencia entre ordenamientos», desde una perspectiva similar (*cf.* M. ZULEEG, «Rechtsangleichung...», *loc.cit.*, p. 516).

[54] *Vid.* JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Las competencias comunitarias», *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, p. 20; Id.: «La incidencia del principio de subsidiariedad en el *modus operandi* de la Comunidad Europea», *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1995, pp. 95-125.



sede [55]. Esta comprensión del principio de subsidiariedad atiende mejor a su razón última que una consideración mezquina y nacionalista como vía de escape o reducción de las acciones comunitarias [56].

De hecho, buena parte de las Directivas que contienen disposiciones de Derecho privado justifican expresamente la acción sobre la base del principio de subsidiariedad [57]. Pero no es menos cierto que esas mismas Directivas aducen el mismo principio para reducir su contenido a estándares mínimos de derechos, relegando buena parte de los matices y del desarrollo legislativo a la propia iniciativa de los Estados miembros [58].

[55] Con razón, y refiriéndose a la unificación en el ámbito del Derecho procesal, J. NORMAND critica el principio de subsidiariedad como límite a dicha unificación, señalando que «si una aproximación debe ser abordada por diecisiete derechos procesales, no cabe esperar que las iniciativas aisladas de cada uno de los Estados miembros, apoyadas en las enseñanzas de Derecho comparado, les conduzcan, como por milagro, a una solución común» (*vid.* «Un droit judiciaire...», *loc.cit., op.cit.*, p. 131).

[56] Como señalan A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, «tampoco el principio de subsidiariedad tiene por qué ser un freno a la extensión de la competencia comunitaria sino el fundamento constitucional para ensanchar la acción comunitaria cada vez que la acción estatal sea insuficiente y la dimensión o los efectos pretendidos sólo puedan ser alcanzados mediante la acción comunitaria» (*Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, pp. 328-329). *Vid.* en este sentido M. PAZ GARCÍA RUBIO, «Presente...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 241-243.

[57] A juicio de W.-H. ROTH, el principio de subsidiariedad vendría a ser consustancial con la Directiva como acto jurídico, en la medida que su misión es establecer fines comunes, procurando la armonización y no la unificación, con el objeto de minimizar los costes de la diversidad jurídica (*vid.* «Generalklauseln...», *loc.cit.*, p. 144). En sentido parecido, C. ARMBRÜSTER estima que el principio de subsidiariedad no limita las competencias comunitarias, pero sí el cauce normativo, resultando preferible la Directiva al Reglamento (*vid.* «Ein Schuldvertragsrecht...», *loc.cit.*, pp. 83-84).

[58] *Ad. ex.* en relación con las vicisitudes y limitaciones introducidas merced al principio de subsidiariedad en la Directiva 94/47 (*timesharing*) *vid.* S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «Pasado, presente y futuro del Derecho internacional privado comunitario», *Dereito*, vol. 5, 1996-1, p. 16. *Vid.* también, con carácter general, E. HONDIUS, «Condizioni...», *loc.cit.*, pp. 44-45.

149. Resulta, sin embargo, impresionante la unanimidad con que las propias instituciones comunitarias, a través de los considerandos de las Directivas [59], y la doctrina científica, coinciden en señalar al principio de subsidiariedad como el responsable de una política de aproximación de legislaciones prudente y comedida, en sus ámbitos y contenidos, y como la principal razón de la inconveniencia constitucional de un Código civil europeo. A nuestro modo de ver, esto sólo se explica por la propia extralimitación de las Directivas del DPC en su finalidad originaria, y por la creciente falta de fundamento de las bases legales para la armonización. Semejante desnaturalización ha acabado desvirtuando asimismo el sentido propio del principio de subsidiariedad.

En efecto, si una diversidad de legislaciones concreta es la causa de que se produzcan restricciones justificadas por parte de los Derechos privados nacionales a alguna de las libertades que conforman el mercado interior, obstaculizando su buen funcionamiento, parece bastante evidente que cualquier test de eficiencia hace impensable la superación de dichas trabas a través de la acción unilateral de los Estados. La armonización, en tales casos, se abre como la única vía razonable. Aún más, cabría añadir que, una vez constatado el riesgo potencial y sensible de falseamiento de la competencia, los poderes atribuidos por el art. 95 CE a la Comunidad, en orden a la armonización de legislaciones, resultan por definición invulnerables al principio de subsidiariedad, pues, por principio, la unificación o la armonización es un objetivo alcanzable únicamente a través de una acción supranacional, esto es, comunitaria [60].

[59] Como indica C.W.A. TIMMERMANS, es significativo que el propio I. SCHWARTZ, durante mucho tiempo al servicio de la Comisión, haya señalado al principio de subsidiariedad como un límite significativo para la armonización comunitaria del Derecho privado (*cf.* «Zur Entwicklung des europäischen Zivilsrechts», *ZEuP*, 1999/1, pp. 4-5).

[60] En cierto modo, como señala P.C. MÜLLER-GRAFF, una vez que queda clara la base legal y la necesidad de la acción de armonización, la Comunidad actuaría frente al principio de subsidiariedad de forma igual que en el ejercicio de una competencia exclusiva (*vid.* «EC-Directives...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 74). Sobre la ausencia de límites a la armonización derivados del principio de subsidiariedad *vid.* también A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, pp. 127-128; J. BASEDOW, «Un droit commun...», *loc.cit.*, pp. 24-26.



Así parece entenderlo la *Sent. TJCE de 9 de octubre de 2001 (As. C-377/98: «Países Bajos/Parlamento y Consejo»)*. Se alegaba el principio de subsidiariedad con el fin de atacar la base jurídica de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. El TJCE interpretó el art. 5 CE, entendiendo que «el objetivo de la Directiva, que consiste en garantizar el buen funcionamiento del mercado interior evitando, e incluso eliminando, las divergencias entre las legislaciones y prácticas de los diferentes Estados miembros en el ámbito de las invenciones biotecnológicas, no hubiera podido alcanzarse mediante una acción emprendida únicamente por los Estados miembros».

La discusión no debe centrarse, a nuestro modo de ver, no en un test de eficacia, puesto que la armonización por la vía unilateral de los Estados miembros, salvo que creamos en los milagros, no puede ser en modo alguno una medida de eficacia comparable a la acción institucional. El problema radica en determinar el grado de necesidad de dicha armonización, y en fijar un alcance y un contenido que no contradiga el principio de proporcionalidad.

### b) *Principio de proporcionalidad*

150. Lacónicamente, el art. 5.III CE formula el principio de proporcionalidad, disponiendo que «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado». Frente a la unificación del Derecho privado, el principio de proporcionalidad requiere un balance entre las necesidades y objeti-

vos del mercado interior y el «daño» que dicha unificación puede infligir, particularmente a la identidad nacional de los sistemas jurídicos de los Estados miembros [61].

El principio de proporcionalidad es la verdadera razón de que el DPC haya limitado sus acciones a estándares mínimos de armonización, y explica la característica esencial que hace de un Código civil una solución incompatible con el actual Derecho comunitario: su desproporción [62]. Pero no debe olvidarse que el principio de proporcionalidad no sólo tiene un alcance correctivo, sino informador. De hecho, la justificación de la base legal de una acción armonizadora, y la demostración de la necesidad de la acción para el buen funcionamiento del mercado interior dan la medida de la necesidad de una medida armonizadora y de su adecuación al principio de proporcionalidad [63]. Ahora bien, la medida de la acción, y el alcance del principio de proporcionalidad, depende de las consecuencias indirectas que la acción produce. Dicho de otro modo, una acción no es desproporcionada en sí misma si resulta inocua. Para rellenar de contenido el test de necesidad al que obliga el principio de proporcionalidad, es preciso contraponer los intereses de los Estados miembros que resultan perjudicados por la extralimitación o desproporción. Por ello, este principio levanta el telón de fondo axiológico que preside el escenario de un Derecho privado europeo, que trataremos de bosquejar en el apartado siguiente.

[61] *Vid.* en este sentido, aunque por referencia al principio de subsidiariedad, M. BUSSANI y U. MATTEI, «The Common Core Approach to European Private Law», *Columbia Journal of European Law*, 1997/98, vol. 3, p. 350; H. COLLINS, «European...», *loc.cit.*, p. 353; B. GROSSFELD y K. BILDA, «Europäische Rechtsangleichung», *ZfRV*, 1992/6, p. 431; M. ZULEEG, «Rechtsangleichung...», *loc.cit.*, p. 512. Centrados en el principio de proporcionalidad: M. BANGEMANN, «Privatrechtsangleichung...», *loc.cit.*, p. 369; A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 129; A.V.M. STRUYCKEN, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le developpement du droit international privé», *R. des C.*, t. 232 (1992-I), pp. 281-282.

[62] C. MÜLLER-GRAFF: «Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?», *ZHR*, vol. 159, 1995, pp. 71-72.

[63] *Vid.* M. FRANZEN, *op.cit.*, pp. 62-63.



## D. Alcance de la doctrina de los poderes implícitos

151. Antes conviene reseñar que la competencia de la Comunidad Europea en orden a la unificación del Derecho privado se ha fundamentado, generalmente como opción subsidiaria a la vía del art. 95 CE, en el art. 308 CE, que recoge la doctrina de los poderes implícitos [64]. Esta referencia al art. 308, que a veces se ha vinculado con la voz activa del principio de subsidiariedad, no resulta, en principio, de recibo. Si se admite que la unificación o aproximación de las legislaciones en materia de Derecho privado es una acción o competencia comunitaria contemplada en el art. 95, no cabría el recurso a la doctrina de los poderes implícitos ni al art. 308 CE, que sólo es de aplicación cuando la actuación comunitaria no se encuentra prevista [65]. No puede utilizarse el art. 308 como una vía de escape a las

[64] *Vid.* las consideraciones al respecto de M. FRANZEN, *op.cit.*, pp. 87-92; L. IDOT, «Les bases...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 31; S. LEIBLE, *op.cit.*, §10.A.II.b; P.C. MÜLLER-GRAFF, *Privatrecht...*, *op.cit.*, p. 33; F. RITTNER, «Das Projekt...», *loc.cit.*, p. 25; I. MASELIS, «Legislative...», p. 140.

[65] *Vid.* en este sentido A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 123. En el mismo sentido, J. BASEDOW justifica únicamente la acción de esta vía competencial para la adopción, por ejemplo, de la reglamentación sobre la patente europea o la marca comunitaria que, de forma distinta a la aproximación de legislaciones, busca crear un nuevo instrumento jurídico propiamente comunitario, que resuelva incluso las dificultades con que se enfrenta la armonización de los Derechos nacionales (*vid.* «Codification...», *loc.cit.*, p. 44; Id.: «Un droit commun....», *loc.cit.*, p. 21). Acerca de su utilidad en el DPE derivado vinculado al principio de igualdad de sexos, *vid.* M. FRANZEN, *op.cit.*, pp. 91-92.

limitaciones competenciales previstas en el propio CE. Cosa distinta es que pueda recurrirse a él cuando la armonización de legislaciones es solo un efecto accesorio de la reglamentación, si ésta encuentra su base legal en alguna finalidad institucional para la que no existe una competencia prevista (*ad.ex. Sent. TJCE de 18 de noviembre de 1999 (As. C-209/97: «Comisión/Consejo»)*.

No falta, sin embargo, quien aporte argumentos que permitan defender una intervención complementaria del art. 308 CE, sobre la base de una doctrina de los poderes implícitos *lato sensu*, pero tal vocación subsidiaria o complementaria no puede eludir los límites que derivan para la competencia prevista en el art. 95 tanto del principio de subsidiariedad (art. 5.II CE) como del principio de proporcionalidad (art. 5.III CE) [66]. Incluso para algunos autores, inspirándose en la *Opinión TJCE 2/94 de 28 de marzo de 1986*, la imposición de un Código civil europeo tendría una dimensión constitucional que excedería de los límites del art. 308 CE [67].

[66] *Sent. TJCE de 26 de marzo de 1987 (As. 45/86: «Comisión/Consejo»). Cf.* con carácter general P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, J.A. GONZÁLEZ VEGA y B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, pp. 106 y 107. En relación con el Derecho privado europeo: A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 123; W. VAN GERVEN, «Coherence...», *loc.cit.*, p. 468; L. IDOT, «Les bases...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 31; I. MASELIS, «Legislative...», *loc.cit.*, p. 140. No deja de ser cierto, sin embargo, que la doctrina de los poderes implícitos no sólo ha sido admitida *stricto sensu*, sino también *lato sensu*, permitiendo una ampliación y extensión de los medios para alcanzar acciones comunitarias expresa o implícitamente contempladas en el TCE, habilitando una intervención conjunta del art. 95 y del art. 308 TCE (*vid.* R. ALONSO GARCÍA, *op.cit.*, pp. 533-558; A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones...*, *op.cit.*, pp. 322-326).

[67] *Cf.* W. VAN GERVEN, «Coherence...», *loc.cit.*, p. 468.



## 2. LÍMITES IMPUESTOS POR LA IDENTIDAD JURÍDICA NACIONAL

### A. El valor de la «identidad nacional»

152. Determinado el grado de necesidad de una unificación del Derecho privado europeo, con todas las limitaciones que han sido expuestas en el capítulo anterior, el principio de proporcionalidad exige valorar si la medida de lo necesario produce o no un daño desproporcionado en la identidad de los Derechos nacionales. El respeto a la «identidad jurídica» forma parte de un principio básico del TUE expresamente descrito en el art. 6.3.° UE: «La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros». El concepto de identidad nacional no se reduce a la identidad o soberanía «política», a una simple evicción de los riesgos de identificar la Unión Europea con una forma de Estado Federal. Su significado es más profundo y tiene que ver, sobre todo, con los rasgos de identidad cultural de los distintos Estados miembros. No en vano, la defensa de la propia cultura es uno de los intereses generales que han venido justificando restricciones abiertas a las libertades de circulación [68]. Y el art. 151.1.° CE añade la contribución de la Comunidad al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respecto de la diversidad nacional y regional, como una política específica.

El Derecho, como el idioma, el arte, el folclore o la gastronomía, forman parte indisociable de las señas de identidad nacionales y de la forma de vida de un pueblo. La cultura de un país se define por su Derecho tanto como por las manifestaciones artísticas. Y, dentro del Derecho, tal vez el Derecho privado arroja las principales señas de identidad, singularmente, pero no únicamente, el Derecho de

[68] *Ad.ex. Sents. TJCE de 28 de noviembre de 1989 (As. 397/89: «Groener»)* y *de 26 de febrero de 1991 (As. C-198/89: «Comisión/Grecia»).*

familia y el Derecho sucesorio [69]. No debe extrañar, por tanto, que se haya debatido acerca de un Código civil europeo utilizando metafóricas oposiciones entre el Beaujolais y la Coca Cola o la hamburguesa de McDonalds y el pudding (o la paella en versión hispana).

153. Ahora bien, la oposición de la cultura jurídica nacional amparada en el principio contenido en el art. 6 UE frente a las competencias comunitarias vinculadas al mercado interior sólo desplegará una fuerza digna de ser considerada si se parte de la hipótesis de que existe una auténtica pluralidad de culturas jurídicas europeas en el ámbito del Derecho privado. La evocación a la idea de un DPE con frecuencia se inspira, precisamente, en la creencia de una tradición y de unos principios jurídicos esencialmente comunes, enraizado en el viejo *ius commune*, y únicamente distanciados de forma ocasional por el siglo de las codificaciones, que a la postre no habrían introducido diferencias fundamentales. Si esto fuera así, el recurso al principio de proporcionalidad perdería toda virtualidad, al quedar vacío el concepto de «identidad jurídica nacional». En otro caso, sería preciso reconocer que la identidad nacional y cultural de los Estados miembros se erige en un obstáculo insalvable para la legitimación de un Código civil europeo y, en general, para la construcción «desde arriba» de un DPE [70]

[69] Para algunos autores, la cuestión de la identidad cultural únicamente afectaría a estos sectores del ordenamiento jurídico sin perjudicar la unificación del Derecho patrimonial, de naturaleza más técnica. En palabras de O. LANDO, «contract law is not folklore» (*vid.* O. LANDO, «The Principles...», *loc.cit., op.cit.* p. 64; Id.: «The Principles of European Contract Law and the Lex Mercatoria», *Private Law in the International Arena (From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, 2000, p. 396; Id.: «Optional...», *loc.cit.*, p. 61; E. HONDIUS, «Condizioni generali...», *loc.cit., op.cit.*, p. 45; Id., «Vers un droit...», *loc.cit., op.cit.*, p. 53). En contra, C. JAMIN, «Un droit...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 42-43.

[70] Consideraciones sobre la identidad cultural como un impedimento para la unificación del DPE en Europa pueden encontrarse en: M. BANGEMANN, «Privatrecht-



sangleichung...», *loc.cit.*, p. 369; T.M. DE BOER, «The Relation between Uniform Substantive Law and Private International Law», *Towards a European Civil Code*, 1.ª ed., Nimega, 1994, p. 60; M. BUSSANI y U. MATTEI, «The Common Core...», *loc.cit.*, p. 350; H. COLLINS, «European Private...», *loc.cit., passim*; U. DROBNIG, «Scope...», *loc.cit.*, p. 492; W.F. EBKE, «Unternehmensrechtsangleichung...», *loc.cit., op.cit.*, p. 191; A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 129; A. FLESSNER, «Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung», *Rabels Z.*, 1992, pp. 255-256; M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 102-103; W. VAN GERVEN, «Coherence...», *loc.cit.*, p. 466; R.M. GOODE, «Communication on European Contract Law», *http://europa.eu.int./commm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.* B. GROSSFELD y K. BILDA, «Europäische...», *loc.cit.*, p. 431; H. HEISS, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 54; E. HONDIUS, «Condizioni...», *loc.cit.*, p. 45; C. JAMIN, «Un droit...», *loc.cit., op.cit.*, p. 43; C. JOERGES, «Interactive Adjudication...», *loc.cit.*, p. 5; O. LANDO, «Why...», *loc.cit.*, p. 529; Id.: «The Principles...», *loc.cit., op.cit.*, p. 74; Id.: «Die Reglen...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 568-569; P. LEGRAND, «Sens et non-sens d'un Code civil européen», *Rev.int.dr.comp.*, 1996, pp. 779-812, reproducido en inglés con el título «Against a European Civil Code», *Modern Law Review*, vol. 60, 1997, pp. 44-63; *Id.* «European Legal Systems are Not Converging», *I.C.L.Q.*, vol. 45, 1996, pp. 52-81; Id.: «Le primat de la culture», *Le droit privé européen*, París, 1998, pp. 1-19; Id.: «La leçon d'Apollinaire», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, París, 2001, pp. 37-56; Id.: «On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unseasonable Observations», *ERPL*, 2002, pp. 61-76; U. MATTEI y A. DI ROBILANT, «The Art ans Science of critical Scholarship. Postmodernism and International Style in the Legal Architecure of Europe», *ERPL*, 2002/1, pp. 29-59; P.C. MÜLLER-GRAFF, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 19; F. RITTNER, «Das Projekt...», *loc.cit.*, pp. 26-27; O. SANDROCK: «Das Privatrecht...», *loc.cit.*, p. 7; C. SCHMID, «Anfänge...», *loc.cit.*, p. 215; K. SCHURIG, «Europäisches...», *loc.cit., op.cit.*, p. 1.111; A.V.M. STRUYCKEN, «Les conséquences...», *loc.cit.*, pp. 281-282; M. ZULEEG, «Rechtsangleichung...», *loc.cit.*, p. 512. Resulta particularmente gráfico el resultado citado por D. HOWARTH en relación con una encuesta efectuadas a jóvenes alemanes e ingleses acerca del significado del Derecho, cuyas respectivas contestaciones no guardan ni la semejanza más remota. El autor comparte la relevancia de las diferencias culturales, sin llegar a posiciones extremas como las de P. LEGRAND (*vid.* «The General...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 408-416). En un estudio más cercano al trabajo de campo, P. NEBBIA pone de relieve como, a la hora de adaptar la Directiva 93/13, las distintas vicisitudes en el Reino Unido e Italia demuestran que, más que las palabras o los conceptos, son relevantes las distintas tradiciones y mentalidades (*vid.* «Unfair Terms in Consumer Contracts: An Anglo-Italian Comparison», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, 2000, pp. 179-188). Finalmente, el propio gobierno británico recoge este argumento para justificar sus propuestas contrarias radicalmente a un Código Civil europeo: *http://europa.eu.int./commm/consumers/policy/developments/contract_l.../governments_en.htm.*

Otros autores mantienen un criterio más relativista, que permite abundar en la idea de una cultura jurídica europea [71]. Así G. Alpa señala que «por supuesto es cierto que el sistema jurídico es una de las características fundamentales de un país, pero también lo es que se puede renunciar fácilmente a ello y que su existencia sólo es relevante y evidente para los juristas. Hablando en términos realistas, el ciudadano ordinario no lo considera un rasgo característico» [72]. O. Lando se fija en el hecho de que las resistencias culturales con características de cada proceso codificador, siendo consustanciales a cualquier revolución [73]. Finalmente algunos niegan toda virtualidad a este valor: en unas ocasiones se critican las posturas de autores como P. Legrand considerando sus fundamentos como meras caricaturas o estereotipos ya superados [74], llegando incluso al insulto o al tratamiento xenófobo, recordatorio del origen del profesor no europeo (franco-canadiense) de la Universidad de Tilburg y La Sorbona [75]; en otras se acentúa la creciente interpenetración cultural, especialmente en las prácticas jurídicas, que les lleva a seguir con el juego de comparaciones gastronómicas llamando la atención sobre el gran número de restaurantes italianos en Londres [76]. El ejemplo tal vez no es muy afortunado. Sin ánimo de ofender, la permeabilidad inglesa hacia otras cocinas europeas no extraña mucho, habida cuenta de la peculiar cultura culinaria británica. Pero T. Koopmans afirma que la cuestión no es que haya tradiciones, sino qué tradiciones conviene mantener. Y añade la facilidad con que se ha importado de Inglaterra el *leasing* o el *franchising* por su utilidad. Pero la cuestión que plantea Koopmans es un arma de doble filo. El problema no es que existan tradiciones nacionales prescindibles o sustituibles por criterios ajenos, circunstancia en la que estamos plenamente de acuerdo. Si no a quién compete la decisión de abandonar tales tradiciones. En el ámbito jurídico, la preeminencia de un modelo cultural nacional no tiene tanto que

[71] *Vid.* los desarrollos críticos de S. LEIBLE, *op.cit.*, §9.B.II.

[72] *Vid.* «European Community...», *loc.cit.*, p. 330.

[73] *Vid.* «Die Regeln...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 568-569.

[74] *Cf.* A. CHAMBOREDON, «The Debate on a European Civil Code. For an "Open Texture"», *The Harmonisation of an European Private Law*, Oxford, 2000, pp. 66 ss.

[75] *Cf.* M. VAN HOECKE: «The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, 2000, pp. 1-9, esp. p. 2.

[76] *Vid.* T. KOOPMANS, «Towards...», *loc.cit.*, p. 544.



ver, en la práctica legislativa comunitaria, con la bondad intrínseca del modelo, como con la fuerza política del país que lo suministra. Siguiendo con las metáforas, si en la Unión Europea se discutiera el modelo de cocina europea, lo más probable es que el debate se centrara entre la cocina inglesa o alemana, ante el pavor de los países de sur, acostumbrados a una tradición culinaria más sana y sabrosa, que compensa la tendencia mediterránea a otros vicios menos saludables. Precisamente, si el *leasing* se ha introducido en la Europa continental ha sido gracias a la práctica comercial y a su eficacia, y es una buena muestra de cómo la unificación puede realizarse, de forma natural, desde abajo, y no como una imposición. Por eso, incluso en España, también nos hemos aficionado a la comida oriental, y no nos desagrada un buen pollo al curry, pero sin prescindir de la paella, la fabada, el gazpacho, el botillo, el cocido, las cocotxas o la butifarra... y un buen Rioja. En otros casos, la crítica del argumento de la identidad nacional se centra en la pura comodidad de los operadores, acostumbrados a prácticas conocidas, y que con su actitud provinciana, en defensa de la eficiencia de la rutina interna, no reparan en que la multiplicidad de rutinas repercute negativamente en la eficiencia transnacional [77]. La crítica es compartida, pero el que puedan darse actitudes como la señalada no impide que la valoración de un modelo legal tenga mucho que ver con la identificación cultural, y que esté justificada la reserva de abandonar un modo de entender y vivir el Derecho privado para ser sustituido por otro incierto, particularmente si encuentra su origen en el poder legislativo institucional de las Comunidades Europeas.

## B. El postulado de la diversidad jurídica europea

154. La idea del *ius commune* medieval aparece de forma recurrente cuando se trata de un futuro DPE, pese a que los contextos históricos son difícilmente extrapolables [78]. Conviene reseñar que el

[77] *Cf.* U. MATTEI, «A Transaction...», *loc.cit.*, p. 359.

[78] *Vid.* sobre la impropiedad de vincular al *ius commune* con la idea de un DPE, G. PUGLIESE, «Aspetti del diritto commune europeo», *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, t. II, Milán, 1994, pp. 1077-1101.

*ius commune* se refiere a una época en que concurrían unas fuentes, una enseñanza y una literatura jurídicas comunes, articuladas a través de un grupo social especial de juristas en el marco de una lengua común —el latín— al servicio de una cultura compartida. Los restos de esa realidad se disolvieron durante los siglos XVIII y XIX no tanto por el fruto de las codificaciones, sino como resultado de una nueva realidad política y social, de la que las codificaciones no fueron sino un reflejo [79].

El recurso a la historia, evocando el viejo «*ius commune*», no resulta un argumento excesivamente convincente para negar la diversidad jurídica europea. De hecho, si de raíces históricas se trata, no parece que exista obstáculo alguno para afirmar la unidad jurídica de Europa, América, Australia y algunos otros teritorios asiáticos y africanos. Pero centrándonos en el propio *ius commune*, existen posturas doctrinales muy fundadas que niegan la real universalidad histórica del *ius commune*, y especialmente la verdadera relevancia del mismo en los países tributarios del *common law* [80]. Cabría discutir, además, el propio papel que jugó el *ius commune* como instrumento político de una Edad oscura de Imperio y Papado. Muy gráficamente, K. Luig obliga a descartar cualquier aproximación nostálgica: al mismo tiempo que existía una cualificación jurídica transnacional, se quemaban herejes; si esto era así «¿cómo podemos exigir que la vieja educación jurídica sea restaurada, pero no la práctica de quemar herejes?» [81]. La abrupta comparación es muy explícita de la dependencia del contexto histórico de una determinada realidad jurídica.

Dejando para otro momento el análisis de un DPE de base doctrinal, no se trata ahora de analizar el *ius commune* como un ejemplo histórico de unidad jurídica europea. A la vista de la situación actual, compete analizar en qué medida un Código civil europeo o una unificación «desde arriba» del DPE se compadece con el principio de proporcionalidad. Para llegar a esta conclusión, es preciso demostrar la inexistencia o escasa relevancia de la diversidad jurídica europea y de las identidades jurídicas nacionales. Al realizar esta valoración, es indudable que estamos valorando al mismo tiempo la pervivencia real del viejo *ius commune*.

155. Como punto de partida, las clasificaciones al uso del Derecho comparado nos suministra la constatación de un hecho: la convivencia en el marco europeo de cinco familias jurídicas características: romanista, germánica, escandinava, angloamericana y socialista [82].

[79] Para una perspectiva histórica, resulta imprescindible la obra de H. Coing, *Europäisches Privatrecht. 1500 bis 1800*, Munich, t. I, 1985, tomo II, 1989. Su traducción al español asimismo en dos volúmenes, con el título *Derecho privado europeo* y traducción de A. Pérez Martín aparece editada en Madrid en 1996 por la Fundación Cultural del Notariado.

[80] Autores renombrados, como H. Coing, han señalado que la tradición romano-canónica sólo aparece de forma esencialmente pareja en su intensidad en Italia, España, Francia, Portugal, Bélgica, Alemania y los Países Bajos, quedando muy marginados de dicha corriente sistemas como el griego, el danés, el inglés o el irlandés (*vid.* «Europäisierung...», *loc.cit.*, p. 949). El autor alemán ya había puesto de relieve la diversidad en la implantación geográfica del *ius commune* en su obra magna (*Vid. Derecho privado europeo*, t. I, Madrid, 1996, p. 39). Frente a ello, los nostálgicos de un nuevo *ius commune* esencialmente idéntico al medieval, suelen aludir al mito del *common law* (*ad.ex.* R. Zimmermann, «Civil Code...», *loc.cit.*, p. 80; *Id.*, «Roman Law...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 34). Por lo general, no suelen ser británicos.



[81] *Vid.* «The History of Roman Private Law and the Unification of European Law», *ZEuP*, 1997, p. 407. En este sugestivo estudio, K. Luig pone de relieve la instrumentalización de la Historia del Derecho con fines políticos, comparando los estudios sobre el Derecho del nazismo, orientado hacia la erradicación de una repetición de la terrible experiencia histórica, con los del Derecho medieval, articulados a favor de la idea, sin duda más dulce, de la unificación del Derecho privado en Europa (p. 408).

[82] Tampoco existe unanimidad a la hora de adscribir los sistemas estatales a cada una de estas familias. El *common law* incluye sin duda a Inglaterra, Irlanda, Gales e Ir-

Las cuatro primeras representan un peso específico en la Unión Europea, y la última, pese a cierta desnaturalización derivada de los avatares políticos más recientes, sigue presentando algunos perfiles propios y su incorporación a la Unión Europea es sólo una cuestión de pocos años.

Es cierto que parte de tales familias conservan unos orígenes históricos más o menos compartidos. También lo es que, pese a que las primeras codificaciones presentaron un sesgo más nacionalista acentuando las diferencias, la segunda y posteriores codificaciones presentaron una orientación más comparatista y sincrética, como demuestra el Código civil italiano de 1942 [83]. Sin embargo, las diferencias

landa del Norte, aunque no a Escocia, al menos de forma pura, por su especial tributo a elementos romanistas. Los sistemas escandinavos (Suecia, Noruega, Finlandia y Dinamarca) suelen ser menos contestados. Francia, España, Bélgica y Luxemburgo suelen considerarse sistemas romanistas puros, al igual que Alemania Suiza y Austria lo son germánicos. Sin embargo, Portugal, Italia, Grecia y Países Bajos, adscritos a menudo a la familia romanista, se orientan para muchos hacia un modelo más germanista, y alguno de ellos beben en parte de la tradición del *common law (vid.* al respecto la clasificación de O. REMIEN, «Illusion...», *loc.cit.*, p. 278). Algunas de estas familias presentan menos fisuras que otras. Así, la identidad de fuentes, lengua y enseñanza han sido elementos de cohesión en el *common law* y en el círculo escandinavo. En contrapartida, la familia germánica (Alemania, Austria y Suiza) presenta ciertas fisuras en dichos postulados, al igual que la romanista (*cf.* A. FLESSNER, «Rechtsvergleichung...», *loc.cit.*, pp. 244-248). Como reflejo práctico de la incidencia de estas familias, resulta muy gráfica la experiencia del juez francés P.H. TEITGEN en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recogida por A.J. ARNAUD: por una parte, los jueces italiano, español, francés, belga, luxemburgués y alemán solían coincidir es sus planteamientos iusfilosóficos. El austríaco era de un positivismo kelseniano exasperante. Los escandinavos reparaban sobre todo en las consecuencias prácticas de las resoluciones, y el inglés «era un caso a parte, siempre aislado en todos los asuntos. Y esta observación es importante... pues se trataba de un hombre de una competencia y de un rigor intelectual excepcionales...» (*cf. Pour une pensée juridique européenne*, Paris, 1991, pp. 262-263).

[83] *Cf.* U. BLAUROCK, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 270.



aparecen cuando los sistemas jurídicos entran en conflicto. Es posible que una investigación de Derecho comparado estática o simplemente fundada en planteamientos históricos pueda promover la idea de la unidad *de facto*, pese a las diferencias palpables de fuentes, idiomas, estilos, culturas y métodos. Pero no conviene olvidar que los sistemas nacionales de Derecho privado se comunican, de hecho, en los supuestos de Derecho internacional privado. La necesidad de resolver casos mediante la aplicación del Derecho extranjero, la adaptación de varios sistemas nacionales, la transposición de instituciones jurídicas creadas en el extranjero o el reconocimiento de decisiones extranjeras son un banco de pruebas real y no puramente teórico. Quienes nos dedicamos a esa disciplina no sólo nos enfrentamos diariamente a la constatación de esas diferencias esenciales en los Derechos europeos, sino que somos conscientes que son esas diferencias las que justifican la propia necesidad de un Derecho internacional privado. El hecho de que en la Unión Europea no sólo no se haya prescindido de tal sector del ordenamiento, sino que se haya fomentado un Derecho internacional privado europeo debería bastar para no minimizar la trascendencia de las disparidades de los sistemas jurídicos nacionales. Por todo ello, compartimos la opinión expresada por muchos autores en el sentido de que, pese a múltiples elementos de coincidencia, la diversidad jurídica europea persiste en la actualidad [84]. Finalmente, la posibilidad de un Derecho único exigiría afirmar la posibilidad no sólo de un lenguaje único, sino de un pensamiento único, hacia un cierto monismo político y jurídico. Frente a ello, se afirma expresamente la idea de «complejidad» [85]. La posible existencia de un general sentido común compartido no es óbi-

[84] *Vid.* C. FLINTERMAN, «European Legal Education...», *loc.cit., op.cit.*, p. 116; O. REMIEN, «Über den Stil...», *loc.cit.*, pp. 4-5; K. SCHURIG, «Europäisches...», *loc.cit., op.cit.*, p. 1.102.

[85] *Vid.* P. LEGRAND, «Against...», *loc.cit.*, p. 58.

ce para reconocer diferencias no simplemente anecdóticas. Incluso aunque quepa convenir en muchas coincidencias de fondo —y también en algunas divergencias—, las disparidades de método o puramente formales tienen asimismo un significado sustancial. Y más allá de todos los contrastes normativos o interpretativos, subyacen asimismo distintas escalas de valores y formas diferentes de comprender la realidad jurídica, al fin y al cabo distintas culturas que dotan al espacio europeo de múltiples identidades. Sin entrar siquiera a valorar si dicha multiplicidad de identidades es un activo que merecer ser conservado, lo cierto es que se encuentra jurídicamente protegida en el Derecho europeo. Con el fin de confirmar este postulado, conviene detenerse en algunas manifestaciones de dicha diversidad.

### a) *Sistema romano-germánico y* common law

156. Tal vez las mayores divergencias puedan señalarse entre el *common law* y el sistema romano-germánico. Desde un punto de vista histórico, no faltan las tesis que defienden la falsedad del tópico que asigna a cada uno de los modelos una tradición histórica divergente, por la escasa recepción en el *common law* de la tradición romano-canónica del *ius commune* [86]. Un planteamiento histórico

[86] E. ZIMMERMANN ha combatido especialmente el mito del *common law*, defendiendo el carácter «europeo» del Derecho inglés desde postulados históricos. *Vid.* «El carácter europeo del Derecho inglés. Relaciones históricas entre *civil law* y *common law*», *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, 2000, pp. 161-228 (original en alemán en *ZEuP*, 1993, pp. 4 ss.); «El legado de Savigny...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 37-42 (original en alemán en *Juristische Blätter*, 1998/5, pp. 273 ss.); «Roman Law...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 39-44; «Civil Code...», *loc.cit.*, p. 87; «Historische Verbindungen zwischen civil law und common law», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 103-125. En esencia, E. ZIMMERMANN estima que la recepción



revisionista, que cobra cada día más adeptos, parte de la inicial coincidencia histórica entre el *common law* y el sistema romano-germánico, enfatizando las semejanzas entre el Derecho romano clásico y el *common law* tradicional [87]. Las disparidades actuales traerían su origen más bien en el distanciamiento del propio sistema romano-germánico. Así, entre los siglos V al XI habría existido un auténtico Derecho común europeo basado en las costumbres germánicas latinizadas. Mientras el *common law* se mantuvo fiel a dicha tradición, el sistema romano-germánico sufriría una transformación por la recepción justinianea del siglo XII. Por otra parte, el papel de la jurisprudencia se mantendría más parejo hasta la consolidación de la regla *stare decisis* en el Reino Unido durante el siglo XIX, hecho que, unido al fenómeno de la codificación, acabaría por acrecentar las disparidades entre ambos modelos [88].

del Derecho romano, desigual asimismo en otros teritorios continentales, se produjo en las islas merced a la conquista normanda, a la influencia de autores como BRACTON, BLACKSTONE y BIRCKS, o de jueces como HALE, HOLT o MANSFIELD, así como a la labor de instituciones como los *Lords-Chancellors*, Oxford y Cambridge, *Doctor's Commons* o la *Court of Admiralty*, la propia Iglesia y los comerciantes, sin despreciar las incidencias doctrinales de autores alemanes, holandeses o franceses. *Vid.* también K. SCHURIG, «Europäisches...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 1.103-1.1.04; G. ALPA, «European Community...», *loc.cit.* p. 329; B. MARKESINIS, *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21th Century*, 1994; J. GORDLEY: «Common Law und civil Law: eine überholte Unterscheidung», *ZEuP*, 1993, pp. 498 ss. En el ámbito del Derecho procesal: M. STORME, «Das Prozeßrecht in Europa: e Diversitas Unitas?», *Festschrift für Ulrich* DROBNIG *zum siebzigsten Geburstag*, Tubinga, J.C.B. MOHR, 1998, p. 188.

[87] No debe olvidarse, además, la influencia de la tradición canónica en el *common law*. *Vid.* J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho angloamericano y Derecho canónico (las raíces canónicas de la* «Common Law»), Madrid, 1991.

[88] *Cf.* estos planteamientos en M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994; P. Stein, «Common Law and Civil Law in Historical Perspective», *ZEuP*, 1997, pp. 385-392.

157. Las divergencias actuales entre el sistema romano-germánico y el *common law* han sido con frecuencia expuestas con mayor radicalidad. Entre los planteamientos extremistas vinculados a la suerte del DPE, destacan los trabajos de P. Legrand [89], algunos de cuyos argumentos retomaremos a lo largo de este epígrafe. Pero es menester reconocer que, tal vez sin tal radicalidad, la opinión doctrinal dominante reconoce las diferencias entre ambos modelos como un inconveniente para la elaboración de un Código civil europeo [90]. Ciertamente, algunos autores, reconociendo las divergencias, minimizan su propia trascendencia o, simplemente, han considera-

[89] *Vid.* «Sens et non-sens...», *loc.cit., passim.;* Id. «Against...», *loc.cit., passim.;* Id.: «European...», *loc.cit., passim.*; Id. «Le primat...», *loc.cit., op.cit., passim.;* Id.: «On the Unbearable...», *loc.cit., passim.;* Id.: «La leçon...», *loc.cit., op.cit., passim.; Vid.* también G.H. SAMUEL y J.G.J. RINKES, «The English Law of Obligations», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 163-222; H.J. SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, p. 989; R. SCHULZE, «Allgemeine...», *loc.cit.*, pp. 448-449.

[90] *Vid.* E. HONDIUS, «Vers un droit...», *loc.cit., op.cit.*, p. 55; Id.: «Condizioni...», *loc.cit.*, p. 47; O. LANDO, «Why Codify...», *loc.cit.*, pp. 528-529; Id: «Die Regeln...», *loc.cit., op.cit.*, p. 568; H.J. SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, p. 989; S. VAN ERP, «The Pre-contractual Stage», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1999, p. 215. Parafraseando a E. HONDIUS, «todo el mundo, quizás con la exepción de ZIMMERMANN está convencido de que hay un mundo de diferencias entre estos dos sistemas legales» (*vid.* «Finding the Law and Harmonisation of Private Law in Europe», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden 1999, pp. 396-397). Muy gráficamente, con el objeto de resaltar las diferentes tradiciones jurídicas, U. MATTEI y A. DI ROBILANT comparan una hipotética conversión de los juristas suizos al *common law* con el patético intento del dictador de un país bananero, en la famosa película de Woody Allen, quien intenta modernizar al pueblo imponiendo el sueco como lengua oficial: «el jurista suizo no ha recibido como parte de su legado profesional aquello que es típico de la tradición del *common law:* el lenguaje, el arte del alegato y del interrogatorio, la taxonomía del *common law*, la particular técnica casuística, la dicotomía fundamental entre *common law* y *equity*» (*vid.* «The Art and Science...», *loc.cit.*, p. 44).



do que se trata de divergencias reductibles, incluso en diez o veinte años [91].

Es cierto que, en muchos sentidos las diferencias entre el sistema romano-germánico y el *common law* han ido reduciéndose, y se observa una gradual convergencia [92]. En concreto, si el *common law* es, tendencialmente, un Derecho cada vez más escrito, donde las fuentes legales crecen en cantidad e importancia [93], el sistema romano-germánico tiende a su vez a cierta descodificación, y a orientarse hacia un Derecho donde el desarrollo judicial desempeña un papel creciente [94]. En esta dirección, el DPC ha contribuido a una aproximación de los estilos jurídicos y de los métodos legales de ambos modelos, que algún autor ha resumido en una aproximación hacia la «jurisprudencia teleológica» [95].

[91] *Cf.* E. HONDIUS, «Condizioni generali...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 47-48; M. VAN HOECKE, «The Harmonisation...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 10-17.

[92] En expresión de B.S. MARKESINIS, *The Gradual Convergence..., op.cit., passim.* J. GORDLEY se refiere a una «diferencia evanescente» (*vid.* «Common law...», *loc.cit.*, pp. 498 ss. *Vid.* asimismo B. GROSSFELD y K. BILDA, «Europäische...», *loc.cit.*, pp. 427-428; T. KOOPMANS, «Towards...», *loc.cit.*, pp. 544-545; Id., «Towards...», *loc.cit., op.cit.*, p. 45).

[93] *Vid.* A. CHAMBOREDON, «The Debate...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 70-74.

[94] *Vid.* en este sentido G. ALPA, «European Community...», *loc.cit.*, pp. 329-330; A. CHAMBOREDON, «The Debate...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 74-81.

[95] *Vid.* R. BAKKER, «Europeanization of Law and Lawyers v. Nacional Provincialism in Legal Education», *Lagal Visions of the New Europe. Essays Celebrating the Century of the Faculty of Law. University of Liverpool*, Londres, 1993, pp. 332-334. En contestación a un estudio de H. COLLINS en que se defiende al arbitraje comercial internacional como solución más eficiente, que tiende, a la manera del *common law*, a contextualizar los casos a través de un método sustancialista (*cf.* «Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Contract Law», *ERPL*, 2000, pp. 211-235), A. CHAMBOREDON niega el tópico del formalismo del Derecho continental, si bien finalmente, en orden a la consecución de un DPE, reclama una unidad jurisprudencial con criterios interpretativos uniformes que se articulen con un verdadero sistema jurídico, so

Pero entre el *common law* y el sistema romano-germánico aún existen, efectivamente, singulares diferencias. No sólo se trata de diferencias normativas, a la postre escasamente relevantes, sino sobre todo diferencias de tradiciones y mentalidades jurídicas, amparadas en concepciones muy distintas sobre la realidad del Derecho y sus formas de conocimiento (*idiosyncratic cognitive approach to Law)* [96]. La oposición entre flexibilidad y asistematicidad de la cultura inglesa frente al formalismo y estructuralismo de la cultura alemana es algo más que un tópico. Los mismos principios generales responden en el sistema romano-germánico a un método deductivo, presentando un carácter axiomático, en tanto que en el *common law*, en virtud del método casuístico, operan más bien como «*ratio iuris*» [97]. Si los

pena de provocar una anarquía judicial que implique desintegración, de forma que resulta prioritario un sistema judicial centralizado que armonice la interpretación de normas de textura abierta (*vid.* «Form v. Substance? An Ideological Venture Beyond the Dichotomy in European Law of Contract», *ERPL*, 2000, pp. 237-247). El mismo debate entre ambos autores es un síntoma del abismo existente entre ambas culturas jurídicas.

[96] Quienes mantienen la reductibilidad de las diferencias entre el sistema romano-germánico y el *common law* suelen alegar que se trata de diferencias de método, más que sustanciales, axiológicas o de resultados finales (*ad ex.* T. KOOPMANS, «Towards...», *loc.cit.*, pp. 544-545. R. SACCO, «Il sistema del diritto privato europeo: le premesse per un Codice europeo», *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milán 1993, pp. 87-98). Ciertamente, la diferencia cultural esencial es, precisamente, el método, y lo que resulta circunstancial es si el resultado final es o no aproximadamente el mismo (*cf.* K. LIPSTEIN, «European Legal Education in the Future: Teaching the *Common Law* of Europe», *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, 1992, p. 255; O. KAHN-FREUND, «Common Law and Civil Law. Imaginary and Real Obstacles to Assimilation», en M. Cappelletti (ed.), *New perspectives for a Common Law of Europe*, Florencia, 1978, p. 150. G. PUGLIESE, «Aspetti...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 1094 ). Por ello, debe reconocerse, siguiendo a G.H. SAMUEL y J.G.J. RINKES que hará falta una nueva generación de comparatistas que superen la dicotomía axiomático-descriptiva en una nueva metodología del conocimiento en tres dimensiones (*vid.* «The English...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 222).

[97] *Vid.* R. SCHULZE, «Allgemeine...», *loc.cit.*, pp. 447-451.



ingleses se retiraron de las Conferencias de Ginebra sobre unificación del Derecho cambiario fue, entre otras cosas, por la incompatibilidad del rigor formal cambiario de la tradición alemana con los postulados de la cultura comercial inglesa. Para los ingleses, exigir la mención «letra de cambio» o establecer un plazo fijo de presentación al pago, en lugar de seguir aplicando su famoso criterio de un «*reasonable time*» era algo incompatible con su mentalidad jurídica.

Pero también las instituciones inglesas son difícilmente compatibles con la mentalidad continental. El *trust* es una buena prueba de ello, que ha dado lugar a miles de páginas y complejos convenios internacionales que tratan de permitir la transposición de esta figura a los Derechos nacionales [98]. Merced al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y comercial, adoptado sobre la base del viejo art. 220 TCE, los Estados miembros, incluida España, han incorporado una norma de competencia judicial internacional en materia de *trust* (art. 5.6.°), que utiliza como criterio básico el «domicilio» del *trust*. Ocurre, sin embargo, que el *trust* carece de personalidad jurídica, por lo que a los jueces continentales le resulta paradójico que tenga «domicilio». Desde nuestra mentalidad jurídica, es tan absurdo que un *trust* tenga domicilio como que lo tenga un contrato, un usufructo o un valor negociable. Y, sin embargo, parece que lo tiene. Para aplicar la norma, según que el *trust* sea sucesorio, sobre bienes muebles o inmuebles, acciones, o cualquier otra cosa, no queda más salida que acudir al Derecho anglosajón para que nos oriente sobre cuál es el domicilio de cada uno de estos *trusts*. Desde nuestro sistema, nos resultaría imposible determinarlo.

La reconversión conceptual operada por la pandectística sobre el modelo heredado del Derecho romano y el conjunto de categorías e instituciones resultantes difícilmente resulta digerible para el *common law*. Los ingleses, galeses o irlandeses distinguen mal el de-

[98] Con cierto simplismo, no faltan quienes encuentran fácil la analogía entre el trust y la fiducia. *Ad. ex. cf.* M. GRIMALDI y F. Barrière, «Trust ans Fiducie», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 567-582.

recho civil del mercantil, el Derecho público del privado; desconocen y omiten la trascendencia de la elección entre una *actio in rem* y una *actio in personam* [99], o entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa, tan crucial en los sistemas continentales. El concepto de «derecho subjetivo» choca con una mentalidad en que los derechos son posteriores a la decisión judicial [100], en que las normas no son cánones. Abstracción y realidad, deducción e inducción, son términos antitéticos.

Y no debe extrañar que esto ocurra en el Derecho, cuando incluso se puede predicar de una concepción distinta de las ciencias experimentales. En el continente, los principios de la ciencia requieren la formulación de teorías o leyes más o menos inmutables. En la cultura anglosajona, la fiabilidad depende del grado de reiteración empírica de unos mismos hechos. En la ciencia del Derecho, esta variante epistemológica se reproduce: para un juez continental, el método jurídico tiende a la centripetación, es un «*guardian of the Law*» y la clave de la respuesta jurídica está en la interpretación de las leyes. Para un juez inglés (galés o irlandés), «*master of the facts*», el método es centrífugo y la clave está en los hechos. *Quid iuris versus quid facti.* No es casual que las sentencias se citen en ese país por el nombre de las partes, mientras que en el continente anotamos la fecha; no es por azar que en el continente recordamos la doctrina legal del precedente, mientras que en Inglaterra se fijan en la parti-

[99] *Vid.* en particular, G. SAMUEL, «English...», *loc.cit., op.cit.*, p. 51; G. SAMUEL y J.G.J. RINKES, «The English...», *loc.cit., op.cit.*, p. 212.

[100] Enfatiza este dato J.L. DE LOS MOZOS, El Anteproyecto...», *loc.cit., op.cit.*, p. 259. De hecho, no es baladí la distinción entre derecho subjetivo y *forms (causes) of action (vid.* G.H. SAMUEL y J.G.J. RINKES, «English...», *loc.cit., op.cit.*, p. 213). En el entendimiento romano-germánico, podría decirse que tenemos una acción porque tenemos un derecho; tal vez, si la mentalidad anglosajona elaborara una concepto de derecho subjetivo, vendría a señalar que tenemos tal derecho porque tenemos una acción.



cularidad de los datos fácticos. En el razonamiento legal continental es fundamentalmente institucional («*knowing how*»), mientras que el inglés es ante todo analógico («*knowing that*»).

> Algunas de las máximas más célebres de la ciencia jurídica inglesa, que no en vano se identifica con el término «*Jurisprudence*», resultan reveladoras de lo que se acaba de decir: «Ser lógico es una excéntrica práctica continental». Lord Macmillan, en el asunto «*Reads v. Lyons*»: «La tarea de los Lores en esta Cámara es decidir casos particulares entre litigantes y no son invocados para racionalizar el Derecho de Inglaterra... La vida del Derecho no es lógica, sino experiencia», y conviene recordar que la Cámara de los Lores actúa como Tribunal casacional. B. Rudden: «El alfabeto es virtualmente el único instrumento u orden intelectual del que hace uso el *Common Law*», un alfabeto, por cierto, que desconoce la letra «ñ» [101]. Ello no impide, sin embargo, que la menor presencia del Derecho escrito implique un respeto mayor de los jueces ingleses por el tenor literal y la interpretación restrictiva de las leyes escritas, por oposición a una interpretación más abierta de los textos legales en los propios sistemas continentales [102].

158. En un terreno más concreto, los estudios de Derecho comparado, particularmente los específicamente orientados a la consecución de un Derecho europeo, han puesto de manifiesto muy a menudo las acusadas barreras existentes entre sistema romano-germánico y *common law* [103].

[101] Para otras célebres máximas en este mismo sentido *vid.* P. LEGRAND, «European...», *loc.cit.*, pp. 65-67.

[102] *Vid.* B. GROSSFELD y K. BILDA, «Europäische...», *loc.cit.*, p. 429.

[103] En el ámbito de las obligaciones, se constata la propia ausencia en el *common law* de la categoría, de importancia clave en los sistemas continentales. En concreto, en el ámbito de la responsabilidad no contractual, dichas diferencias han sido puestas de relieve por B. MARKESINIS, «General Theory of Unlawful Acts», *Towards a European Civil Code*, 1.ª ed., Nimega, 1994, pp. 285 ss. En el terreno de los derechos reales, *vid.* A. GAMBARO, «European Aspects...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 80-81.

La propia noción de «obligación» resulta extraña al operador inglés [104]. En materia contractual, la obligación de buena fe en las negociaciones de un contrato, algo aparentemente tan principial, tiende a ser obviada por la jurisprudencia inglesa [105]. La doctrina del error como vicio del consentimiento contractual es asimis-

[104] *Vid.* G.H. SAMUEL y J.G.J. RINKES, «The English...», *loc.cit., op.cit.*, p. 213.

[105] *Cf.* E. HONDIUS, «Towards...», *loc.cit., op.cit.*, p. 14; S. VAN ERP reproduce un pasaje categórico de la jurisprudencia de la *House of Lords* en el asunto «*Walford v. Miles*» (1979): «Una obligación de negociar de buena fe es impracticable pues es intrínsecamente incompatible con la posición de una parte en la negociación» (*cf.* «The Precontractual...», *loc.cit., op.cit.*, p. 211). La razón del escaso predicamento que la buena fe negocial encuentra en la jurisprudencia inglesa tiene mucho que ver con la predilección británica por la seguridad jurídica y la previsibilidad, que podrían verse afectadas por un criterio tan subjetivo y difícil de predeterminar *a priori* (*cf.* H. KÖTZ, «The Common Core of European Private Law. Third General Meeting, Trento 17-19 July 1997», *ERPL*, 1997, pp. 550-552; Id. «How to Achieve...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 17-18, citando a R.M. GOODE). Lo cierto es que la perspectiva, no solo del Derecho inglés, sino también de la familia jurídica escandinava, acerca de conceptos como la mala fe o la deslealtad es mucho más limitada que en la Europa romano-germánica (*vid.* T. WILHELMSSON, «Standard Form Conditions», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 262-265). En torno a esta cuestión resulta relevador el estudio de M. HESSELINK, «Good Faith», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 285-310. Se demuestra que, en la práctica, puede haber cierta convergencia entre el sistema romano-germánico y el *common law*, pero la disparidad reaparece al determinar la necesidad de expresar o no esa idea común en un texto legal, mostrando las diferentes mentalidades: «si el papel del juez como creador del Derecho es plenamente reconocido, no es precisa regla alguna general sobre la buena fe en un Código o *restatement* de DPE... Si, en cambio, existen aún algunas dudas acerca de las potestades del Tribunal, una regla general de buena fe podría ser muy útil para garantizar que el juez pueda crear nuevas reglas» (*Ibíd.*, p. 309). Igualmente aconsejables son las reflexiones de G. TEUBNER al respecto: Un uso flexible, a la manera continental, de la «buena fe» en el *common law* es impensable una vez que se le de una expresión positiva en un Código o en los PDCE, dado que existe una necesidad consustancial a la mentalidad anglosajona en orden a concretar de forma muy positiva los textos escritos. De ahí que quepa hablar de nuevas «disonancias» provenientes de la armonización y de la irritación inglesa por el concepto de buena fe; a la postre, la *good faith* nunca podrá ser equivalen-



mo mucho más restrictiva en el Derecho inglés [106] y diferencial su tratamiento de las estipulaciones que afectan a terceros [107]. En cambio, la predisposición del sistema inglés a prescindir de la *consideration*, similar a la de los países romanistas a deshacerse de la causa, a favor de un modelo más abstracto, no resuelve ni facilita otras cuestiones relativas al alcance vinculante y la obligatoriedad del contrato [108]. Las divergencias son asimismo reconocidas por los majores comparatistas del Derecho de daños, por más que encuentren posibilidades para una convergencia [109]. No falta, sin embargo, quien considera, no sin cierta razón, que las divergencias más notables se encuentran en el ámbito de la propiedad y de los derechos reales [110], cuya especial raigambre histórica en un concreto modelo territorial afectado por la institución monárquica explica asimismo la propia espacialidad del Derecho procesal y su papel central en la teoría jurídica inglesa. Las divergencias en los principios se traducen en este ámbito en aspectos tales como los cauces de pro-

te al concepto alemán de *Treu und Glauben*, pues la primera se especializa *ad hoc*, en tanto que la segunda se materializa a través de una sistematización y de funciones y principios abstractos más generales. *Vid.* «Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law ends up in New Divergences», *The Europeanisation of Law (The Legal Effects of European Integration)*, Oxford, 2000, pp. 253-258.

[106] *Vid.* M. FABRE-MAGNAU, «Defect of Consent in Contract Law», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 223.

[107] Frente al modelo alemán, que reconoce muchos efectos del contrato frente a terceros, el modelo inglés o irlandés, basado en el principio de «*privity of contract*» apenas reconoce efectos frente a terceros (*cf.* «*Tweddle v. Atkinson*», *1861*). Para E. DU PERRON, ello no significa que no sea possible una aproximación, sobre todo si se parte del principio de relatividad (*privity*) del contrato, como un principio más que como una norma (*vid.* «Contract and Third Parties», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 326).

[108] *Vid.* M. STORME, «The Binding Character of Contracts – Causa and Consideration», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 239.

[109] *Vid.* C. VON BAR, «Vicarious Liability», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 431-447; E. HONDIUS, «Vers un droit...», *loc.cit., op.cit.*, p. 55. El sistema romano-germánico se opone, en este caso, al modelo escandinavo y al *common law*.

[110] *Vid.* G. SAMUEL, *loc.cit., op.cit.*, pp. 52-58.

tección de la propiedad, vinculados al sector de la responsabilidad por daños en el *common law*, en contraste con la fórmula continental de la *reivindicatio* [111].

Tales barreras no siempre tienen que ver con las raíces históricas de cada sistema, sino también, en un sentido más amplio, con condicionantes sociológicos y económicos. H. Kötz [112] señala con acierto cómo las diferencias entre el Derecho contractual inglés, el alemán, el francés o el australiano, se explican por la construcción jurisprudencial de una «teoría general» sobre la base de los tipos de casos litigiosos que la jurisprudencia ha venido resolviendo. Así, puede decirse que el Derecho contractual inglés, ciertamente el más cosmopolita, se ha decantado sobre una jurisprudencia que versa sobre grandes contratos, comúnmente internacionales; el Derecho contractual alemán se erige sobre la práctica jurisprudencial referida a contratos de consumo; los modelos contractuales australiano y francés se asientan sobre el prototipo del contrato rústico, característico de una sociedad agraria. En suma, cada Derecho contractual se contruye preferentemente sobre el modelo de un mercado o sociedad de comerciantes (Inglaterra), consumidores (Alemania) o agricultores (Francia y Australia). De un modo muy parecido, G. Teubner ha mostrado cómo el concepto de «buena fe» alemán se encuentra íntimanente vinculado a una economía de mercado que demonina «*business-coordinated*» [113], que propicia la buena fe como móvil jurídico de la colaboración. En contrapartida, el modelo económico inglés no sería «*business-coordinated*», ni precisaría una función del concepto de buena fe en consonancia, como demuestra el hecho, entre

[111] *Vid.* A. GAMBARO, «Perspectives...», *loc.cit.*, p. 502. *Vid.* del mismo autor «European Aspects...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 80.

[112] *Vid.* H. KÖTZ, «How to Achieve...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 19-21.

[113] *Vid.* un desarrollo de esta idea con varios ejemplos en «Legal Irritants....», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 259-266.



otros, de que las condiciones generales de la contratación no se conecten en modo alguno con el rol de las «asociaciones profesionales».

159. Es cierto que las diferencias se van limando progresivamente y que existe una clara convergencia entre ambos modelos jurídicos. También parece exagerada la radicalidad con que algunos autores exponen las diferencias. Pero éstas existen, aunque sea en un grado menor, y perfilan dos culturas jurídicas aún suficientemente caracterizadas y autónomas. En realidad, es preciso reconocer que muchos defensores del DPE plantean una propuesta de identificación entre sistema romano-germánico y *common law*, que parte del postulado o pretende el resultado de convertir el *common law* en sistema romano-germánico más que a la inversa [114]. Desde el continente, las divergencias entre sistema romano-germánico y *common law* se han minimizado con un talante muchas veces prepotente, que lleva acompañado un juicio implícito o incluso explícito sobre la presunta inferioridad del *common law*, impregnado de imperialismo cultural [115]. Dicha actitud no hace presagiar nada bueno, y en todo caso explica la reserva y justas cautelas con que autores como Legrand o Markesinis han defendido la idiosincrasia del sistema jurídico inglés. Frente a tal propósito, el ejemplo de Québec, como islote del sistema romano-germánico en el Derecho canadiense, es digno de tenerse en cuenta. Se ha puesto de manifiesto como, pese a tratarse de un Estado donde los impulsos armonizadores son notables, el sistema

[114] G. BETLEM plantea biertamente esta cuestión, al entender que el debate y el asunto más controvertido de la codificación del DPE es la abolición efectiva de la tradición del *common law* en el Reino Unido e Irlanda (*vid.* «Liability for Damage to the Environment», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 473).

[115] Precisamente, se estaría pretendiendo una «civilización» en el más amplio de los sentidos.

romano-germánico de Québec se mantiene sobre el pilar de la identidad cultural propia, al mismo nivel que la lengua, prevaleciendo los valores culturales sobre las ventajas de la unificación [116]. Louisiana vendría a ser el paradigma de dicha resistencia en los Estados Unidos, pese a que, aunque sólo recientemente, ha acabado de incorporarse con algunas salvedades al *Uniform Commercial Code*.

Desde luego, siempre podría optarse por hacer un Derecho privado europeo prescindiendo de los británicos, al igual que se ha hecho con la unificación monetaria y el Euro. Pero, en nuestro caso, existe un pequeño inconveniente práctico: la primacía de la cultura inglesa en el comercio internacional es evidente, sobre todo porque buena parte de los litigios se resuelve en Londres. El protagonismo de la *city* en el ámbito de los intercambios comerciales internacionales no permite, en este caso, prescindir de su singular —y admirable— aportación cultural [117].

Puede resultar gráfico, a título puramente ejemplificativo, recordar el supuesto que dio lugar a la *Sent. TJCE de 16 de marzo de 1999 (As. C-169/95: «Trasporti Castelleti»):* se trataba de un litigio relativo a la indemnización de los perjuicios supuestamente causados con ocasión de la descarga de diversas partidas de mercancías transportadas de Argentina a Italia en régimen de conocimiento de embarque, entre Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA, con domicilio social en Milán, a la que fueron entregadas las mercancías, y Hugo Trumpy SpA, con domicilio social en Génova, considerada en su condición de consignataria del buque y del porteador Lauritzen Reefers A/S, con domicilio social en Copenhague. Pues bien, como en tantos otros, este contrato, redactado en inglés, sometía el litigio a los Tribunales ingleses y el contrato al Derecho inglés.

[116] *Vid.* V. HUGHES, «Harmonization of Private Rules between Civil and Common Law Jurisdictions: A Canadian Perspective», *Droit contemporain*, 1992, p. 93; G. GOLDSTEIN, «L'expérience canadienne», *Le droit privé européen*, París, 1998, p. 170.

[117] *Vid.* en este sentido H. KÖTZ, «The Common Core...», *loc.cit.*, pp. 550-552; Id. «How to Achieve...», *loc.cit., op.cit.*, p. 18.



Por último, no debe olvidarse que, aún conviniendo acerca de la necesidad de una aproximación o unificación de los Derechos nacionales, las diferencias entre el sistema romano-germánico y el *common law* reaparecen a la hora de determinar el cauce más adecuado. Frente a la facilidad con que el primero se inclina por fórmulas codificadoras más duras, el *common law* aparece siempre atrincherado en soluciones blandas, incluso no escritas en la medida de lo posible [118].

### b) *Diferencias en los sistemas continentales*

160. Las diferencias existen asimismo entre los distintos sistemas continentales, por más que no sean tan irreductibles como las propias del *common law*. En buena medida, las divergencias presentan asimismo una raíz histórica, por el distinto grado que la recepción del Derecho romano-canónico tuvo en los distintos territorios europeos continentales [119]. Pero existen distanciamientos que obede-

[118] El propio G. GANDOLFI, uno de los adalides de la codificación más clásica reconoce las dificultades de que los países del *common law* acepten una codificación relativa a un sector completo del Derecho, como puede ser el Derecho contractual («sería inconcebible»). La experiencia histórica del fracaso estrepitoso del Proyecto McGregor, por falta de entendimiento entre las comisiones inglesa y escocesa avala este planteamiento. *Vid.* «Per un codice europeo dei contratti», *Riv.trim.dr.proc.civ.*, 1995, pp. 790-791 (que reproduce «Pour un code européen des contrats», *Rev.trim.dr.civ.*, 1992, pp. 707-736).

[119] A juicio de F. RANIERI, en los propios sistemas continentales, la diversificación en la recepción del Derecho romano conllevó una diversidad de estilos en la práctica jurídica y en la enseñanza universitaria, causante, a la postre, de distintas mentalidades y graves riesgos de interpretación deforme del Derecho uniforme (*vid.* «Juristische Arbeitsstile in historischem Vergleich: beschlennigende Faktoren oder hindernisse einer

cen a fenómenos históricos más recientes. Así, en los países candidatos a formar parte de la Unión Europea, que se mantuvieron durante muchas décadas en la órbita socialista, se detecta un déficit evolutivo que ha anclado su mentalidad jurídica en el positivismo formalista, en una jurisprudencia inhabilitada para el desarrollo judicial y la creatividad jurídica alcanzada en los países del Oeste del continente [120]. Esta diversidad de influencias provoca que, incluso dentro de una misma familia jurídica, puedan oponerse principios tan opuestos como la abstracción y la causalidad de las obligaciones, que enfrentan, respectivamente, al sistema alemán con el austríaco [121]. También justifica ciertas asociaciones entre familias jurídicas, ya señaladas en algunas coincidencias entre el *common law* y sistemas escandinavos [122].

161. En el ámbito de las obligaciones contractuales, la tensión entre abstracción y causalidad es uno de los elementos diferenciales característicos, cuya influencia hizo fracasar el Derecho uniforme ginebrino sobre letra de cambio. En efecto, retirados los británicos por su repugnancia hacia el modelo germánico, cuyo formalismo inspira el Derecho ginebrino, la presencia de Francia y de otros países causalistas sólo fue posible mediante la adopción de un texto transaccional que admitía innumerables reservas, y excluía de la regulación aspectos tan fundamentales como la provisión. El resultado de la mal llamada «Ley Uniforme» fue sumamente expresivo, y

europäischen Rechtseinheit», *Il diritto privato europeo: problemi e perspettive*, Milán, 1993, pp. 59-68). Del mismo autor: «Alle origini del diritto civile europeo. Alcune osservazioni sui rapporti tra Pandettistica tedesca e civilistica italiana in tema di negozio giuridico», *Europa e diritto privato*, vol. 3, 2000, pp. 805-831.

[120] *Vid.* E. HONDIUS, «Finding the Law...», *loc.cit., op.cit.*, p. 398.

[121] *Vid.* K. SHURIG, «Europäisches...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 1.004-1005.

[122] *Vid.* T. WILHELMSSON, *loc.cit., op.cit.*, pp. 262-265.



magistralmente calificado por F. Ferrara como «Ley deforme» [123]: diecinueve Estados se obligaron por el Derecho ginebrino y promulgaron sus respectivas leyes cambiarias; si se realiza una comparación entre estas leyes, resulta imposible hallar siquiera sólo dos que sean semejantes. En particular, el Derecho cambiario alemán y el francés, ambos suscriptores del «Derecho uniforme» siguen sin parecerse hoy. En realidad, mas allá de la tendencia a la abstracción del DPE en materia de contratos, reflejado en el propio DPC (*«Marleasing»*) o en los PDCE, la cultura «causalista» presenta una incidencia global en el sistema jurídico que no se resuelve eliminando la ilicitud de la causa o la propia causa como condición de validez del contrato [124].

Al margen de esta diferencia sustancial, en el ámbito de la contratación existen divergencias acusadas entre los sistemas continentales, incluso entre los más próximos. Baste señalar, a título de ejemplo, la diferente forma de concebir y apreciar el abuso de derecho en materia contractual que se desprende de un estudio de los sistemas francés y belga [125]. En un marco de comparación más amplio, las divergencias acerca del *hardship* son particularmente elocuentes [126]. A ellas añade el propio R. Zimmermann divergencias relativas a cuestiones como la responsabilidad por incumplimiento, la mora del deudor o el precio cierto [127].

Las diferencias de principio sobre la causalidad y la abstracción de las obligaciones permiten poner de relieve otro significativo ejem-

[123] «La legge difforme cambiaria», *Titoli di credito. Le Banche e le operazioni di banca*, Milán, 1977, pp. 41-81.

[124] *Vid.* especialmente las reflexiones de V. BASAN y W. MINCKE, «Europa sine causa?», *ZEuP*, 1997, pp. 599-614.

[125] *Vid.* C. JAMIN, «Un droit européen...», *loc.cit., op.cit.*, p. 42.

[126] *Vid.* D. TALLON, «Hardship», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 330-331.

[127] *Vid.* «El legado...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 47-49.

plo: el enriquecimiento injusto o «enriquecimiento sin causa». La institución, en los sistemas causalistas, presenta una utilidad puramente residual, mientras que en los sistemas germanistas es una pieza clave de equilibrio del principio de abstracción. La misma institución, a menudo calificada como cuasi-contrato, cumple una función diametralmente opuesta en los sistemas causalistas y en los sistemas abstractos, por lo que su unificación legal resulta imposible sin una previa unificación de principios tan arraigados como la abstracción o la causalidad de las obligaciones.

Si nos desplazamos al ámbito de la responsabilidad por daños, encontramos asimismo diferencias de fondo que van más allá de la simple dicotomía entre el *common law* y los sistemas romano-germánicos: el concepto de ilicitud o culpa presenta una relevancia determinante en sistemas como el alemán o el inglés, en tanto que no es esencial para caracterizar la responsabilidad por daños en Francia [128].

No muy lejos de los principios de abstracción y causalidad, el régimen de la transferencia de la propiedad, como es bien sabido, divide a los sistemas europeos según que la transmisión opere *solo* consensu, mediante la traditio, o exigiendo incluso un acuerdo específio de transferencia. En este terreno, podemos observar al Derecho inglés muy cerca del francés, mientras en un bando opuesto militan escoceses y españoles [129]. La abstracción y la causalidad de las obligaciones repercute igualmente en el ámbito de los derechos reales accesorios, particularmente en los derechos de garantía, por cuanto su propia existencia se somete a condiciones variables según el principio que escojamos. Pero al margen de esta apreciación, resulta cómico plantearse la unificación en Europea del régimen de los derechos reales. Básicamente, un sistema de derechos reales se define por la elección de unos principios maestros que oponen varios pares de conceptos: tipicidad/atipicidad, abstracción/causalidad, publicidad/carácter oculto, identificabilidad/no identificabilidad, validez/invalidez del pacto comisorio. El sistema alemán se caracteriza por los principios de atipicidad, abstracción, carácter oculto, no identificabilidad y validez del pacto comisorio. El sistema español se construye sobre los principios de tipicidad, causalidad, publicidad, identificabilidad y prohibición del pacto comisorio. El sistema alemán está más cerca, en este ámbito, del sistema inglés que del sistema español. Aunque pueda existir una cierta aproximación, mínima en todo caso, ¿puede mantenerse con seriedad la identidad de los Derechos continentales en materia de bienes? [130]. La propuesta de superar tales abismos mediante la creación de una eurohipoteca es, en sí misma, reveladora [131].

También el Derecho procesal presenta evidentes variantes en el continente, a menudo dentro de un mismo Estado [132]. Y los ejemplos podrían multiplicarse.

[128] *Vid.* D. HOWARTH, *loc.cit., op.cit.,* p. 397.

[129] *Vid.* U. DROBNIG, «Transfer of Property», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 495-510.



### c) *Diversidad lingüística*

162. Como hemos visto, las diferencias jurídicas son esencialmente culturales. Y esto explica que incluso con normas comunes

[130] *Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, Madrid, 1993, pp. 36-49.

[131] En este sentido, H. WEHRENS, «Real Security Regarding Immovable Objects – Reflection on a Euro-Mortgage», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, p. 556.

[132] *Vid.* W. HABSCHIED, «Die Europäisierung...», *loc.cit., op.cit.*, p. 543; M. STORME, «Procedural Consequences...», *loc.cit., op.cit.*, p. 83.

no pueda hablarse de un Derecho común. Una ley común no garantiza un pensamiento común, un Derecho común [133]. La interpretación de las mismas normas siempre va a ser diferente [134]. Cuando se genera un texto de Derecho uniforme, no se garantiza un metadiscurso común, una misma «precomprensión» *(Vorveständnis)* en el sentido empleado en la metodología jurídica alemana. Esta circunstancia no sólo viene propiciada por las diferentes mentalidades jurídicas, sino también, y en muy buena medida, por las diferencias idiomáticas [135]. Una de las diferencias esenciales entre cómo se plantea la cuestión hoy en día y la falta de analogía con el viejo *ius commune* es, junto a la discusión de la unidad o pluralidad cultural, el hecho cierto de la diversidad lingüística [136]. En la época del viejo *ius commune*, el latín ejercía de *lingua franca* y proporcionaba una estructura de pensamiento compartida. Indudablemente, la diversidad lingüística europea no permite contar con semejante ventaja histórica, que hoy sí resulta ponderable en procesos de unificación en el Reino Unido o los Estados Unidos de América.

La preeminencia del inglés como lengua de trabajo y difusión científica, además de su singular relevancia en el sector de la contratación internacional, no resuelve el problema lingüístico ni convierte a la lengua de Shakespeare en una *lingua franca* para la codificación del DPE [137]. A diferencia del latín medieval, el inglés no

[133] *Cf.* A. GAMBARO, «Iura et leges...», *loc.cit.*, p. 995.

[134] Sobre las especiales dificultades de interpretación que provocaría el Derecho privado europeo, *vid.* R. SCHULZE, «Le droit privé...», *loc.cit.*, p. 31.

[135] *Vid.* D. MARTINY, «Babylon in Brüssel», *ZeuP*, 1998, p. 231.

[136] *Vid.* E. HONDIUS, «Condizioni generali...», *loc.cit., op.cit.*, p. 48. Sobre el círculo vicioso «Derecho-lengua-cultura-lengua-Derecho», *vid.* M.J. CAMPANA, «Vers un langage...», *loc.cit.*, pp. 35-36.

[137] No han faltado autores, sin embargo, que aboguen por el idioma inglés o inglés/francés como solución factible de los problemas derivados de la diversidad lingüística (*vid.* G. ALPA, «European Community...», *loc.cit.*, p. 332; N. URBAN, «One legal



puede desempeñar el papel de una lengua universal en el marco europeo, que ampare una sóla versión lingüística de las leyes comunes europeas que deberán ser conocidas y aplicadas por jueces, abogados y particulares. Parece fácil comprender la necesidad de que tales leyes sean traducidas a las distintas lenguas que coexisten en Europa, incluso cuando el lenguaje de origen pudiera ser uno sólo en algunos casos. Y, con ello, no se resolverían los problemas que derivan de la diversidad lingüística para el DPE. Por lo demás, resulta más que dudoso que razones prácticas puedan sobreponerse a los valores de la diversidad lingüística, evidenciados en la co-oficialidad en la Unión Europea de las distintas lenguas nacionales [138]. La

language...», *loc.cit.*, pp. 51-57). Resulta paradójico que algunos de los «unionistas» defiendan al mismo tiempo la falta de idiosincrasia del *common law*, y su natural reconducción hacia el *sistema romano-germánico*, heredero del *ius commune*. Con ello, nos encontraríamos ante la curiosa situación de un Derecho europeo de raíz continental expresado en una lengua, la inglesa, que es la más distante de su mentalidad, y que no se habla en ningun lugar del continente (salvo en Gibraltar). Acaso este extraño maridaje pueda resultar afortunado en un sector como el de la contratación internacional, pero no parece excesivamente coherente fuera de él.

[138] Comparten el escepticismo acerca de un DPE expresado en una sola lengua, apoyan la conveniencia de la diversidad lingüística por contribuir a mejorar la calidad de los textos legales, o recomiendan una formación jurídica europea de carácter políglota: E. HONDIUS, «Towards...», *loc.cit., op.cit.*, p. 18; Id.: «Condizioni...», *loc.cit.*, p. 48; R. BAKKER, «Europeanization...», *loc.cit., op.cit.*, p. 344; M. J. CAMPANA, «Vers un langage...», *loc.cit.*, pp. 35-37; H. COING, «Europäisierung...», *loc.cit.*, p. 940; W.F. EBKE, «Unternehmensrechtsangleichung...», *loc.cit., op.cit.*, p. 191; A. FLESSNER, «Rechtsvereinheitlichung...», *loc.cit.*, pp. 257-258; B. GROSSFELD y K. BILDA, «Europäische...». *loc.cit.*, pp. 429-430; K.D. KERAMEUS, «Problems...», *loc.cit.*, p. 480; D. MARTINY, «Babylon...», *loc.cit., passim.*; O. REMIEN, «Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze», *Rabels Z.*, 1992, p. 307; Id. « Über den Stil...», *loc.cit.*, p. 35; Id. «Illusion...», *loc.cit.*, p. 283; Id.: «Denationalisierung...», *loc.cit.*, pp. 124-125. Este último autor, en la primera de las obras citadas, tras dar cuenta de las distintas opiniones vertidas al respecto en el simposium «Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung», defiende la di-

«babelización» de Europa y, por ende, de su Derecho, es uno de los puntos calientes de los otros costes de la ampliación hacia países del Este de Europea, que incorporarán nuevos territorios y ciudadanos, pero también otras lenguas y culturas.

163. No es preciso insistir en la importancia que el lenguaje tiene en la filosofía jurídica actual. Si dentro de un mismo sistema jurídico, el lenguaje siempre permite discursos distintos, más aún cuando una misma norma se expresa en distintas lenguas. Los términos «responsabilidad objetiva», «lugar de ejecución» o «cesión de crédito» encuentran una traducción sencilla en los distintos idiomas europeos y, sin embargo, su significado puede llegar a ser radicalmente divergente [139]. Resulta cómico, incluso, que en sistemas continentales utilicemos una expresión inglesa, como «*leasing*», para designar instituciones que en el Reino Unido se conocen con el término «*hiring*».

En los convenios internacionales se tiende a eludir este problema designando una o dos versiones idiomáticas oficiales, que sirven como referencia del texto auténtico. En la Unión Europea, la oficialidad paritaria de todas las lenguas complica la cuestión, pues existe una versión oficial en la lengua de cada país [140], además de una protección institucional de la pluralidad lingüística, tanto por motivos culturales como económicos [141]. Antes ya de los problemas de interpretación, la redacción multilingüe de un acto comunitario es fuente de numerosos problemas para los traductores, derivados de las diferencias de contenido de ciertos conceptos jurídicos, la existencia de conceptos jurídicos que no son conocidos en todos los Estados miembros, el empleo de categorías con diferentes niveles de abstracción según la lengua, o el uso de conceptos generales propios de unas lenguas que en otras se expresan a través de técnicas casuísticas [142]. No es raro que tanto el TJCE como los estudiosos se vean obligados con frecuencia a poner de relieve las divergencias y distinto alcance que sugieren las distintas versiones idiomáticas, y que esta cuestión constituya un epígrafe común en la ciencia jurídica sobre la interpretación de los convenios y del Derecho comunitario. De hecho, la interpretación multilingüe es un criterio imperativo de interpretación en el ámbito europeo, como puso de manifiesto desde los orígenes la *Sent. TJCE de 12 de noviembre de 1969* (As. 26/69: «*Stauder*»). Más recientemente, la *Sent. TJCE de 7 de julio de 1988 (As. 55/87: «Moksel»)* insiste en que los términos empleados en un determinado idioma no pueden ser interpretados exclusivamente en el marco del ordenamiento jurídico al que responde la versión idiomática, cuando el término no se encuentra incluido en una disposición que se re-

versidad lingüística si se quiere aceptar la idea de la «europa de los ciudadanos» como algo distinto a un mero eslogan. *Vid.* también H. HEISS, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 55; O. LANDO: «Why Codify...», *loc.cit.*, p. 528; S. LEIBLE, *op.cit.*, §9.B.III; K. SCHURIG, «Europäisches...», *loc.cit., op.cit.*, p. 1.108; H.J.SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, pp. 989-990; E. ZIMMERMANN, «El legado de Savigny», *op.cit.*, pp. 50-51.

[139] *Cf.* algunos otros ejemplos puestos de relieve por H.J. SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, p. 989.

[140] Para un repaso a la rica problemática que suscita esta cuestión *vid.* D. MARTINY, «Babylon...», *loc.cit.*, pp. 239 y ss.; G. PALMISCIANO y J. CHRISTOFFERSEN, «Aspects linguistiques de la communication juridique en Europe: pratique et problèmes des "juristes-reviseurs" de la Commission des Communautés Européennes», *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milán, 1993, pp. 74-77.



[141] Resultan interesantes a este respecto los considerandos de la *Sent. TJCE de 23 de febrero de 1999 (As. C-42/97: Parlamento/Consejo)* en relación con un asunto referido a la promoción de la diversidad lingüística de la Comunidad en la sociedad de la información.

[142] *Vid.* el catálogo de problemas expuesto en G. PALMISCIANO y J. CHRISTOFFERSEN, *loc.cit., op.cit.*, p. 77. El propio O. LANDO expresa los problemas lingüísticos en la elaboración de los PDCL de la siguiente forma: «la queja de los miembros francoparlantes de la Comisión "esto no es puede traducir al francés" llegó a ser proverbial» (*vid.* «Principles...», *loc.cit.*, p. 584).

mita expresa o implícitamente [143] al Derecho nacional para determinar su sentido y alcance.

M. Wildesprin, entre otros, ha rastreado algunos de los problemas lingüísticos de un texto como el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de importancia singular en el Derecho privado comunitario de los contratos. En el artículo 3 del Convenio se contempla la posibilidad de elección tácita de la ley aplicable. En español, la expresión utilizada es «de manera cierta», muy próxima a la expresión francesa «de façon certaine». Las versiones en inglés y en alemán parecen requerir un menor grado de certidumbre o, dicho de otro modo, mayor flexibilidad: «with reasonable certainty», «mit hinreichender Sicherheit». Tras analizar varios casos jurisprudenciales en diferentes Estados miembros, Wildesprin concluye prediciendo grandes diferencias interpretativas, con escasa posibilidad de influencia del TJCE, que probablemente se limitará a indicar que la jurisdicción nacional es la mejor situada para valorar las circunstancias que justifican la constatación de una elección tácita. Un análisis muy similar se desprende del estudio de la interpretación de los arts. 4, 5 y 6 del Convenio [144].

El problema se reproduce en los convenios bilaterales. A título de mero ejemplo, el art. 10.4.° del Convenio hispano-alemán sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, de 14 de noviembre de 1983, ha sido interpretado de forma diametralmente opuesta en Alemania y en España. En el primer país, el reconocimiento registral de sentencias de divorcio exige exequátur, mientras que en España no; la razón estriba en el distinto sentido de dos términos tomados como equivalentes: «*ungeachtet*» y «sin perjuicio».

[143] La posibilidad de una remisión implícita suele venir referida a términos particularmente prosaicos, como la determinación anatómica del «flanchet» de la carne bovina (*Sent. TJCE de 18 de enero de 1984: As. 327/82: «Ekro – Prodktshap voor Vee en Vlees»*). Es posible que hoy en día, en plena crisis de las vacas locas, el TJCE no estimase la posibilidad de una remisión implícita a la interpretación nacional del término,

[144] *Vid.* «The Rome Convention Experience to Date before the Courts of Member States, and Intepretacion by the Courts of Justice of the European Communities of the Brussel Convention and its possible Impact on the Interpretation of the Rome Convention», *L'européanisation du droit international privé*, Colonia, 1996, pp. 47-61.



Los problemas interpretativos derivados del carácter plurilingüe del DPE invitan a reconocer la bondad de la tesis de H. Schulte-Nölke [145], en el sentido de descartar la interpretación literal como mecanismo de interpretación relevante en el ámbito europeo. Con acierto estima el autor alemán que la *Sent. TJCE de 17 de marzo de 1998 (As. C-45/96: «Dietzinger»)* arroja un fallo quizás admisible en virtud de otros criterios interpretativos, pero que en el fondo se atuvo a una interpretación literal muy discutible. Si se compara el texto de la Directiva en cuestión en sus versiones inglesa o sueca frente a la alemana, se detectan distintas opciones interpretativas; pero lo que es más significativo es que, en el asunto citado, el juez nacional no tuvo en cuenta semejante problema interpretativo y lingüístico, en la medida en que únicamente juega con la versión en lengua alemana de la transposición y, todo lo más, de la Directiva a la que debe conformarse la interpretación del Derecho nacional. Poco más se le puede pedir, por lo que la superación de la diversidad lingüística como obstáculo a la unificación del DPE no parece fácilmente reductible.

### d) *Diversidad interpretativa: Ley común y Derecho común*

164. En suma, la dialéctica entre «*linguistic turn*» e «*interpretative turn*» implica que el lenguaje ordinario impide un discurso único y seguro (universal), precisando una precomprensión [146]. Y semejante «precomprensión» depende a su vez de la mentalidad jurídica en que nos situemos. Un mismo texto legal no sólo va a producir

[145] *Vid.* «Elf Amstsprachen...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 143-160, esp. 143-146 y 157.

[146] *Cf.* J. LENOBLE, «Repenser le libéralisme (au-delà des critiques communitariennes et postmodernes)», *Nouveaux itineraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1933, p. 318.

una interpretación distinta sobre la base de las variantes idiomáticas, sino, sobre todo, merced a la distinta mentalidad jurídica del intérprete [147]. Es universalmente conocido, a este respecto, el problema interpretativo que suscita el art. 31.4.° de la Ley Uniforme de Ginebra sobre letra de cambio, que, a falta de designación expresa, entiende que el aval se libra a favor del librador. Mientras que esta misma norma es interpretada por la jurisprudencia francesa como una presunción *iuris et de iure* (*Sent. Cour de Cassation de 8 de marzo de 1960*), la alemana y la austríaca admiten prueba en contrario (*Sent. Obserstergerichtshof de 10 de junio de 1959*). Entre otras razones, problemas interpretativos como éste llevan a E.E. Hirsch a contraponer una «Ley cambiaria común» a la idea de un «Derecho cambiario común» [148]. Se trata de una contraposición digna de generalizarse: nada tiene que ver una Ley uniforme con un Derecho uniforme.

Los ejemplos en el ámbito comunitario también existen. Así, el art. 4 del Convenio de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales constituye una transacción encomiable entre el *common law* y el sistema romano-germánico, entre la flexibilidad y la seguridad jurídica. Su apartado primero, de filiación anglosajona, formula un principio general de aplicación al contrato internacional de la ley más vinculada. Seguidamente, el precepto tributa a la cultura continental una presunción a favor de la ley de la residencia habitual del prestador característico como ley más vinculada. Finalmente, el último apartado introduce una cláusula de excepción contra dicha presunción, a favor de una ley distinta cuando una ley distinta a la señalada por la presunción presente manifiestamente una vinculación mayor. A la hora de interpretar la norma, sin embargo, las diferencias culturales reaparecen en encontrados criterios acerca de la fuerza de la presunción y el margen que ofrece la cláusula de excepción [149].

Otro tanto podría decirse tras una ponderación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 que crea el espacio judicial europeo, y ello a pesar de su interpretación por el TJCE. Como bien señala F. Rittner, «todavía existen grandes diferencias entre litigar ante los Tribunales de Lyon, Milán, Luxemburgo o Londres» [150].

En el ámbito del Derecho derivado fragmentario, un buen ejemplo puede extraerse de las diferentes interpretaciones a que ha conducido la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores, fielmente transpuesta, pero sometida a las acusadas diferencias culturales sobre la celebración de este tipo de contratos [151]. En particular, V. van Gerven ha expuesto con acierto la dificultad de utilizar un método comparado para que el TJCE pueda llegar a interpretar con acierto el concepto de buena fe contenido en el art. 3.1.° de la Directiva [152].

165. En ocasiones, incluso los textos armonizadores no son capaces de formular conceptos autónomos, resignándose a remitir la precisión del concepto a los Derechos nacionales. Esto ocurre en un

[147] *Vid.* A. GAMBARO, «Iura et leges...», *loc.cit.*, p. 995; H. KÖTZ, «How to Achieve...», *loc.cit.*, p. 13; E, SCHULZE, «Droit privé...», *loc.cit.*, pp. 30-31; K. SCHURIG, «Europäisches...», *loc.cit.*, pp. 1.105-1.107; H.J. SONNENBERGER, «Mitteilung über das Europäische Vertragsrecht», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.* Resulta especialmente interesante analizar los problemas que provocó la incorporación de Austria y la adopción de los textos redactados en lengua alemana. Esos textos estaban construidos sobre la mentalidad del país fundador, Alemania, provocando no pocos problemas y perplejidades para el sistema austríaco en muchos puntos concretos (*vid.* W. POSCH, «Probleme mit der Auslegung von Europäischem Privatrecht in einem neuen Mitgliedstaat – das österreichische Beispiel», *Auslegung, europäischen Privatrecht und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, 1999, pp. 219-237).

[148] *Vid.* «Einheitliches Wechselgesetz oder einheitliches Wechselrecht», *NJW*, 1961, pp. 1089-1094.

[149] *Cf.* M. WILDESPRIN, «The Rome Convention...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 51-54.

[150] *Vid.* «Das Projekt...», *loc.cit.*, p. 26.

[151] *Cf.* H. COLLINS, «European...», *loc.cit.*, p. 356.

[152] *Vid.* W. VAN GERVEN, «The EJC...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 102-104. En el mismo sentido, F. TORIELLO, «I contratti di vendita stipulati dai consumatori. Recenti sviluppi», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. I, Turín, 2000, p. 674.

texto tan relevante en el ámbito europeo como el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, que instaura el espacio judicial europeo y la denominada «quinta libertad comunitaria». El criterio del domicilio del demandado resulta básico para el régimen de los derechos que contiene y el propio ámbito de aplicación de sus normas. Pues bien, la imposibilidad de convenir un concepto común de «domicilio», tanto en las personas físicas como en las personas jurídicas, obligó al legislador comunitario (art. 52) a remitir a los jueces nacionales la precisión de este concepto, de conformidad con su propio Derecho civil (personas físicas) o Derecho internacional privado (personas jurídicas) [153]. El mismo convenio, en el ámbito de las obligaciones contractuales, no ha aportado un concepto básico de «lugar de ejecución» de la obligación, y el TJCE se ha confesado incapacitado para proporcionarlo, por lo que mantiene la necesidad de que dicho concepto, tan distinto según los sistemas de presunciones de los Estados miembros, lo suministre un Derecho nacional, a saber, el encargado de regir el contrato [154].

En la medida de lo posible, el TJCE trata de obtener conceptos autónomos, consciente de que, lo contrario, supone un déficit real de la armonización. A título de ejemplo, en la *Sent. TJCE de 20 de noviembre de 2001 (Ass. C-414 y 416/99: «Davidoff-Levi Strauss»)* se trata de determinar el sentido del «consentimiento tácito» en relación con los arts. 5 y 7 de la Directiva 89/104 (marcas) y el derecho

[153] Cuestión que tampoco ha logrado resolver el art. 60 del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 que, al igual que el art. 48 TCE, ha optado por una solución de compromiso para determinar dónde se entiende situado el domicilio de una sociedad.

[154] *Sents. TJCE de 6 de octubre de 1976 (As. 12/76: «Tessili/Dunlop») y Sent. TJCE de 26 de junio de 1994 (As. C-288/92: «Custom Made»).* Más recientemente: *Sent. TJCE de 28 de septiembre de 1999 (As. C-440/97)* y *Sent. TJCE de 5 de octubre de 1999 (As. C-420/97).*



exclusivo del titular de la marca a prohibir a los terceros importar productos designados con la marca, derecho que se agota si los productos se comercializan con su consentimiento. Para desarrollar un concepto autónomo de «consentimiento tácito», el TJCE advierte que «si el concepto de consentimiento incumbiera del Derecho nacional de los Estados miembros, la protección para los titulares de las marcas podría variar en función de la ley aplicable. No se alcanzaría el objetivo de una "misma protección de las legislaciones de todos los Estados miembros" declarado en el noveno considerando de la Directiva 89/104 y calificado de "fundamental" por éste». Como hemos visto, no siempre es posible, empero, obtener un concepto autónomo, propiamente comunitario, de conceptos claves.

Pero, precisamente por esto, resulta enigmático que llegue a afirmarse que, pese a no existir siquiera normas o interpretaciones comunes, puedan deducirse principios generales comunes en los Derechos nacionales [155]. A nuestro juicio, las normas y las interpretaciones son divergentes precisamente porque obedecen a principios divergentes. Si realmente los principios fueran tan convergentes, la idea de un Código Civil Europeo resultaría mucho más factible, lo que no empece a la posibilidad de extraer «algunos» principios generales comunes del conjunto de los Derechos privados nacionales, insuficientes, en cualquier caso, siquiera para una codificación sectorial. El hecho de que el TJCE pueda crear, en el ámbito de sus facultades de interpretación del Derecho comunitario, ciertos «conceptos autónomos», inspirados en principios comunes, nada obsta a esta afirmación. Sin embargo, conviene recordar que tales principios que sustentan conceptos autónomos tienen una expresión nítida en el Derecho público, y mucho más comedida en el Derecho privado, don-

[155] *Vid.* E. HONDIUS, «Towards...» *loc.cit., op.cit.*, p. 19; W. VAN GERVEN, «The ECJ Case-Law as a Means of Unification of Private Law», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 91-104; M.J. CAMPANA, «Vers un langage...», *loc.cit.*, pp. 43-45.

de frecuentemente el propio TJCE carece de recursos para formular tales principios o conceptos autónomos y se ve impelido a recurrir a los derechos nacionales, como acabamos de ver.

En realidad, el riesgo de interpretaciones divergentes no puede resolverse mediante el recurso a un órgano judicial como el TJCE, haciendo las veces de intérprete supremo. De un lado, esta posibilidad resulta utópica para cerrar una interpretación consolidada de todos los supuestos y de todas las materias. De otro, el TJCE carece, como se ha visto, de un arsenal suficiente de armas interpretativas para arrostrar la tarea. Pero, en todo caso, siquiera el pepel del TJCE puede evitar que, de hecho, existan interpretaciones nacionales divergentes [156], aunque se trate del mayor grado de unificación de la interpretación que existe.

166. Por otra parte, las diferencias interpretativas originadas en una cultura jurídica nacional diferenciada no agotan el catálogo de disparidades. Junto a las dificultades de obtener una interpretación uniforme, no debe desdeñarse la gran variedad de estilos de argumentación jurídica. Si se comparan las sentencias de los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea, se observan una gran diversidad de estilos, que reflejan de forma paralela la diversidad cultural. Sin duda, hallaremos en la jurisprudencia inglesa una especial querencia por vivenciar los hechos lltigiosos, que en jueces de distinta nacionalidad aparecen referidos de forma más lacónica. Apreciaremos en los jueces italianos y españoles un cierto gusto por la retórica y el lenguaje erudito, que a menudo hacen incómoda la lectura. Si comparamos los fundamentos jurídicos de una sentencia alemana y de una sentencia francesa, tal vez hallemos la misma preocupación por la calificación jurídica, pero observaremos como en la primera late una preocupación por la estructura de razonamiento al que opone la segunda un mayor grado de impresionismo equilibrado con cierta elegancia. Incluso, a la luz de estas variantes, se ha afirmado cierto «afrancesamiento» de la jurisprudencia del TJCE, o cierto «germanismo» del Tribunal Constitucional español, que contrasta a ojos vista con el estilo característico de nuestro Tribunal Supremo.

[156] *Vid.* al respecto las reflexiones de H. Kötz, «Rechtsvereinheitlichung...», *loc.cit.*, pp. 7-8. Tampoco, en consecuencia, parece que resuelva definitivamente la cuestión la creación de un Tribunal Supremo Europeo (*cf.* M. Fabre-Magnau, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 237).



167. La variedad de estilos de razonamiento es sobradamente conocida en la ciencia jurídica por todo comparatista, o, simplemente, por todo aquél que haya utilizado fuentes doctrinales extranjeras [157]. Cuando un español lee un libro inglés, admira su austeridad y, sobre todo, su sencillez expositiva, pero preferiría una menor claridad si a cambio obtuviera algunos principios o conclusiones inductivas que le permitieran formular reglas más o menos universales. Tiene la impresión de que su colega inglés se ha limitado a un retrato —hiperrealista, eso sí— que perfila con todo detalle la realidad práctica de un problema jurídico. Su descripción le permite seguramente aventurar una profecía de lo que van a resolver los jueces ingleses en un caso similar, pero no le facilita ni una labor crítica ni una elaboración pro-

[157] O. Remien señala algunas manifestaciones significativas de la diversidad cultural de las doctrinas científicas europeas, que para algunos autores ya se detectan en las primeras literaturas jurídicas en lengua popular del siglo XIII. En concreto, se pone de manifiesto la aversión francesa a los Códigos anotados alemanes, que en Francia se consideran obras de carácter práctico, en contraste con la extrañeza que a los alemanes les producen las enciclopedias jurídicas italianas o los *Juris-classeurs* franceses. En el terreno más concreto del estilo, a los alemanes los estudios italianos les parecen extremadamente dogmáticos y teóricos, carentes de una atención adecuada a la jurisprudencia, o los franceses reprochan a los alemanes que consideren al Derecho más como una ciencia que como un arte (*cf.* «Über den Stil...», *loc.cit.*, pp. 31-32).

piamente «científica». La sensación es muy distinta cuando se enfrenta a la doctrina alemana. Le abruma la enorme capacidad germánica para centripetar la realidad y reconducirla a principios y conceptos jurídicos de gran solidez; a primera vista, los alemanes aparecen como los reyes de la ciencia pura. Sin embargo, se sospecha que tales principios son enunciados con un grado tal de universalidad y rigidez que con mucha frecuencia acaban alejándose de una solución funcional de los problemas jurídicos. El lector siente que la doctrina alemana, a menudo enfrentada en bloques de opinión, se encuentra más preocupada por la consistencia teórica o conceptual de las contrucciones que por el problema jurídico más o menos prosaico que hay que resolver. Si los ingleses son esclavos de los hechos, los alemanes parecen esclavos de sus propias teorías.

Con italianos y franceses las sensaciones son más fraternas, y siempre podría decirse con más facilidad que sus trabajos podrían ser obra de una mentalidad como la española. Pero hay algunas diferencias de estilo notables. Cuando leemos a los italianos, cosa que resulta relativamente fácil para cualquier español, por la proximidad del idioma, nos asombra en un primer momento su enorme capacidad para obtener análisis enjundiosos de cuestiones aparentemente insustanciales, y nos admira su capacidad para multiplicar en un mismo trabajo las perspectivas de análisis. Cuando terminamos la lectura, sin embargo, solemos creer que podría haberse dicho lo mismo en treinta páginas, en lugar de trescientas, y no acabamos de estar muy seguros de la posición del autor. La admiración por la doctrina francesa proviene de su natural elegancia, del propio poder de convicción que parece emanar de la lengua misma, y sin duda los privatistas tendemos a reconocer la paternidad de nuestro propio sistema. Pero en su método científico, pese a sus indudables dotes analíticas, late un cierto impresionismo, una debilidad estructural u orden sistemático menos poderoso que el de sus vecinos alemanes, y que con fecuencia nos deja la sensación de un *totum revolutum*.

No podemos decir nada del estilo español, porque es nuestro propio estilo y la crítica tendría que venir desde fuera. Y tampoco pue-



de servirnos como modelo autocrítico la ciencia jurídica latinoamericana, que tiene su propia idiosincrasia y carácter variopinto. Pero tal vez el mejor estilo de la ciencia jurídica sería una buena combinación de las virtudes de cada uno: una mezcla de la elegancia y capacidad analítica francesa, la imaginativa multiplicación de perspectivas italiana, la austeridad y el gusto por la realidad de los hechos ingleses y el potencial alemán para ordenar el discurso y extraer los principios y conceptos subyacentes. En definitiva, la diferencia de los estilos jurídicos de la doctrina europea viene a confirmar que el poder de la ciencia europea está, precisamente, en su diversidad. Pero también viene a significar el sentido del título de este epígrafe: como indica H. Coing, un Derecho europeo común no puede sustentarse únicamente en unas leyes o normas comunes, sino que requiere una jurisprudencia y una doctrina científica europeas. Lo último, sin duda, plantea muchas más dificultades aún que lo primero [158].

### e) *Diferencias axiológicas*

168. Para algunos autores, las diferencias culturales constituyen un argumento endeble, por más que representen el orgullo de cada sistema por sus «verdades». Al menos en el ámbito contractual o patrimonial, se aduce que la cuestión no se centra en las «verdades» culturales, sino en las ideas económicas y políticas que son, en Europa, básicamente las mismas. Las diferencias axiológicas serían mínimas, para estos autores, por la identidad europea en los valores derivados de una sociedad cristiana y de una economía de mercado, y

[158] *Vid.* «Europäisierung...» *loc.cit.*, p. 939; A. FLESSNER, «Rechtsvereinheitlichung...», *loc.cit.*, pp. 255-257.

un nivel socioeconómico parejo [159]. La esencia cultural, por tanto, vendría a ser la misma. Si los objetivos de política económica coinciden, las diferencias formales o estéticas al diseñar las instituciones jurídicas no deberían constituir un obstáculo.

El calado filosófico del postulado de la unidad ideológica europea es indudable. El argumento señalado viene a indicar que los valores de un Derecho patrimonial europeo son compartidos y, por lo tanto, reflejan un pensamiento económico único. Poco debe importar, se supone, que los pueblos de uno u otro Estado hayan designado representaciones políticas conservadoras, socialistas o con participación comunista, y tampoco debe importar la composición coyuntural del Parlamento Europeo.

El hecho de que la Europa comunitaria participe de una Constitución Económica común o de un principio de libre mercado no justifica, a nuestro modo de ver, una unidad axiológica tras la diversidad cultural. Existen, sin duda, vías muy distintas de orientar un modelo político-social, como demuestran las propias tendencias políticas presentes en los Estados europeos. Y dichas diversidades ideológicas no sólo trascienden al ámbito del Derecho de familia (matrimonio y adopción por parejas homosexuales) o del Derecho penal (eutanasia), sino también a una determinada concepción del Derecho patrimonial o fiscal, como mecanismos de redistribución de bienes, al Derecho laboral o al Derecho societario [160]. Ya se ha puesto

[159] *Cf.* O. LANDO, «Why Codify...», *loc.cit.*, pp. 529-530; Id.: «Guest Editorial: European Contract Law after the Year 2000», *CMLR*, 1998, p. 825; Id.: «The Principles...», *loc.cit., op.cit.*, p. 394; Id.: «Optional...», *loc.cit.*, p. 65.

[160] En palabras de G. TEUBNER, «Los esfuerzos europeos hacia la armonización aún no han tenido en cuenta seriemente las "variantes del capitalismo", la diferencia de los regímenes productivos» (*cf.* «Legal Irritants....», *loc.cit., op.cit.*, p. 266. *Vid.* asimismo T.M. DE BOER, «The Relation...», *loc.cit., op.cit.*, p. 60). Por lo demás, la dimensión



de manifiesto cómo la armonización del Derecho europeo de sociedades enfrenta a dos grandes modelos ideológicos de concebir las relaciones económicos: uno, abiertamente neoliberal, representado por el modelo anglosajón y la teoría de la constitución; el otro, más marcadamente social o intervencionista inspirado en la teoría de la sede [161]. La sensibilidad diversa con que cada sistema jurídico aborda la necesaria protección de los consumidores, ha exigido contruir las Directivas que conforman el DPC del consumo sobre un acuerdo de mínimos, que habilite tales diferencias de criterios [162]. Pero estas diferencias axiológicas, relevantes incluso cuando incorporan puros matices, se presentan en cualquier ordenación jurídica de alcance patrimonial.

El propio concepto de «interés general», como piedra de toque de la integración negativa y límite al principio de reconocimiento en las libertades comunitarias, constituye un reconocimiento de las singularidades nacionales a la hora de considerar cómo se materializan los valores culturales propios en el grado de protección del trabajador, el consumidor, el destinatario de un servicio, la seguridad vial o la defensa del patrimonio artístico. En el espacio integrado, únicamente los valores nacionales que encierren una cláusula de salvaguarda económica resultan descartables *a priori*. El éxito de los demás no depende de un examen de su valor intrínseco, en el que el

política e ideológica del Derecho privado está fuera de duda. Recientemente, los estudios de la *Critical Legal Theory* lo han puesto de manifiesto de forma prácticamente irrefutable (*vid.* D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, 1997, y los comentarios de sus enseñanzas para el DPE en M. HESSELINK, «Special Issue on Critical Theory and European Private Law», *ERPL*, 2002/1, pp. 3-5).

[161] *Vid.* V. NEßLER, «Wettbewerb der Rechtsordnungen...», *loc.cit.*, pp. 1 y 6.

[162] *Vid.* H. COLLINS, «European...», *loc.cit.*, p. 364.

propio TJCE no puede entrar, sino en el grado de eficacia y proporcionalidad de la disposición o práctica nacional que se ampara en dicho interés.

169. En consecuencia, no conviene olvidar que, tras las divergencias de principios, existen también diferencias de valores y políticas y, sobre todo, una diferente percepción de la persona acerca de los valores y la moral en que se desenvuelve. Este contexto cultural desempeña una función esencial en la vida jurídica. H. Collins lo pone de relieve magistralmente acerca de las diferentes percepciones que existen en los diferentes Estados europeos acerca del margen de participación o juego de la jerarquía en las relaciones de los trabajadores y la dirección y gestión de una empresa [163]. El Derecho privado no es ajeno a criterios de justicia esenciales: en el Derecho patrimonial, se dilucida un régimen concreto de justicia distributiva que exige decisiones esenciales acerca, por ejemplo, de la distinción entre *res intra* y *extra commercium* [164]. En el ámbito del Derecho de familia,

[163] *Cf.* H. COLLINS, «European...», *loc.cit.*, pp. 358-359. El mismo ejemplo es utilizado por B. GROSSFELD y K. BILDA para poner de relieve las diversidades axiológicas (*cf.* «Europäische...», *loc.cit.*, p. 429). En el mismo sentido P. HOMMELHOFF, «Corporate and Business Law in the European Union», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston., 1998, p. 589. Señala además H. COLLINS que el siglo XIX, con sus postulados universalistas y conceptualistas y el desarrollo de la codificación, se produjo un divorcio entre el Derecho y las prácticas y usos comerciales que sólo pudo ser recuperado en el siglo XX, en un arduo proceso de descodificación. En este sentido, el Código civil europeo vendría a suponer un nuevo distanciamiento entre la cultura económica oficial armonizada y la realidad social de las prácticas comerciales (*ibíd.*, pp. 360-361).

[164] Por tanto, tampoco es de recibo defender la viabilidad de la unificación del Derecho de obligaciones por su neutralidad axiológica (*ad ex.* K.D. KERAMEUS, «Problems...» *loc.cit.*, p. 479), por más que la contradicción axiológica sea mayor en sectores como el Derecho de familia.



las vinculaciones entre matrimonio y unión de hecho son una muestra de las concepciones morales de una determinada sociedad. Y, en el fondo, el juego de estos valores en el Derecho privado son fruto de una determinada cultura diferencial. ¿Cuál será el valor dominante y cuáles serán sacrificados por el nuevo Derecho europeo? ¿Con qué criterios se adoptará esa decisión?

En definitiva, un Derecho común no sólo requiere una ley, unos principios y una mentalidad común, sino también, y esto es mucho más triste, un pensamiento y una cultura únicos [165]. Afortunadamente, la eficiencia es una bandera excesivamente endeble para doblegar la rica diversidad cultural europea, manifestada en distintos idiomas, pensamientos, mentalidades y valores, que se sobreponen incluso a una única ley.

### f) *Diversidad jurídica intraestatal y DPE*

170. Finalmente, la unificación del DPE desde arriba a través de la fórmula de un Código civil europeo plantea en España problemas singulares, que no preocupan a alemanes, holandeses, franceses, italianos ni a otros juristas europeos, con la excepción nuevamente de los británicos [166]. En el ámbito del Derecho civil, nuestro

[165] Comparte esta idea T. WILHELMSSON, quien denuncia a algunos autores que, expresamente, ponen de manifiesto que la armonización del DPE no solo busca una unidad económica, sino reforzar o conseguir una identidad común. A colación, recupera WILHELMSSON una lapidaria frase de H. Thue: «El anhelo por armonizar el Derecho europeo puede dar como resultado la abolición de la idea de Europa» (*cf.* «Private Law...», *loc.cit.*, pp. 89-90).

[166] De hecho, a pesar de los millares de páginas dedicadas a la conveniencia o inconveniencia de un DPE, apenas se encuentran referencias de autores alemanes, franceses, holandeses o italianos a esta palpable contradicción. K. SCHURIG, sin embargo,

sistema jurídico, como demuestra el art. 149.1.°.8.ª C.E., ha mantenido la diversidad cultural, coexistiendo en nuestro territorio distintos derechos civiles, forales o especiales. Ciertamente, la unificación europea significaría también una modificación de tales derechos, apenas afectada por los problemas competenciales [167]. También resulta claro que la diversidad jurídica de nuestro país no impide una base común del Derecho patrimonial y mercantil. Pero, sin duda, la existencia de un Código Civil español único, con pretensiones globales, sería inconstitucional [168]. Por añadidura, la jurisprudencia del TC no ha hecho sino impulsar el desarrollo de los distintos derechos civiles.

A los efectos de la construcción de un DPE, la diversidad jurídica intraestatal es un dato mucho más relevante que la concepción

pone de manifiesto los problemas singulares que un DPE unificado plantearía en un sistema jurídico con pluralidad de Derechos civiles como el español (*cf.* «Europäisches...», *loc.cit.*, pp. 1.097-1.098). Tampoco se le escapa el alcance de esta cuestión a H.J. SONNENBERGER («Der Ruf...», *loc.cit.*, p. 983), G.R. DE GROOT («Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht», *ZeuP*, 2001/3, p. 623) o S. LEIBLE (*op.cit.*, § 9.A.I.3). J.L. IGLESIAS BUHIGUES hace mención asimismo al régimen especial de Alsacia y Lorena (*vid.* «La cooperación judicial...», *loc.cit.*, p. 5.850). En algunos casos, la constatación de que en el propio Reino Unido existe un Derecho privado e internacional privado propio en Escocia, abiertamente diferente al Derecho inglés, es abordada expresamente como una «excentricidad», término que denota algo más que su simple significado etimológico (*Vid.* H. MUIR WATT, «L'expérience du Royaume-Uni», *Le droit privé européen*, Paris, 1998, pp. 233-242). Más genéricamente, algunos autores llaman la atención de la existencia de cierta contradicción entre la unificación del DPE y la tendencia a una Europa de las regiones con un grado importante de descentralización jurídica. Así, refiriéndose expresamente a la amplia autonomía de Cataluña en el terreno del Derecho privado: A. PADOA-CHIOPPA, «Il diritto...», *loc.cit.*, p. 707.

[167] *Vid.* E. ROCA, «Incidenza del diritto communitario sull diritto interno in Spagna», *Diritto privato communitario*, Nápoles, 1997, pp. 99-120.

[168] Un planteamiento muy semejante al español, acerca de la base constitucional de la pluralidad jurídica de Derecho privado se encuentra en el sistema canadiense (*cf.* G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 175-178).



política del Estado, centralista o federalista [169]. En este contexto, la idea de un Código Civil Europeo sugiere, como bien indica S. Cámara Lapuente, un nuevo suplicio de Tántalo: «disgregación nacional *versus* armonización supranacional» [170], o, lo que es lo mismo, postmodernidad contra modernidad, centrifugación contra centripetación. Lo interesante de la contradicción no es únicamente el daño que se infligiría a un sistema de Derecho privado tan peculiar como es el nuestro, obediente a unos valores de respeto a la diferencia que a menudo es glosado por nuestros colegas europeos en términos peyorativos, calificándolo de atávico o prehistórico. La realidad española demuestra que es posible un sistema jurídico económicamente eficiente y respetuoso al tiempo con las peculiaridades no sólo nacionales, sino locales. Al menos en España sabemos vivir con la complejidad, y lo mismo cabría decir del Reino Unido [171]. En definitiva, nuestra identidad nacional sufriría doblemente con un Código civil europeo.

[169] Algunos autores, como B. GROSSFELD y K. BILDA («Europäische...», *loc.cit.*, p. 429) señalan este dato como una manifestación relevante de la diversidad entre sistemas jurídicos, federalistas (Alemania) o centralistas (Francia o Inglaterra). Semejante distinción, relevante desde un punto de vista del Derecho público, presenta menos importancia que el dato real de la posibilidad de distintos Derechos civiles. Así, el hecho de que Alemania sea un Estado Federal no produce las mismas consecuencias que en España, aún cuando en nuestro país la estructura federal se presenta con más reservas. El hecho es que en Alemania dicha estructura política no habilita competencias legislativas en materia de Derecho privado ni altera la unidad del Derecho privado alemán, en tanto que sí propicia semejantes competencias y disparidades en el Derecho privado español.

[170] *Cf.* «Hacia un Código...», *loc.cit.*, p. 5 (*vid.* también «Communication...», *loc.cit.*, p. 10). Para una opinión contraria, a favor de la compatibilidad entre DPE y Derecho catalán, *cf.* S Espiau Espiau, «La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo», *Derecho privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 63-127, esp. p. 75.

[171] Es un argumento utilizado por el propio gobierno británico: *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../governments_en.htm*

## C. De la vocación de nuestro siglo para la codificación del Derecho privado europeo

### a) *Riesgos de la codificación*

171. En otro orden de ideas, la elaboración de un Código Civil Europeo vuelve a plantear un viejo problema acerca de la conveniencia de la codificación, y reproduce, casi dos siglos después, la famosa discusión teórica entre Savigny y Thibaut [172]. No es preciso recordar la finalidad política que animó el *Code* de Napoleón, sazonado de universalismo ilustrado en igual medida que de intereses propios de la burguesía en consolidar y petrificar un determinado orden [173]. Pero incluso en plena era de la codificación, pensamientos ya positivistas como los de Ernest Moulin y Antoine de Saint-Joseph reclamaban la unificación de los Códigos civiles en Europa [174]. La posibilidad de que el Código civil europeo sea un instrumento polí-

[172] La referencia explícita a una similitud con la histórica polémica pude encontrarse, entre otros, en K.P. BERGER, «The Principles of European Contract Law and the Concept of the "Creeping Codification of Law"», *ERPL*, 2001, p. 35; S. CÁMARA LAPUENTE, «Hacia un Código...», *loc.cit.*, p. 1; B. GROSSFELD y K. BILDA, «Europäische...», *loc.cit,*, p. 426; E. HONDIUS, «Condizioni generali...», *lo.cit., op.cit.*, p. 46; O. LANDO, «The Principles...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 59-60; Id., «Why Codify...», *loc.cit.*, p. 525; O. REMIEN, «Denationalisierung...», *loc.cit.*, p. 120; F. RITTNER, «Das Projekt...», *loc.cit.*, p. 27; B. SCHMIDlin, «Gibt es...», *loc.cit.*, p. 48. P. ULMER, «Vom deutschen...», *loc.cit.*, p. 5; R. ZIMMERMANN, «Civil Code...», *loc.cit.*, p. 80. A menudo el regreso al famoso debate histórico deja malparados a los propios protagonistas. Para desautorizar la postura radicalmente contraria a la codificación del DPE, W. VAN GERVEN recuerda que Savigny era un aristócrata ultraconservador (*vid.* «Codifying...», *loc.cit.).*

[173] *Vid.* T. WILHELMSSON, «Private Law...», *loc.cit.*, p. 85.

[174] *Cf.*, respectivamente, *Unité de legislation civile en Europe*, Paris, 1865, y *Concordance entre les codes civiles étrangers et le Code de Napoléon*, Paris, 1856, ambos *cit.* Por P. LEGRAND, «Against...», *loc.cit.*, p. 59.



tico no pasa desapercibida [175]. Incluso la ciencia se puso al servicio de la política, y no a la inversa. Se ha afirmado, con motivo, que la propia pandectística alemana y la jurisprudencia de conceptos respondían en buena medida a las necesidades políticas que encerraba el proyecto de unificación jurídica en Alemania [176]. Si la unidad política y económica precisó durante el siglo XIX de la unidad jurídica, ésta se erigió sobre bases doctrinales y científicas reconocibles [177].

Ciertamente, no puede negarse que la codificación no oculta los orígenes comunes de la tradición jurídica europea, y que la segunda codificación llevada a cabo en el siglo XX presenta un sesgo acusadamente comparatista [178], pero no por ello la codificación deja de tener en sí misma un alto significado político, ni puede negarse que siga siendo una idea en crisis [179]. Por lo demás, frente a lo que

[175] *Cf.* C.E. HAUSCHKA, «Grundprobleme...», *loc.cit.*, pp. 521-523; F. RITTNER, «Das Projekt...», *loc.cit.*, p. 27; B. SCHMIDlin, «Gibt es...», *loc.cit., op.cit.*, pp.33-36. Especialmente, sobre las raíces ideológicas de la codificación *vid.* T. WILHELMSSON, «Private Law...», *loc.cit., passim;* en particular, sobre la incidencia de los valores conservadores, *ibíd.*, p. 84.

[176] *Vid.* R. SCHULZE, «Allgemeine...», *loc.cit.*, pp. 442-447. La codificación alemana se llevó a cabo al grito de «ein Volk, ein Reich, ein Recht», que recoge R. ZIMMERMANN («El Derecho romano-holandés y su contribución al Derecho privado europeo», *Estudios de Derecho privado* europeo, Madrid, 2000, p. 109). En principio, parecería que tal lema podría revivir para el DPE. Sin embargo, V. GÖTZ estima que la función política de la unificación jurídica alemana no resulta hoy extrapolable a la Unión Europea, por lo que «con seguridad, no hemos de esperar codificación europea alguna del Derecho civil» (*cf.* «Auf dem Weg...», *loc.cit.*, p. 266). Más lejos aún, D. HOWARTH se hace eco de una explicación antropológica del afán codificador alemán, por oposición al talante inglés (*vid.* «The General...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 418-419).

[177] *Vid.* H. COING, «Europäisierung...», *loc.cit.*, p. 939. A. GAMBARO, «Iura et leges...», *loc.cit.*, pp. 1006-1007.

[178] En este sentido, *vid.* U. BLAUROCK, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 270.

[179] *Vid.* B.S. MARKESINIS, «Why a Code...», *loc.cit.*, p. 520.

ocurre con el Derecho comercial, históricamente la codificación del Derecho civil siempre ha presupuesto la unidad política, buscando a menudo su reforzamiento [180]. Por otra parte, el hecho de que existan recientes codificaciones (Italia, Portugal) o recodificaciones (Países Bajos) no es argumento suficiente para amparar un Código civil europeo [181]. Independientemente de las tesis que se oponen a la codificación confiando en la capacidad autorreguladora del mercado [182] —fe que no compartimos—, los riesgos de la codificación se multiplican en un ámbito supranacional, particularmente la petrificación del Derecho y el déficit democrático.

172. La codificación europea, de forma muy similar a la codificación internacional, entraña un especial riesgo de petrificación, por la complejidad de los procedimientos legislativos y su intrínseca falta de flexibilidad, argumento que ha servido para defender técnicas de unificación de *soft law* frente a alternativas como un Código civil europeo [183]. Resulta poco realista proponer una codificación atenta a una realidad dinámica y no estática, fácilmente mudable según los cambios sociales y la aparición de lagunas [184], habida cuenta de las

[180] *Cf.* U. MAGNUS, «Die Gestalt...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 58-62. R. SCHULZE, «Le droit privé...», *loc.cit.*, p. 14.

[181] Así lo defiende E. HONDIUS, «Condizioni generali...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 46-47. *Vid.* asimismo la defensa de la idea de codificación adaptada a las necesidades de la Europea del siglo XXI en J. BASEDOW, «Codification...», *loc.cit.*, p. 40-43.

[182] *Ad.ex.* J. DALHNISEN: «Conditional Sale and Modern Financial Products», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 549. Acerca de la dicotomía «regulación/desregulación» en la Unión Europea, *vid.* C. JOERGES y G. BRÜGGEMEIER, «Europäisierung...», *loc.cit.*, pp. 308-310.

[183] *Vid.* en este sentido P. BEHRENS, «Vorausetzungen...», *loc.cit.*, pp. 26-31.

[184] *Cf.* las propuestas en este sentido de G. ALPA, «European...», *loc.cit.*, pp. 332-333. Para Ch. VON BAR, «Le Groupe...», *loc. cit.*, pp. 135-136, la neutralización de ese riesgo se puede lograr mediante la utilización «de las formulaciones más sucintas posibles» y la «modernización» del lenguaje usado en la codificación.



estructuras y mecanismos de adopción de actos normativos que imperan en el ámbito de la Unión Europea. La reforma, como la adopción del texto uniforme, exige un largo proceso de discusión y consenso, que reduce el poder de los Estados para reaccionar a los cambios socio-económicos, y restringe la competencia entre los propios Estados a la hora de suministrar la mejor solución ante los problemas sociales emergentes [185]. Y no debe olvidarse que, en Europa, las tentativas codificadoras se expresan en su sentido más tradicional, vinculadas a la vieja idea decimonónica de sistematización y uniformidad, lejanas de un concepto de codificación más dialógico y abierto como el propio del modelo norteamericano [186].

173. La promulgación de un Código Civil Europeo desde las instituciones comunitarias conlleva asimismo el riesgo de un déficit democrático, vinculado a la lejanía del ciudadano de los procesos legislativos en Europa, más que al propio papel legislador del Parlamento Europeo [187]. El DPE, al igual que el DPC, vendría a ser un

[185] *Vid.* H. KÖTZ, «How to Achieve...», *loc.cit., op.cit.*, p. 11; Id.: «Rechtsvereinheitlichung...», *loc.cit.*, p. 11. B. GROSSFELD y K. BILDA, «Europäische...», *loc.cit.*, p. 428.

[186] *Vid.* R. HYLAND, «The American Restatements and the Uniform Commercial Code», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 65 y 69.

[187] La idea aparece apuntada por R. ZIMMERMANN, «Civil Code...», *loc.cit.*, p. 74; C. ARMBRÜSTER, «Ein Schuldvertragsrecht...», *loc.cit*, p. 89; O. REMIEN, «Illusion...», *loc.cit.*, p. 281; Id. «Über den Stil...», *loc.cit.*, pp. 14-15; Id.: «Denationalisierung...», *loc.cit.*, p. 120; C.E. HAUSCHKA, «Grundprobleme...», *loc.cit.*, p. 532; Ph. MALAURIE, «Synthèse», *Le droit privé européen*, Paris, 1998, pp. 246-247; C. JOERGES, «The Science of Private Law and the Nation State», *The Europeanisation of Law (The Legal Effects of European Integration)*, Oxford, 2000, p. 81; S. LEIBLE, *op.cit.*, § 9.B.I.; P. DE MIGUEL ASENSIO: «Integración...», *loc.cit.*, p. 421; C.V. SCHMID, «Legitimacy...», *loc.cit.;* W. VAN GERVEN, «A Common Law...», *loc.cit.*, pp. 495-497 y 499. Sobre el deficit democrático como efecto del restringido papel del Parlamento, *vid.* P. CRAIG y G. DE BURCA, *EU Law*, Oxford, 1998, pp. 155-162.

Derecho de tecnócratas sin un sustrato cultural ni vinculación con los ciudadanos [188]. En realidad, este riesgo no es distinto al riesgo de la codificación, que justificó su superación por una nueva «era de la descodificación» magistralmente descrita por N. Irti [189]. La descodificación ha propiciado una nueva cultura en la adopción de las leyes, que justifica la crisis de la codificación en los últimos decenios [190]. Frente al centralismo del Código, la legislación tiende a especializarse, y en cada proceso legislativo existe una participación social de los grupos y colectivos afectados, ya sean las asociaciones de homosexuales, las organizaciones no gubernamentales, los comerciantes minoristas, las organizaciones religiosas o las empresas de telecomunicación [191]. Esta intervención del individuo y de los grupos se asienta en un claro principio democrático que se vería seriamente mermado por una codificación general del Derecho privado en instituciones lejanas del ciudadano. En el fondo, la descodificación implica un rechazo del desprecio del conceptualismo universalista a las prácticas sociales, y el siglo XX viene a suponer la vuelta a la interacción entre Derecho privado y prácticas sociales y comerciales. En definitiva, la codificación europea no sólo sacrifica un principio democrático, sino también la necesaria consideración de la actividad social como cultura, en un sentido amplio [192].

[188] *Vid.* B. GROSSFELD y K. BILDA, «Europäische...», *loc.cit.*, p. 426; K. SCHURIG, «Europäisches Zivilrecht...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 1093-1096; M. ZULEEG, «Rechtsangleichung...», *loc.cit.*, p. 507.

[189] *Vid. L'età della decodificazione*, 2.ª ed., Milán, 1986, esp. p. 38.

[190] *Cf.* B.S. MARKESINIS, «Why a Code...», *loc.cit.*, p. 520.

[191] En el ámbito comunitario, e independientemente de sus inconvenientes, las Directivas han jugado este papel descodificador (*cf.* H.P. MANSEL, «Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit», *JZ*, 1991, p. 532).

[192] *Cf.* esta idea en H. COLLINS, «European...», *loc.cit.*, pp. 363.



174. Por lo demás, la constatada divergencia entre los sistemas nacionales requieren la opción por un modelo de Código, seguramente por un modelo nacional, a menudo impuesto por el peso político específico del Estado en cuestión [193]. Resulta fácil comprobar como holandeses, alemanes, franceses o italianos que aprueban la idea se decantan rápidamente por su modelo de Código civil, particularmente cuando se trata de un Código recientemente reformado [194]. Y, siendo malévolos, podríamos rescatar de los textos de Derecho privado europeo sobre obligaciones contractuales o Derecho de sociedades una sospechosa evicción del principio causalista a favor de un modelo abstracto cuya filiación no es desconocida.

175. En definitiva, una codificación del DPE en sentido clásico no parece ni realista ni aconsejable. Bien es cierto que con frecuencia el término «codificación» se emplea en un sentido diferente, impropio o *soft*, para referirse a una sistematización del Derecho privado de ámbito europeo, incluso parcial o ni siquiera imperativa, distinta a la codificación en sentido clásico [195]. Sin pretender entrar en un discurso acerca de la pureza de los términos, semejante posibilidad desborda, por el momento, el objeto de nuestro análisis, ce-

[193] Como, con buen criterio, hace ver R. SCHULZE, «Le droit privé...», *loc.cit.*, p. 30.

[194] A título de ejemplo, la defensa del Código civil italiano como modelo se sustenta en su posición intermedia entre los dos grandes modelos francés y alemán, en su relativa modernidad y en aproximarse al sistema inglés por la inclusión de cuestiones civiles y mercantiles (*vid.* G. GANDOLFI, «Pour un Code...», *loc.cit.*, pp. 707 y ss.; Id.: «Per un codice...», *loc.cit.*, pp. 797-805; Id.: «Per la redazione di un Codice europeo dei contratti», *Riv.trim.dr.proc.civ.*, 1995, p. 1.081; Id., «Sul progetto di un Codice europeo dei contratti», *Diritto privato comunitario*, Nápoles, 1997, p. 284. *Vid.* asimismo las referencias de U. MATTEI, «A Transaction...», *loc.cit.*, p. 539; E. SCHULZE, «Le droit privé...», *loc.cit.*, p. 30). De hecho, la propuesta de Código Civil del grupo de Pavía no es más que el Código civil italiano con retoques.

[195] *Cf.* A. CHAMBOREDON, «The Debate...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 82-87.

ñido a la conveniencia de elaborar un Código Civil Europeo en su concepción clásica, por comparación con los Códigos civiles nacionales existentes.

b) ***Riesgos de una codificación «regional»***

176. El ámbito territorial de la codificación suscita interrogantes propios. De hecho, aunque no se trate de un supuesto de codificación en sentido estricto, la elaboración de los Principios de Derecho Contractual Europeo por la Comisión Lando, que ultimó sus trabajos en 1998, ha suscitado este debate previsible, por su coexistencia junto a los Principios UNIDROIT. Estos últimos, alumbrados unos años antes, están destinados a aplicarse en un espacio universal, y han comenzado a tenerse en cuenta con vigor en el arbitraje comercial internacional. Buena parte de los expertos que colaboraron en su redacción participaron asimismo en la Comisión Lando y, en buena medida, existe un acusado paralelismo entre ambos textos. Sin embargo, también se detectan diferencias de contenido. Los Principios elaborados por la Comisión Lando se vinculan funcionalmente al espacio territorial de las Comunidades Europeas. Su ámbito material es más ambicioso que el de los Principios UNIDROIT, pues además de pretender aplicarse a los contratos mercantiles internacionales, su objetivo es servir como mecanismo de unificación interna del Derecho contractual de los Estados miembros, incluidos los contratos celebrados por consumidores. Pero en el ámbito coincidente, a saber, la contratación mercantil internacional, se suscitan serias dudas sobre la conveniencia de una codificación regional, que puede resultar contradictoria con una codificación global, como la que se desprende de los principios UNIDROIT, en especial dado que se trata de un sector, el de la contratación comercial internacional, especialmente afectado por la globalización y necesitado de respuestas de alcance universal.

En suma, la codificación regional implica una opción de eficacia dudosa en aquellos sectores que están o deben estar internacionalizados, y cuya reglamentación debe evitar una multiplicidad de planos [196]. En el ámbito de la contratación internacional, la codificación europea presenta los tintes de un planteamiento localista, y no precisamente cosmopolita [197].



## 3. Conclusión: la inconveniencia de un Código civil europeo

177. Sin lugar a dudas, el DPE no se construirá desde arriba sobre la base de un Código civil, al menos en un futuro próximo. La propuesta no parece realista ni a corto ni a medio plazo, y el escepticismo está plenamente justificado [198]. En la Comunicación de la

[196] *Vid.* O. Sandrock, «Das Privatrecht...», *loc.cit.*, p. 7; K. Schurig, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 1109; P. De Miguel Asensio, «Integración...», *loc.cit.*, p. 419; A.S. Hartkamp, «The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law», *ERPL*, vol. 2, 1994, pp. 341-357. *Vid.* asimismo la formulación de esta opinión por la «Society of Public Teachers of Law of Great Britain and Northern Ireland» («Response to Communication from the European Comisión on European Contract Law») y el propio gobierno británico (*http: europa.eu.int/comm/consumers/developments/contract_l...*).

[197] Por otra parte, puede provocar inseguridad jurídica y soluciones poco aconsejables, desde la óptica de su compatibilidad con las normas de Derecho internacional privado. Así, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, aún siendo un texto cuyo alcance territorial se circunscribe a los Estados miembros de la Comunidad Europea, se diseñó con un ámbito de aplicación universal. Las partes pueden optar por elegir el Derecho nacional aplicable a un contrato internacional (art. 3), pero pueden también guardar silencio, confiando en que el contrato se regirá por el Derecho nacional aplicable en defecto de elección (art. 4). En semejante supuesto, puede que la aplicación de los Principios de Derecho Contractual Europeo no sea más que una desagradable sorpresa (*vid.* O. Sandrock, «Das Privatrecht...», *loc.cit.*, p. 8).

[198] Calificativos como «quimérico», «utópico», «irrealizable», «indeseable», «inimaginable», «imposible», «no factible» o «no realista» son un lugar común: *Cf.* M.J. Campana, «Vers un langage...», *loc.cit.*, p. 41; H. Collins, «European...», *loc.cit.*, p. 356;

Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, la alternativa de un Código siquiera sectorial se encontraba implícita en la denominada «opción IV», a saber, «la adopción de nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario», concretamente en su vertiente «c» (un conjunto de normas cuya aplicación no se pueda excluir en el contrato). Esta opción ha sido descartada mayoritariamente por los representantes de los gobiernos, empresas, consumidores y medios profesionales y académicos, que se han decantado mayoritariamente por opciones de menor envergadura, de talante *soft* [199].

Sin embargo, parecía necesario analizar con detalle los elementos de la propuesta, así como formular unas conclusiones al respecto, pues el propio Parlamento Europeo y un buen número de académicos han apoyado y siguen sustentando la idea de un Código Civil

E. HONDIUS, «Towards...», *loc.cit., op.cit.*, p. 13; Ph. MALAURIE, «Synthèse», *op.cit.*, pp. 246 y 252; F. RITTNER, «Das Projekt...», *loc.cit.*, p. 25; P. ULMER, «Vom deutschem...», *loc.cit.*, p. 5; A. WIJFFELS, «European...», *loc.cit., op.cit.*, p. 116; T. WILHELMSSON, «Private Law...», *loc.cit.*, p. 83; E. ZIMMERMANN, «Roman Law...», *loc.cit., op.cit.*, p. 26. Para otros, simplemente no ha llegado el momento (*cf.* U. BLAUROCK, *loc.cit.*, p. 271; P-C. MÜLLER-GRAFF, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 23; P. HOMMELHOFF, «Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung», *AcP*, 1992, p. 99; Id.: «Corporate...», *loc.cit., op.cit.*, p. 603; W. SNIJDERS, «The Organisation of the Drafting of a European Civil Code: a Walk in Imaginary Gardens», *ERPL*, 1997, p. 484).

[199] *Vid.* especialmente la posición de W. VAN GERVEN, «Codifying...», p. 4; R.M. GOODE, «Communication...», *loc.cit.*, p. 3; N. REICH, «Some Critical Comments», que incluye una demoledora crítica acerca de la ignorancia de la Comisión sobre lo que se trae entre manos; los gobiernos británico y polaco; U.K. Financial Services Authority; European Publishers Council; Bundesverband der Freien Berufe; The Law Society; Bar Council of England and Walles (*http: europa.eu.int/comm/consumers/developments/contract_l...*). Una postura de crítica prudente, con perspectiva de futuro, se encuentra asimismo en la contestación conjunta de la «Comission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», pp. 44-48.



Europeo [200]. En realidad, resulta difícil concebir, frente a sus inconvenientes, el éxito de una codificación global del Derecho privado «desde arriba», a partir de la propia experiencia comunita-

[200] El Parlamento Europeo, en su Propuesta de Resolución COM (2001) 398-C5-0471/2001-2001/2187 (COS) lo sitúa en un horizonte relativamente cercano: «a partir del 2010», si bien las primeras iniciativas se sitúan el el ámbito del *soft law* (*vid.* las valoraciones de E. ARROYO I AMAYUELAS y A. VAQUER ALOY, resumidas en la locuión: «los neosavignyanos ganan», «Un nuevo impulso...», *loc.cit. Cf.* Asimismo las urgencias de C. VON BAR, «Le Groupe...», *loc.cit.*, p. 139: «no pasará siquiera una generación antes de que el Proyecto de un Código Civil Europeo sea realizado». Con especial ahínco *vid.* también la defensa de W. TILMANN, «Eine Privatrechtskodifikation...», *loc.cit, op.cit., passim.* M. Fontaine se muestra partidario de comenzar la labor de inmediato («Codifying "Modern" Contracts», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 372). Entre quienes se manifiestan a favor de la «Opción IV», un Código sectorial de Derecho de los contratos o, al menos, de los contratos de consumo, se encuentran, como no podía ser menos, G. GANDOLFI y J.L. DE LOS MOZOS, en representación de la Academia de Pavía, «The European Consumers Organisation», «The European Consumer Law Group» y algún representante del mundo de las profesiones jurídicas (Lovells Boesveck Droste). *Cf. http: europa.eu.int/comm/consumers/developments/contract_l...*. Existen, además, ambiciosos proyectos académicos, como pueden ser las dos ediciones del volumen: *Towards a European Civil Code* en Kluwer. No obstante, si uno se toma la molestia de leerse el volumen completo, no acaba explicándose muy bien el título de la obra o, tal vez, se vuelve escéptico ante la idea de un Código Civil europeo. Mientras algunos de sus autores abordan el Derecho comunitario positivo, otros se quedan en una mera comparación, lo que demuestra la más variopinta panoplia de concepciones acerca del DPE, poco inspiradas en el título de un libro que, al menos, debía presentarse entre interrogaciones. Muchos de los autores reconocen, además, que se les dieron instrucciones para una comparación corta: Alemania, Francia, Inglaterra y Países Bajos, país este último que aparece como anfitrión y propulsor del *meeting* y del propio volumen, hecho que puede justificar su presencia en el marco de tal comparación frente a otros sistemas como los escandinavos, Italia o España, por poner solo algunos ejemplos. Así es que, en algunos casos (capítulo 32) se produce la circunstancia de que los protagonistas son los sistemas menos desarrollados, al menos desde el punto de vista normativo.

ria [201]. El Derecho europeo de sociedades puede servir de ilustración práctica. En sus inicios, se pretendió un Derecho europeo de sociedades de alcance global, construido «desde arriba». Los sucesivos fracasos fueron aconsejando paulatinamente una armonización puntual al amparo de sucesivas Directivas, que han ido generando paso a paso ámbitos de aproximación [202]. El ámbito de las garantías mobiliarias podría servir asimismo como ejemplo que aconseja prudencia. Si esta ha sido la única vía posible, tratándose de una codificación sectorial, no se entiende muy bien cómo puede ser distinta la solución cuando se aborda la posibilidad de una codificación en sentido puro. Luego, la primera conclusión es que la idea de un Código civil europeo es escasamente factible. Hemos tratado de poner de manifiesto los inconvenientes de todo tipo que suscita un Código Civil Europeo, amén de su ineficiencia. Pero, en el fondo, se nos antoja una tarea innecesaria, pues no lo vemos aparecer en el horizonte más utópico. Siguiendo a B.S. Markesinis, en una imagen gráfica aunque tal vez poco afortunada en sus connotaciones sexistas, pensar en el Código civil europeo viene a ser como pensar en la muerte y en Dios. «Pierdo poco tiempo pensando en la muerte y en Dios —dice—: en el primer caso, porque no arreglo nada con ello; en el segundo, porque entiendo poco de Él, en especial desde que el movimiento feminista ha tratado de remover el único atributo que durante siglos parecía claro: que es masculino» [203].

[201] Como gráficamente señala H. Kötz: «la uniformidad del Derecho privado en Europa no es tan fácil de alcanzar como parecen sugerir a veces los «aficionados» (*sic*) a la codificación» (*vid.* «How to Achieve...», *loc.cit.*, p. 9). Por otra parte, no deben desdeñarse las dificultades de principio que pueden encontrarse a la hora de delimitar un Código civil no mercantil, o, simplemente, llegar a un consenso sobre lo que debe entenderse por «Derecho privado» (*vid.* G. Alpa, «European...», *loc.cit.*, pp. 324-325).

[202] *Vid.* el análisis de H. Le Nabasque, «Un droit européen des sociétés?», *Le droit privé européen*, Paris, 1998, pp. 78-107.

[203] *Cf.* «Why a Code...», *loc.cit.*, p. 519.



178. Pero en segundo lugar, la propuesta de un Código civil europeo es, hoy por hoy, una propuesta jurídicamente incompatible con los principios del Derecho comunitario. El principio a la identidad jurídica nacional activa el recurso al principio de proporcionalidad, y permite mantener con claridad la contrariedad de una unificación del Derecho privado europeo por la vía de un Código civil, solución que va mucho más allá de lo necesario, particularmente si lo que se pretende es un texto normativo que abarque por igual las situaciones internas y las transfronterizas. El daño que se produce a la identidad nacional es mucho mayor que el beneficio que se obtiene para el mercado único, máxime cuando estos objetivos que amparan la aproximación de legislaciones tienen a su disposición vías menos gravosas, y no siempre responden a situaciones de ineficiencia jurídica o económica reales.

La ineficiencia jurídica y los costes de información que provoca la diversidad legislativa tienden a reducirse progresivamente, [204] merced a la creciente realidad transnacional del tráfico jurídico, los mecanismos más sofisticados en el conocimiento del Derecho extranjero, una formación universitaria cada vez más europea y, sobre todo, el papel que viene cumpliendo el DIPr nacional y el Derecho comparado como canal de comunicación entre distintas culturas y sistemas jurídicos. Pero, como hemos visto, un Código civil europeo no supondrá la unificación de culturas o mentalidades jurídicas diferentes y, en consecuencia, lo único que logrará será la generación de múltiples costes de información «imprevistos» u «ocultos», consecuencia de la aplicación de normas comunes por jueces con mentalidades divergentes [205].

[204] *Vid.* en este sentido A.J. Engel, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 130.

[205] U. Mattei denomina a este argumento «*difference will stay anyway*», pero lo califica como oscuro y sospechoso, sin otras consideraciones argumentales (*cf.* «A Transaction...», *loc.cit.*, pp. 538-539).

La seguridad jurídica en el ámbito comunitario y la eliminación de los costes de información, ante la dificultad de hacer converger Derechos nacionales tan dispares, ha cosechado buenos éxitos mediante la creación de instituciones específicamente europeas (patente, marca, sociedades)[206]. Por otra parte, no puede desdeñarse el menor coste que supone la unificación del DIPr, actualmente contemplada de forma generosa en el art. 65 CE, para eliminar muchos de los problemas que suscita la divergencia de ordenamientos, en particular consiguiendo la igualdad de soluciones para casos concretos[207]. El DIPr es, hoy por hoy, una disciplina que se nutre preferentemente de normas de origen internacional, donde la ciencia jurídica es abiertamente comparatista, y cuyo objeto sigue siendo estrictamente internacional, sin perjuzgar las soluciones que puedan mantenerse para supuestos puramente internos. Por su propia función, el DIPr es un puente o canal de comunicación entre distintas culturas jurídicas[208].

179. Por lo demás, el descarte de una acción imperativa de la Comunidad imponiendo un Código civil europeo, no prejuzga la posibilidad de otras vías colaterales más realistas, sobre la base de un *multi-track approach*[209], como pondremos de relieve en el capítulo siguiente. En concreto, no debe descartarse la utilidad de técnicas de *soft Law*, que promocionan la unificación progresiva sin forzarla. De hecho, en el ámbito del Derecho privado, los principios de proporcionalidad y subsidiariedad han fundamentado una reconducción de las acciones comunitarias a través de mecanismos de *soft Law*[210]. En este sentido, las Recomendaciones, Dictámenes o Leyes Modelos poseen un vigor real, más allá de sus efectos jurídicos típicos. Su eficacia viene reforzada por el propio principio de confianza comunitaria contenido en el art. 10 CE[211]. En esta dirección, la elaboración por la «Comisión Lando» de unos Principios de Derecho Contractual Europeo —redactados trabajosamente sobre el criterio de una «Ley Modelo» o «*Restatement*», y muy vinculados a los «Principios sobre los contratos comerciales internacionales» alumbrados en 1994 en el seno del UNIDROIT, aunque diferenciándose de éstos al incluir no sólo las situaciones transfronterizas, sino también las internas—, deben ser bien recibida, sin tener que considerarla necesariamente como un embrión de Código civil europeo[212], sin perjuicio de que pueda considerarse más aconsejable una unificación de alcance universal.

[206] *Cf.* H.J. SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, p. 986.

[207] *Vid.* en este sentido M. PAZ GARCÍA RUBIO, «Presente...», *loc.cit.*, p. 258; H.J. SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, p. 984; O. REMIEN, «Illusion...», *loc.cit.*, p. 281.

[208] *Vid.* E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne», *R. des C.*, t. 251, 1995, pp. 246-264; S. SÁNCHEZ LORENZO, «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *R.E.D.I.*, vol. XLVI, 1994-2, pp. 576-580.

[209] *Cf.* B.S. MARKESINIS, «Why a Code...», *loc.cit.*, p. 522-524. Para A.J. ARNAUD no habrá unificación con métodos «modernos» (*cf. Pour une pensée...*, *op.cit.*, p. 295).



En esta dirección, no está de más plantearse por qué razones el Derecho norteamericano se ha apartado de una codificación, a favor de técnicas de *soft Law* como los *Restatements*. Sus conceptos abiertos y su flexibilidad constituyen una opción por la equidad, frente a la legalidad, y son representantes de un talante dialógico, tendente muchas veces, al igual que los principios UNIDROIT o los elaborados por la «Comisión Lando» a establecer condiciones de diálogo y crear un «léxico común», sobre unos presupuestos muy diferentes al afán de sistematiza-

[210] *Vid.* en este sentido R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario...*, *op.cit.*, pp. 590-591.

[211] Una posición claramente orientada a las Recomendaciones y al *soft Law* como medio para alcanzar la unificación del Derecho privado en Europa puede constatarse en A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...». *loc.cit.*, pp. 130-131.

[212] Sin embargo, el propio LANDO parece concebirla de ese modo. *Vid.* O. LANDO, «Guest Editorial...», *loc.cit.*, p. 831.

ción y a la tendencia a la codificación tradicional que generalmente han presidido las propuestas europeas hacia un Derecho privado único. [213]

Por otra parte, negar la viabilidad jurídica de un Código civil europeo no prejuzga la bondad de proseguir la vía de la armonización sectorial, cuando resulte preciso para alcanzar o desarrollar una política comunitaria, y la jurisprudencia del TJCE puede seguir desempeñando su papel, vigilando que los Derechos privados nacionales se conformen con las exigencias históricamente crecientes de la consolidación del mercado único. En esta dirección, no puede descartarse una «codificación sectorial» —la expresión parece contradictoria en sí misma—, o, mejor dicho, una reglamentación sectorial, especialmente basada en grandes principios. El éxito de propuestas como la unificación del Derecho contractual europeo elaborada por la Comisión Lando, ni siquiera parecen tener una eficiencia global sobre sectores de unificación clave, como los contratos celebrados por consumidores, pese a que, a diferencia de los principios UNIDROIT, pretende abarcarlos, ni tampoco alcanza una regulación «completa» [214]. Parece demostrada su escasa adecuación a las necesidades y peculiaridades del Derecho del consumo, para el que se ha defendido una codificación especial y autónoma [215].

[213] *Cf.* las reflexiones sobre este modelo, en relación con el «Derecho privado europeo», en R. HYLAND: «The American...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 55-70. Reconociendo su interés preparatorio, pero rechazando su virtualidad como técnica de unificación del Derecho privado europeo, en razón de su incapacidad para resolver la inseguridad y la complejidad, P.Ch. MÜLLER-GRAFF, «EC-Directives...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 79-80. De igual modo, H. KÖTZ pone de manifiesto la dificultad de trasladar a Europa el modelo del *Restatement* norteamericano, excesivamente casuístico incluso para una mentalidad como la inglesa (*cf.* «Gemeineuropäischen...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 495-496).

[214] *Cf.* H.J. SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, p. 986.

[215] *Vid.* en este sentido los argumentos de C. JOUSTRA, «Consumer...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 133-148; S. LEIBLE, «Die Mitteilung...», *loc.cit.*, P. 476; D. STAUDENMAYER, «Die Richtlinien des Verbraucherprivatrechts – Bausteine für eine europäisches Privatrecht?», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 63-78. Para una vision crítica de la reducción de la codificación a los contratos celebrados por consumidores *cf.* O. REMIEN, «Verbraucherrecht oder allgemeine Privatrecht für die Europäische Union?», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 107-117. La misma idea se ha propuesto para los contratos de servicios (*Cf.* M.B.M. LOOS, «Towards...», *loc.cit., passim)*, y por supuesto para contratos comerciales específicos como los contratos bancarios, de seguros, marítmos, etc.



En realidad, buena parte de las propuestas en torno a un Código civil europeo lo son referidas a una codificación sectorial del Derecho de los contratos [216], para la que, sin duda, hay mayores dificultades que en el ámbito más restringido de los contratos de consumo. Hay, ciertamente, algunos postulados que deben compartirse, como la superación de la distinción entre contratos «civiles» y «mercantiles» [217]; y otros que pueden ser dicutidos, como la conveniencia de una reglamentación única para contratos comerciales y de consumo [218]. Y, desde luego, también pueden oponerse a una codificación global del Derecho contractual muchos de los argumentos ya estudiados, particularmente si lo que se pretende es una conseguir un Derecho imperativo. Pero, aún así, en el ámbito de la contratación, la referencia a un Código civil o a la idea de codificación parece en sí misma excesiva, por cuanto la codificación del Derecho civil a través de un Código apunta propiamente a un ámbito mucho más amplio, al menos capaz de englobar todo el Derecho patrimonial.

[216] *Vid.* H. HEISS, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 55; J.L. DE LOS MOZOS, «El Anteproyecto...»., *passim.* G. ALPA, «European...», *loc.cit.*, p. 326; J. BASEDOW, «Codification...», *loc.cit.*, p. 36 y 47-49; U. MAGNUS, «Die Gestalt...», *loc.cit., op.cit.*, p. 80.

[217] *Vid.* G. ALPA, «European...», *loc.cit.*, p. 325; U. MAGNUS, «Die Gestalt....», *loc.cit., op.cit.*, p. 78.

[218] *Vid.* U. MAGNUS, «Die Gestalt....», *loc.cit., op.cit.*, p. 78.

180. Finalmente, la propuesta de un Código civil europeo no sólo es poco factible, legalmente dudosa y desproporcionada, sino que puede ser consideraba indeseable y admitir una valoración negativa. Hacer de la eficiencia económica la excusa para eliminar las peculiaridades culturales de los Derechos nacionales refleja una cierta ética del capital y de la tecnología, anclado en una globalización moralmente deficiente [219], en un pseudocosmopolitismo ideológicamente en descrédito, que promete una estabilidad y seguridad ilusorias a un precio excesivamente alto [220]. Se trata de un universalismo de nuevo cuño, una vuelta a la modernidad, que sólo trata de sustituir a la diosa Razón por la diosa Economía. Un Derecho único es un instrumento político más para un pensamiento único, para la evicción de la pluralidad cultural, que acaba por «demonizar» y considerar reaccionaria y antieuropea cualquier postura contraria o simplemente reservada frente a la unificación jurídica [221]. Es, en suma, un síntoma

[219] Además, que la globalización precisa la unificación jurídica es una falacia. La globalización misma provoca divergencias jurídicas, pues provoca fragmentaciones sociales a escala universal. Del mismo modo, la europeización puede provocar las divergencias, como demuestra el mismo problema de la «buena fe» (*vid.* G. TEUBNER, «Legal Irritants...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 245-246).

[220] *Cf.* los argumentos ideológicos de P. LEGRAND , «Against...», *loc.cit.*, p. 51.

[221] En cierto sentido, tiene razón P. LEGRAND al denunciar que en nuestros días solo se puede ser un buen europeo si se defiende la supresión de todo particularismo local. Cualquier manifestación de la mínima duda acerca del centralismo jurídico europeo o a favor de la pluralidad cultural se entiende como prueba de enemistad frente al proyecto común europeo. Y rescata P. LEGRAND las palabras gruesas de políticos de la talla de H. KOHL y otros defendiendo la integración europea como una cuestión de «guerra o paz» o como algo inevitable si no se quiere defender «Auschwitz» (*vid.* «On the Unbearable...», *loc.cit.*, p. 66). Ciertamente, cabe una lectura conservadora de la defensa de la pluralidad cultural (HABERMAS), y una distorsión de las ideas postmodernas a favor de intereses conservadoras, pero como bien señala el propio P. LEGRAND, los planteamientos postmodernos a favor de la pluralidad no pueden ser tachados sin ignorancia



de totalitarismo cultural, política e ideológicamente comprometido [222]. Desde luego, la idea repugna a cualquier filosofía de talante postmoderno, y no se compadece bien con la afirmación de la «Era de la Complejidad» [223].

de conservadores, si se tiene en cuenta el pensamiento de T. ADORNO, W. BENJAMÍN, P. BOURDIEU, G. DELEUZE, J. DERRIDA, P. GOODRICH, L. IRIGARAY, C. MOUFFE, P. RABINOW, I.M. YOUNG, G. TARDE, J. GARELLI, C. TAYLOR, J.F. LYOTARD O E. JAYME (*ibíd.*, p. 70). A la postre, el europeísmo puede degenerar con facilidad en un nuevo nacionalismo excluyente: solo es cuestión de dimensiones geográficas, pero no de postulados espirituales. En contra, U. MATTEI y A. DI ROBILANT sostienen la tesis, bastante curiosa, de que las filosofías que se gestan en los Estados Unidos con un talante indudablemente progresista, tal como los *Critical Legal Studies*, acaban convirtiéndose en conservadores y fascistas en su traducción europea, de forma que el mismo principio de identidad nacional que sirve en Estados Unidos para proteger a las minorías étnicas, sirve en Europa para exterminarlas o para justificar una política de inmigración restrictiva. En la defensa de su tesis, MATTEI y DI ROBILANT llegan a meter en el mismo saco a Savigny, Nietzsche, Hitler y Karadzic (*vid.* «The Art and Science...», *loc.cit.*, esp. pp. 41. W. VAN GERVEN se limita a recordarnos que Savigny era un aristócrata ultraconservador, «A Common Law...», *loc.cit.*, p. 498). No compartimos el planteamiento extremista ni de unos ni de otros. Para empezar, no creemos que haya diferencias notables entre las infames políticas europea y norteamericana contra la inmigración, las culturas minoritarias y el eje del mal. Ni puede decirse que la idea de la identidad cultural o nacional sea siempre buena o mala. Como todas las ideas, puede ponerse al servicio del bien (defensa de las culturas minoritarias) o del mal (nacionalismo). Lo único cierto es que en la integración del Derecho europeo a toda costa existe o puede existir un componente político contrario a la diversidad cultural, y también, por qué no, y aunque más raro, un deseo bientintencionado de superar los «nacionalismos».

[222] En opinión de P. LEGRAND se trata de estrategias diseñadas para suprimir las diferencias, y llega a acusar a autores como O. LANDO o W. VAN GERVEN de actuar en connivencia son tales estrategias, bien de forma ilusoria, bien de mala fe (*cf.* «On the Unbearable...», *loc.cit.*, p. 67).

[223] A.J. ARNAUD concluye su obra sobre el pensamiento jurídico europeo con esta afirmación: «Elaboración de una Europa jurídica y postmodernismo van a la par. La racionalidad de una coincide con los principios de racionalidad del otro. La Europa jurídi-

Europa debe su nombre a un personaje mítico que sufrió la violencia de Zeus metamorfoseado en un toro. En los múltiples congresos y reuniones científicas dirigidos a reforzar la necesidad de un «Código civil» europeo, donde, a menudo, sólo son invitados los conversos, suelen aparecer proclamas más propias de la incitación a la batalla o a saltar parapetos, que producen cuando menos un repudio visceral y un recordatorio de la violencia mítica de Zeus [224]. En sí misma, la adopción de un Código civil europeo supone un acto de violencia sobre la naturaleza del Derecho privado europeo. Si el deseo es que este río llegue al mar, encauzarlo artificialmente es invitarlo al desbordamiento, anegando las variopintas cosechas que

ca no existirá más que si hace suyos el pluralismo y la complejidad que, desde su origen, fueron inscritos en su historia» (*cf. Pour une pensée...*, *op.cit.*, p. 300). No en vano se ha calificado a Europa como un «Estado postmoderno» (*vid.* T. WILHELMSSON, «Private Law...», *loc.cit.*, p. 90). En el mismo sentido, estima G. SAMUEL («English...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 60) que no se puede simplificar lo complejo, sino aceptarlo. Sobre la idea moderna de Europa, limitada por planteamientos postmodernos, *vid.* A. BARATTA y Ch. Giannoulis, «Dal diritto europeo...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 32-64; U. MATTEI y A. DI ROBILANT, «The Art and Science...», *loc.cit.*, p. 55; W. VAN GERVEN, «A Common Law...», *loc.cit.*, p. 499. Ciertamente, la incorporación de grandes teorías del pensamiento filosófico y jurídico, como el postmodernismo o la *Critical Legal Theory*, a la explicación de las tendencias del DPE pueden producir a menudo más sombras y confusión que luces (*vid.* por ejemplo C.W. MARIS VAN SANDELINGENAMBACHT, «Legal Postism and the End of European Private Law (Duncan KENNEDY's Critique of Adjudication)», *ERPL*, 2002/1, pp. 111-132). Aún así, sirven para enmarcar este proceso en una realidad más amplia y a apreciarlo con mejor perspectiva y distancia.

[224] W. TILMANN, tras un encendido resumen del simposium que dio lugar a un magnífico volumen, termina con estas palabras, sin duda amedrentadoras para quién no sepa de buena tinta de qué va el asunto: «Europa, zeig, was du kannst!» (*cf.* «Towards a European Civil Code», *ZEuP*, 1997/3, pp. 595-598). Traducido al castellano, la expresión viene a decir, más o menos: «¡Europa, demuestra de qué eres capaz!». Más que provocar la adhesión del interlocutor, la soflama produce congoja.



jalonan sus riberas. Nuestra obligación como juristas es dejar fluir los Derechos nacionales. La evolución natural de los acontecimientos tal vez lo harán desembocar en el océano de la unificación, pero debemos procurar que sea un acontecimiento natural, *imperio rationis*, y no *ratione imperii*. Para propiciarlo no debemos hacer de un Código civil impuesto y forzado el sinónimo del DPE [225].

> Resulta apropiado reproducir, por su alcance, la opinión de José María Gil Robles, escritas desde su cargo como presidente del Parlamento Europeo: «La aspiración que nos debe guiar desde una óptica genuinamente europeísta no es unificar por unificar, sino ir armonizando aquellas normas —de Derecho privado o público— cuya disparidad imposibilite o dificulte grandemente el funcionamiento del mercado interior o la aplicación de las políticas comunitarias. Nada más y nada menos. Porque no se trata de construir un espacio jurídico uniforme, sino un espacio jurídico armónico, respetando al máximo la identidad del Derecho de cada uno de los Estados miembros. Dejando obrar al tiempo y a los afectados, y más en Derecho privado, se consigue la eficacia a través de la aceptación o internacionalización de las normas, no mediante su publicación en un diario oficial» [226].

181. Al abordar la forma de construir una enseñanza jurídica europea, C. Flinterman cuenta un chiste: en una gran empresa, después de arduas negociaciones, la dirección y los trabajadores adoptan un convenio colectivo cuya aplicación depende del beneplácito de todos y cada uno de los trabajadores. Todos lo firman, menos Joe, el portero. El presidente de la firma convoca a Joe a su despacho, ubicado en la trigésimo octava planta. Después de servirle un ron

[225] Coincidimos con la poética propuesta de C. WITZ: «continuemos preparando la tierra, en un clima sereno y tolerante, para que la rosa pueda brotar en su momento. Y dejemos a las generaciones futuras la tarea de descubrir el color de la rosa» («Rapport de Synthèse», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, París, 2001, p. 173).

[226] *Vid.* «La unificación jurídica...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 305. En un sentido muy similar, V. GÖTZ, *loc.cit.*, p. 266.

Havana y un whisky doble con soda, le dice a Joe que tiene dos opciones: o fimar o saltar por la ventana. Joe firma sin dudarlo. Tras recobrarse de su sorpresa, el presidente le pregunta a Joe: «¿Por qué ahora has firmado el convenio inmediatamente y no lo has hecho antes?» Joe le contesta: «Desconocía cuáles eran las alternativas» [227]. Flinterman cree que el chiste de Joe no es aplicable al problema de la enseñanza jurídica europea, puesto que las alternativas se presentan de forma menos dramática. De modo similar, la opción por un Código civil europeo como vehículo para alcanzar un Derecho privado europeo no nos sitúa ante un dilema tan categórico, pues existen muchas otras vías alternativas [228], que no consisten precisamente en arrojarse por la ventana. A ello nos referiremos con más detalle en las páginas siguientes.

[227] *Cf.* «European Legal...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 117.

[228] *Vid.* esta idea en el coloquio celebrado en el Max Planck Institut de Hamburgo y publicados en la *Rabels Zeitschrift*, que presenta H. KÖTZ, «Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung», *Rabels Z.*, 1992, pp. 215-218.

# III
# LA UNIFICACIÓN DEL DPE DESDE ABAJO

## 1. EL DPE ACADÉMICO

### A. El retorno al *ius commune* y la falacia del «academicismo universalista»

182. En el capítulo anterior nos referimos a la inconveniencia de recurrir al *ius commune* para justificar la unidad jurídica europea o justificar cualquier analogía entre tal fenómeno histórico y la realidad actual [1]. Al margen de los argumentos ya expuestos sobre el carácter supletorio del *ius commune* respecto de los derechos locales, o el diverso grado de recepción territorial o influencia de sus dos componentes, el Derecho romano y el Derecho canónico, resulta verdaderamente absurdo dar un salto histórico en el vacío que bo-

[1] Un correcto análisis de la europeización del Derecho privado en perspectiva histórica, diferenciándola del proceso actual, puede verse en M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 11-21. *Vid.* también R. SCHULZE, «Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgesichte», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäsichen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 129-136.

rre de un plumazo lo acaecido en los últimos dos o tres siglos, donde precisamente Europa se construye como algo más que un término mítico, las más de las veces a sangre y fuego [2]. Supondría, entre otras cosas, negar la existencia y la propia influencia de la Ilustración o del positivismo jurídico [3].

Sin embargo, una corriente de pensamiento defiende una construcción del DPE singular, a partir de la *auctoritas* doctrinal, a la manera del viejo *ius commune*, donde, en lugar de textos legales positivos, el diálogo académico genere los principios jurídicos comunes que rijan las relaciones jurídico-privadas. Ni que decir tiene que no parece factible la comprensión de un DPE universal de corte puramente pretoriano y culto, inspirado en la *auctoritas* doctrinal, a la manera del viejo *ius commune* [4].

183. En el fondo, la defensa de un DPE se inspira en muchos casos en un «universalismo academicista» [5], nostálgico de épocas

[2] Todo lo más, siguiendo a P. GROSSI (*cf.* «Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo», *Riv.dir.civ.*, 1996, pp. 281-286), podríamos admitir la existencia de ciertas analogías entre el Derecho medieval y las circunstancias actuales, concretamente el declinar de la «soberanía», o la progresiva superación de la referencia estatal como concepto básico de la construcción de un sistema jurídico, pero no más.

[3] *Vid.* J. BASEDOW, «Un droit commun...», *loc.cit.*, p. 9.

[4] No faltan, empero, sabios defensores de esta idea, a nuestro juicio más que singular, de acreditada talla y conocimientos, sobre todo de Derecho histórico, como R. ZIMMERMANN. *Vid.* también B. OPPETIT, «Droit commun et droit européen», *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, Dalloz, 1994, pp. 311-319.

[5] *Cf.* H. COLLINS, «European...» *loc.cit.*, p. 357; M. DELMAS-MARTY, «Le phénomène de l'harmonisation: l'expérience contemporaine», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, 2000, pp. 27-28. El mismo principio ha sustentado, en ocasiones muy artificialmente, otro concepto especialmente debatido: la *Lex Mercatoria* (*cf.* F. DE LY, «Lex Mercatoria and Unification of Law in the European Union», *Towards*



muy lejanas en que un maestro universitario podía explicar Derecho positivo con una movilidad geográfica envidiable. En casos extremos, se trata simplemente de intentar convertir al Derecho romano

*a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/London/Boston, 1998, p.45). Un ejemplo palmario de este planteamiento nostálgico se encuentra en J.L. DE LOS MOZOS, que admite la falta de identidad entre el Derecho comunitario y el *ius commune*, pero con el objeto de proponer una vuelta al modelo doctrinal del *ius commune*, para escapar de la vulgarización del Derecho que provocan las disposiciones comunitarias. Se llega a afirmar por este autor que es preciso unificar los derechos reales sobre el modelo de *ius rerum* de las *Institutas*, que, como es sabido, constituye un modelo hipotecario anclado en una sociedad agraria prefeudal, que condena la evolución en este ámbito producida por la revolución industrial y, hoy en día, por la revolución tecnológica. Se adereza todo ello con un abierto desprecio al judicialismo europeo, calificado como «primitivismo jurídico», y un desdén notable al *common law*, «aún en trance de descubrir el contrato como categoría jurídica», paralelo a ciertas diatribas contra la jurisprudencia constitucional sobre derechos fundamentales, responsable de «destrozos jurídicos» como equiparar la unión de hecho con el matrimonio en relación con la subrogación en el arrendamiento, «igualando al que no saca billete con el que lo obtiene oportunamente» (*vid.* «Integración europea...», *loc.cit.*, pp. 211-225, esp. pp. 211, 214, 218, 221-222). Si la consecución del Derecho privado europeo pasa por los planteamientos del citado autor, con responsabilidad en alguno de los grupos pioneros en Derecho privado europeo más reputados, permítasenos apuntarnos en la lista del exilio jurídico. Un reflejo foráneo de argumentos emotivos para una «ciencia jurídica europea» puede hallarse en los planteamientos de B. SCHMIDLIN. Desde una perspectiva histórica o nostálgica, se construye el concepto de Derecho privado europeo a partir de una naturaleza doctrinal, un postulado universalista (*ratio naturalis*) y unas bases axiológicas que radican en los conceptos de persona, propiedad y libertad. Presumiblemente, tal salto al pasado nos debe llevar a un Derecho patrimonial concebido sobre un modelo agrario y a un Derecho de la persona sobre un modelo religioso. En definitiva, se trata de regresar a los límites históricos del feudalismo, que es algo tan razonable como pretender llegar a la luna en calesa (*cf.* «Gibt es ein gemeineuropäischen System des Privatrechts? (Eine allgemeine Betrachtung über den Beruf unserer Zeit zu einer europäischen Gesetzbuch und Rechtswissenschaft)», *Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeinseuropäischen Privatrecht*, Basilea, 1994, pp. 33-56). Estos planteamientos cercanos al universalismo iusnaturalista resultan

en algo más que un saber jurídico básico o fundamental, esto es, en una disciplina de Derecho positivo. En España se encuentran ejemplos de plazas adscritas a los Departamentos de Derecho romano con un perfil de «Derecho privado europeo» [6]. Detrás de tales intereses académicos no siempre existe una formación seria y profunda en el Derecho comparado actual de los sistemas jurídicos que conviven en Europa. Por lo demás, muchos principios esenciales del Derecho privado se han construido por oposición a la tradición romanista, o han tomado una inspiración contraria basada en el *common law*, como puede ser la propia noción de «contrato», la responsabilidad por «culpa in contrahendo», las fórmulas actuales de *laesio enormis,* la doctrina del error, las estipulaciones a favor de tercero, o la representación [7]. En los propios sistemas continentales, la diversificación en el

particularmente peligrosos, desde el momento en que pretenden desconectar el Derecho privado del contexto social y cultural en que se desenvuelve la persona humana (*cf.* H. COLLINS, «European...» *loc.cit.*, p. 357). Pero nos quedamos al respecto con la reflexión de B.S. MARKESINIS, y, si hace falta, al otro lado del canal: «The idea of a European Code, however, belongs to the "Paradise of Legal Ideas" that would have appealed to some Pandectistics but leave of us on my side of the Channel sceptical to say the least» (*cf.* «Why a Code...», *loc.cit.*, p. 524).

[6] Afirma A. WIJFFELS: «Los historiadores del Derecho, siempre ansiosos por escapar de la sospecha acerca de la irrelevancia de su Área de conocimiento, se han subido al carro con rapidez...» (*vid.* «European Private Law...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 105-106). Aunque no compartamos en modo alguno que la Historia del Derecho, el Derecho romano o el Derecho canónico sean, ni mucho menos, irrelevantes, sí es cierto que, por razones de supervivencia académica en coyunturas poco propicias, no han faltado escapatorias como las descritas. T. WILHELMSSON señala asimismo que existe cierto complejo de disciplinas consideradas «nacionales» de dar el salto cualitativo a la dimensión «internacional», y pone de relieve los intereses académicos en todo el debate acerca del DPE (*vid.* «Private Law...», *loc.cit.*, p. 83).

[7] *Vid.* en el ámbito contractual H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, t. I, 1996, pp. 6, 13, 53, 78, 199, 262, 330, 371; K. LUIG, «The History...», *loc.cit.*, pp. 424-426.



alcance y la forma de recepción del Derecho romano-canónico se traduce en diversidad de estilos en la práctica jurídica y en la propia enseñanza universitaria, propiciando una interpretación deforme del presunto Derecho uniforme [8].

El Derecho romano ha sido esgrimido como recurso histórico para demostrar la unidad jurídica europea y la conveniencia de un DPE. Los trabajos de R. Zimmermann [9] se orientan preferentemente a demostrar y generar una «conciencia general», admitiendo, de un lado, el valor *per se* del Derecho romano [10], y postulando, de otro, el papel del Derecho romano en la europeización actual del Derecho privado y en su unidad intrínseca, reclamando un cierto retorno a un Derecho culto y doctrinal, que supere una concepción científica positivista fruto de la era de la codificación. Semejante planteamiento presenta las mismas claves iusfilosóficas expuestas por B. Oppetit: mientras en su espíritu el DPC aparece como un sistema jurídico administrativizado en torno a la economía social de mercado, el *ius commune* se ampara en una cultura común que gira en torno a una fe y a la razón natural; en tanto que el método del DPC representa un positivismo asistemático que trae causa en un derecho de autoridad enormemente burocratizado, el *ius commune* responde a un modelo de derecho sabio y racional [11]. Adoptando otra estrategia, autores como R. Knütel persiguen demostrar la presencia normativa y la incidencia positiva del Derecho romano, incluso en los principios aplicados por el TJCE, incidiendo no sólo en su superioridad racional, sino en su intrínseca «justicia natural», llegando a afirmar sin duda su preeminencia jerárquica sobre el BGB. Confiemos en que ello no implique el retorno de la esclavitud, la *manumissio*, la *capitis diminutio maxima*, la restauración de la *Lex Voconia*, el triste destino del *addcitus* o la familia agnaticia [12].

Por lo demás, semejante «*ius commune*» sería incapaz de dar respuesta a la imbricación actual del Derecho público y del Derecho

[8] *Vid.* F. RANIERI, «Juristische...», *loc.cit.*, pp. 59-68.

[9] *Vid.* especialmente, «Roman Law...», *loc.cit., op.cit.*, p. 26.

[10] Aunque pueda relativizarse la «idealidad» de las soluciones «romanas» (*cf.* «El legado...», *loc.cit., op.cit.*, p. 51).

[11] *Vid.* B. OPPETIT, *loc. cit., op. cit.*, pp. 311-314.

[12] *Cf.* K. LUIG, «The History...», *loc.cit.*, pp. 410-418. S. LEIBLE, *op.cit.*, § 7.A.I.

privado, con unas raíces ideológicas muy diferentes al viejo Derecho romano. Baste pensar en las relaciones entre el Derecho laboral, la seguridad social, los seguros, la responsabilidad contractual y el Derecho de contratos, cuya conjugación ya de por sí resulta hercúlea para un solo Derecho nacional [13]. En buena parte, es una consecuencia inevitable de las propias divergencias sociales: el *ius commune* no se enfrentaba a las vicisitudes de una sociedad de masas como la actual [14].

Frente a semejantes planteamientos académicos, no está de más recordar que el propio Derecho comunitario ha dictaminado la inexportabilidad de los estudios jurídicos, al contrario de lo que sucedía en el viejo *ius commune*. En efecto, la Directiva 89/48/CE prevé un régimen específicamente restrictivo para el reconocimiento de títulos universitarios que habiliten al ejercicio de las profesiones jurídicas en un Estado miembro, que pasa necesariamente por una prueba o examen del conocimiento del Derecho positivo nacional, requisito que, para otras profesiones, es una simple alternativa a un período de adaptación cuando los títulos no reflejan una equivalencia suficiente. La flexibilización en dicho reconocimiento a través de la Directiva 98/5/CE, en aras a la libertad de establecimiento de los abogados, no solo no es óbice a tal afirmación, sino que la confirma, al diferenciar el ejercicio de la abogacía haciendo uso del título de origen o del título reconocido.

184. Por lo demás, los «academicistas» no siempre son savignyanos o contrarios a la codificación. Buena parte de ellos son asimismo acérrimos defensores de la codificación desde arriba del DPE. Más bien participamos de la dicotomía que expresan B. Schäfer y Z. Bankowski, en torno a una concepción «publicista» o desde arriba, que coincidiría con los planteamientos del Código Civil Europeo o del DPE doctrinal, y la concepción «privatista» o desde abajo (*bottom-up)*, más cercana a la apertura comparatista, las iniciativas

[13] *Cf.* esta idea en B.S. MARKESINIS, «Why a Code...», *loc.cit.*, p. 521.

[14] *Cf.* B. SCHMIDLIN, «Gibt es...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 45-47.



académicas y la codificación mediante fórmulas blandas [15]. En consecuencia, habría un academicismo «romanista» partidario de eliminar las nefastas consecuencias de las codificaciones nacionales y volver al pasado, que no hace ascos a una codificación supranacional. Enfrentados, los académicos con un perfil más comparatista asumen la historia reciente y miran hacia el futuro con el fin de orientar, desde abajo, una aproximación gradual de los Derechos nacionales que utilice como instrumento clave el Derecho comparado y la inducción de principios comunes.

## B. En busca de los principios comunes: el papel del Derecho comparado

185. Desde abajo, la aportación fundamental al DPE que corresponde a los académicos es la potenciación y el desarrollo de estudios de Derecho comparado. Resulta preciso desarrollar e institucionalizar estudios de Derecho comparado en los distintos sectores del Derecho privado, con la finalidad de tratar de desvelar cuáles son realmente las diferencias de fondo entre los distintos sistemas nacionales, y qué principios comunes pueden ser útiles para generar progresivamente una unificación o aproximación definitiva [16].

No obstante, el objetivo de los estudios de Derecho comparado privado europeo no debe ser, directamente, la consecución de la unificación. Deben realizarse sin mediatización ni contaminación por

[15] *Cf.* «Mistaken Identities: the Integrative Force of Private Law», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, 2000, p. 28.

[16] B. MARKESINIS, «Unité ou divergence: à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain», *RIDC*, 4-2001, pp. 822-824. Se trata del *«ius commune-Kompilation»* en expresión de C. SCHMID («Anfänge...», *loc.cit.*, p. 216).

los fines político-jurídicos, con una finalidad exclusivamente científica. Por esta razón, es imprescindible que el estudio no sólo sea completo, sino también que revele las divergencias junto con los principios comunes [17]. Cosa distinta es la utilidad que tales estudios pueden suministrar al legislador comunitario a la hora de arrostrar la decisión política de proceder a la unificación y de elegir su contenido, forma y alcance. Pero esta no es la única utilidad de estas iniciativas investigadoras. El conocimiento de los principios comunes puede inspirar asimismo la propia evolución unilateral de los Derechos nacionales, la perfección técnica de las normas vigentes tanto en los sistemas internos como en el Derecho comunitario, y debe tener trascendencia en la enseñanza jurídica, proporcionando un conocimiento mutuo más real y profundo de los sistemas jurídicos, que acaba

[17] El mismo acento se pone en el *Common Core Project* de M. BUSSANI y U. MATTEI (*loc. cit.*, p. 342), quienes proponen asimismo una «cartografía legal», la descripción del «genoma legal» en Europa, viendo sus diferencias y concomitancias, sin proponer u orientarse hacia la uniformidad. Para H. KÖTZ, la comparación debe buscar principios comunes, pero sin obviar o escamotear las diferencias, ni condicionarse a un afán descriptivo ni constructivo del DPE (*vid.* «Interpretation of Contracts», *Towards a European Contract Law*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 267-283). Buenos ejemplos de una investigación orientada en tal sentido pueden ser las aportaciones recientes de R. ZIMMERMANN y S. WHITTAKER, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000; de W. VAN GERVEN, J. LEVER y P. LAROUCHE, *Cases, materials and Texts on National, Supranational and International Tort* Law, Oxford/Portland, 2000; y de Ch. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, 2 vols., Munich, 2000. *Vid.* también los planteamientos de M. BUSANI, «Il nucleo comune del diritto privato europeo (un progetto dell'Università di Trento)», *Diritto privato comunitario*, vol. I, Nápoles, 1997, pp. 126-136; M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 62-73; W. VAN GERVEN «The ECJ Case Law...», *loc.cit., op.cit.*, p. 91; Id.: «A Common Law...», *loc.cit.*, pp. 485 y 501; Id.: «Casebooks for the Common Law of Europe. Presentation of the Project», *ERPL, loc.cit*, pp. 67-70; H. KÖTZ, «The Common Core...», *loc.cit.*, pp. 459-552; Id.: «Rechtsvereinheitlichung...», *loc.cit.*, p. 17. S. LEIBLE, *op.cit.*, § 7.A. I y II; K. LUIG, «The History...», *loc.cit.*, p. 422.



favoreciendo su aproximación y profundizando en los intercambios de por sí naturales entre las distintas culturas jurídicas.

186. Uno de los riesgos que plantea este proceso es, precisamente, su institucionalización. Hasta la fecha, han ido apareciendo distintos grupos «privados», con una vinculación más o menos institucionalizada, y localizados en distintas «sedes», cuyo carácter es marcadamente centroeuropeo [18]. Se corre el riesgo no solo de una «balcanización» académica, sino de restringir el prisma del estudio dejando fuera los sistemas jurídicos «menos representativos». Por otra parte, los mecanismos de reclutamiento de «expertos» nacionales puede resultar en ciertos casos aleatoria y viciar los resultados de una investigación comparada, por lo que debe tenderse a una «democratización» y ampliación de los estudios comparados, más allá de grupos oficiales u oficiosos. Por ello, frente a la proliferación de distintos «grupos» o «sedes» [19], de filiación, tendencias e intereses

[18] La marcha del Grupo de estudios sobre un Código civil europeo (fundado por cuatro eminentes profesores, dos alemanes, un danés y un holandés), denota un marcado acento centroeuropeo. De hecho, las sedes de los grupos de trabajo sobre los temas específicos se encuentran en Hamburgo, Osnabrück, Salzburgo, París y (para el *trust*) Edimburgo, a la vez que existe una estrecha coordinación con los grupos Innsbruck-Hamburgo y Tilburg-Maastricht-Viena. *Vid.* Ch. VON BAR, «Le Groupe...», *loc. cit.*, p. 135. Algo similar cabría esperar de la recientemente constituida Comisión para el Derecho europeo de la familia, fundada por seis profesores, de Utrecht, Lovaina, Cardiff, Lyon, Frankfurt (Oder) y Ratisbona. *Cf. RIDC*, 4-2001, p. 973.

[19] Muchos de los grupos nacen a partir de la iniciativa académica o privada, tratando de ocupar territorios ignotos, asociando dichos territorios a una ciudad, normalmente sede de la Universidad promotora, en una suerte bien de colonialismo intelectual, bien de respeto al lema «la tierra para quien la trabaja», aprovechando la ocasión más insólita para declarar la ocupación. Así, en la presunta contestación a la propuesta de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual Europeo, F. REICHERT-FACILIDES aprovecha para presentar a un nuevo grupo el «Grupo de Innsbruck» o «Project Group-Restatement of European Insurance Contract Law», que se añade a la

muy diversos, debe valorarse la necesidad de crear una institución oficial de carácter permanente para el estudio comparado del DPE, una suerte de *European Law Institute*, que ayude a racionalizar las distintas iniciativas y a garantizar una participación significativa de todos los sistemas jurídicos implicados [20].

187. Con todo, la identificación de los principios comunes no es tarea simple. No basta una comparación en el sentido tradicional o pandectístico, referida a conceptos extraídos las más veces con métodos deductivos y anclada en la comparación entre legislaciones nacionales [21]. Se impone un método comparativo que analice las distintas soluciones reales o judiciales que se proporcionan en cada sistema jurídico para un supuesto determinado [22]. La situación resulta, además, ciertamente compleja en aquellos casos en los que los propios principios que tradicionalmente sustentaban los sistemas con-

lista ya existente. Con el tiempo, es fácil que no tardemos en ver cosas parecidas a «Grupo de Buxtehude sobre Derecho de las servidumbres de paso», «Grupo de Eastbourne sobre la enfiteusis» o «Grupo de Colunga sobre las sustituciones fideicomisarias».

[20] Tampoco estaría de más una Dirección General específica de DPE en la Comisión. *Vid.* en ambas direcciones R. M. GOODE, «Communication...», *loc.cit.*, p. 6; H. KÖTZ, «Gemeineuropäischen...», *loc.cit., op.cit.*, p. 498. W. Snijders, «The organisation...», *loc.cit.*, p. 485; C. SCHMID, «Legitimacy...», *loc.cit.*, p. 11; S. LEIBLE, «Die Mitteilung...», *loc.cit.*, p. 477 y 479.

[21] Un modelo en este sentido podría ser: F. RANIERI, *Europäisches Obligationsrecht. Leer-und Textbuch*, Viena, 1999.

[22] En esencia, se trata del método de comparación judicial (deconstrucción-reconstrucción) propuesto por B. MARKESINIS y puesto en práctica por algunos de los «grupos» más reputados del DPE («Studying Judicial Decisions in the Common Law and the Civil Law: A Good Way od Discovering Some of the Most Interesting Similarities and Differences that Exist between these Legal Families», *The harmonisation of European Private Law*, Oxford, 2000, pp. 117-134). *Vid.* también U. MATTEI y A. DI ROBILANT, que caracterizan dicho método, propio del «Common Core Approach» como «funcionalista», por oposición al «estructuralista» («The Art and Science...», *loc.cit.*, p. 49).



ceptuales nacionales están en entredicho o en fase de disgregación, como ocurre de forma particular en el ámbito de los derechos reales [23]. La realidad de un Derecho privado europeo sin principios sectoriales o de segundo nivel, sin «parte general», si se quiere, y sin posibilidad significativa de inducir dichos principios de la jurisprudencia uniforme que emana de TJCE, acrecienta los inconvenientes de un DPC puntillista, pero sobre todo requiere contemplar como única posibilidad la construcción de un DPE «desde arriba» inmensamente preciso y rígido. En suma, las diferencias de culturas jurídicas exigirían construir un Derecho positivo europeo muy detallado, sin margen alguno de flexibilidad, que impediría el recurso a los principios generales. Se trata de una opción no sólo irrealizable, sino indeseable [24]. Por esta razón, la intensificación y promoción de los estudios de Derecho comparado europeo, incomprensiblemente olvidados en muchos casos en los propios planes de estudio de las Facultades de Derecho, constituye una política imprescindible para la consecución cabal del DPE [25]. No debe resultar extraño, pues, que

[23] Como indica A. GAMBARO, la conocida desintegración del concepto de propiedad y de las teorías legales acerca del Derecho de propiedad, singularmente en los sistemas continentales, es particularmente descorazonadora, pues en tal contexto resulta claro que la doctrina no puede proporcionar una guía o una serie de principios a un potencial legislador europeo (*cf.* «European Aspects...», *loc.cit., op.cit.*, p. 79). Por la misma razón, la tesitura de un TJCE enfrentado a la generación de un cuerpo de conceptos autónomos en el ámbito de los derechos reales no es menos esperanzadora.

[24] *Vid.* tal conclusión en U. BLAUROCK, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 276.

[25] C. FLINTERMAN, considera al Derecho comparado, con razón, la «cenicienta» de la ciencia jurídica (*cf.* «European Legal Education...», *loc.cit., op.cit.*, p. 114). *Vid.* en este sentido las consideraciones de R. BAKKER, «Europeanization...», *loc.cit., op.cit.*, p. 346; U. BLAUROCK, *loc.cit.*, p. 276; H. COING, «Europäisierung...», *loc.cit.*, p. 940; A. FLESSNER, «Rechstvereineitlichung...», *loc.cit.*, p. 259; A. GAMBARO, «Iura et Leges...», *loc.cit.*, pp. 994 y 1005; H. HANISCH, «Rechstvergleichung —aber wie?», *Vers un droit européen commun— Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Basilea, 1994, pp. 125-

la idea de un DPE haya producido, a su vez, un impulso y nuevo dinamismo del Derecho comparado [26].

En definitiva, parece que esta opción de estudio comparado, tendente a determinar los elementos comunes de los distintos sistemas nacionales así como a señalar las diferencias más inconvenientes, constituye no solo una alternativa desde abajo frente a un Código civil europeo, sino un paso previo necesario para cualquier acción unificadora de alcance legislativo, ya sea «dura» o «blanda». No es raro, en consecuencia, que tal alternativa, señalada como «opción II» (fomento de la definición de principios comunes de Derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales») en la Comunicación de la Comisión a la Comisión y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (núms.. 52-56), haya cosechado el mayor número de apoyos entre los distintos medios que han expresado su opinión [27].

134; H. KÖTZ, «How to Achieve...», *loc.cit., op.cit.*, p. 14; Id.: «Gemeinseuropäisches...», *loc.cit., op.cit.*, p. 498; Id.: «Europäsiche...», *loc.cit.*, pp. 271, 275-276; Id.: «A Common...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 38-40; Id.: «Rechtsvereinheitlichung...», *loc.cit.*, p. 13; Id.: «Rechstvergleichung...», *loc.cit., op.cit.*, p. 156; K. LIPSTEIN, *loc.cit., op.cit.*, p. 255; K. LUIG, *loc.cit.*, pp. 419-422; B.S. MARKESINIS, «Why a Code...», *loc.cit.*, pp. 523-524; C. MÜLLER-GRAFF, «Common Private...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 251-253; B. OPPETIT, «Droit commun...», *loc.cit., op.cit.*, P. 317; H.J. SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, p. 990.

[26] *Cf.* Esta idea en E. HONDIUS, «Condizioni Generali...», *loc.cit.*, p. 43.

[27] Entre los académicos, sustentan esta opción, normalmente de forma conjunta con la opción III (la mejora de la calidad del DPC) y sin prejuzgar la viabilidad futura de la opción IV, aún prematura: M. FONTAINE, W. VAN GERVEN, R.M. GOODE, M. SCHMIDT-KESSEL, H. SCHULTE-NÖLKE, R. SCHULZE, la *Comisión on European Contract Law* y el *Study Group on a European Civil Code.* Las opiniones gubernamentales expresadas van en el mismo sentido, desde los gobiernos inglés y polaco a los países de la EFTA. Puede comprobarse que, con diferencia, es asimismo la opción predilecta entre los operadores comerciales y los profesionales del Derecho: *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract..../htm.*



## C. La enseñanza de un DPE

188. La construcción de un DPE desde abajo requiere indefectiblemente una superación del provincianismo tradicional de la enseñanza jurídica en Universidades que en nada hacen gala a su propio nombre, poco propicio para la parcelación territorial del saber [28]. Los planes de estudios de las Facultades de Derecho reflejan la enseñanza y el estudio del Derecho nacional. Ni la integración europea ni la globalización han llegado a las aulas en nuestras Facultades. Las disciplinas de Derecho comparado, si existen, quedan reservadas a los estudios de tercer ciclo o a disciplinas optativas minoritarias. Hoy por hoy parece poco próxima una enseñanza consciente y orientada a las necesidades del DPE.

Es indudable que, en orden a la necesaria «europeización» de la enseñanza jurídica, el desarrollo de programas vinculados al art. 149 CE (Erasmus, Lingua, Tempus, Science, Commet, Jean Monnet, Leonardo, Sócrates...) ha supuesto un avance sustancial en la generación entre algunos estudiantes de Derecho de una conciencia diferente [29]. Pero no debe olvidarse que se trata de programas que llegan a un número muy reducido de estudiantes, y su defectuosa ejecución revela muchas veces los prejuicios de las propias Universidades, desincentivando más que motivando a hacer uso de las posibilidades que ofrecen.

La construcción cabal de un DPE requiere, pues, introducir debidamente el estudio del Derecho comparado y del DPC en las Facultades jurídicas. Aconseja, asimismo, la introducción de la ense-

[28] B.S. MARKESINIS apunta en esta dirección el modelo de educación supranacional de Oxford y la elaboración y estudio de *Case-books* de Derecho comparado (*cf.* «Why a Code...», *loc.cit.*, pp. 523-524).

[29] *Cf.* G.R. DE GROOT, «European Legal Education in the 21st Century», en B. DE WITTE y C. FORDER, *op. cit.*, pp. 13-14.

ñanza de lenguas extranjeras y la posibilidad de disponer, junto a las aulas informáticas, aulas o laboratorios de idiomas. Con seguridad, resulta preciso, en primer lugar, un reciclaje del propio profesorado y el apoyo a los proyectos de investigación e innovación docente que se orienten en esta línea.

189. En definitiva, desde todos los frentes universitarios, desde la Academia, nuestra obligación es convertir la locución DPE en el sinónimo de una disciplina jurídica basada en el mutuo conocimiento de nuestros sistemas jurídicos [30], en el intercambio de experiencias, en el reforzamiento de los estudios de Derecho comparado, en promover la formación internacional de alumnos y profesores. El camino hacia un futuro Derecho privado europeo pasa, pues, necesariamente, por la desnacionalización de la ciencia jurídica, haciendo del Derecho comparado una disciplina central de las enseñanzas ju-

[30] También en esta dirección, R. SCHULZE, «Le droit privé...», *loc.cit.*, p. 31; S. CÁMARA LAPUENTE, «Hacia un Código...», *loc.cit.*, p. 4; H. COING, «Europäisierung...», *loc.cit.*, pp. 937 y 940; H. COLLINS, «European Private...», *loc.cit.*, p. 356; A. FLESSNER, «Rechtsvereinheitlichung...», *loc.cit.*, pp. 244, 249-250; B. Großfeld y K. BILDA, *loc.cit.*, p. 426; H. KÖTZ, «Europäische...», *loc.cit*, p. 271; S. LEIBLE, *op.cit.*, § 12.B.I. B. MARKESINIS, «Why a Code...», *loc.cit.*, p. 523; B. OPPETIT, «Droit commun...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 319; H.J. SONNENBERGER, «Der Ruf...», *loc.cit.*, p. 990; P. ULMER, «Vom deutschem...», *loc.cit.*, p. 8; F. WERRO, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 46; O. LANDO, «The Principles...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 69; V. VAN GERVEN, «Codifying...», *loc.cit.*, p. 28. Asimismo deben saludarse los proyectos tendentes a establecer, sobre una sólida investigación y con una finalidad docente, las concomitancias de los principios generales de Derecho privado, que puedan considerarse comunes a los distintos sistemas jurídicos nacionales. *Ad.ex. vid.* G.R. DE GROOT, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 26-27. W. VAN GERVEN, «Casebooks...», *loc.cit.*, pp. 67-70; en el mismo sentido, M. BUSSANI y U. MATTEI, *loc. cit.*, p. 342, quienes subrayan cómo los mismos *casebooks* preparan al estudiante norteamericano para desempeñar la profesión jurídica que escojan en cualquier Estado de la Unión.



rídicas en las Facultades de Derecho europeas [31]. Con seguridad, el DPE será tarea de posteriores generaciones, pero éstas son las bases que nos corresponde legarles. Como señala A. Gambaro, sólo del estudio del Derecho comparado en las Universidades podrá nacer un Derecho común genuinamente cultural [32].

La mejor manera de hacer confluir nuestras culturas es la propia comunicación en un plano de igualdad [33]. Lo contrario se convertirá lamentablemente en un acto de imperialismo cultural que sólo conseguirá que las identidades jurídicas nacionales se vuelvan hacia sí mismas y podremos hacer realidad el «integrismo jurídico» [34]. Fórmulas simples no van a resolver hoy complejas cuestiones, mejor que lo hicieron en el pasado. Dicho de otra manera, la finalidad última del DPE no es el *«ius privatum europæum»* del Código Civil que reclama el Parlamento, sino un *«ius communicationis»*, que ha de empezar en las aulas universitarias.

[31] *Vid.* una propuesta similar en H.J. SONNENBERGER, *loc.cit.*, p. 990; U. BLAUROCK, *loc.cit.*, p. 276; H. HANISCH, «Rechtsvergleichung...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 125-134; W. TILMANN, «Towards...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 593.

[32] *Cf.* «Iura et leges...», *loc.cit.*, p. 1005. En el mismo sentido, H. COLLINS, «European...», *loc.cit.*, p. 356. En torno a estos planteamientos, sin embargo, ya resulta inicialmente sospechoso que esa comunicación deba hacerse necesariamente en inglés, como expresamente sugiere E. HONDIUS, después de afirmar que «en especial, las naciones más pequeñas deberían hacer un esfuerzo para exportar su Derecho», esto es, razonar y explicar nuestro sistema en inglés, el «latín de hoy» o en una lengua de una nación que no sea pequeña; tan desafortunada expresión aparece en una voluminosa obra colectiva en la que ni participa, ni se cita a ningún autor u obra españoles: muy revelador del totalitarismo cultural subliminal que hace dudar sobre los verdaderos conocimientos de algunos autores acerca de Derechos tan europeos como el español, el griego o el portugués (*cf.* «Towards...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 18).

[33] En este sentido, *vid.* P. GROSSI, «Modelli...», *loc.cit.*, p. 281.

[34] Así lo entiende, entre otros, F. RITTNER, «Das Projekt...», *loc.cit.*, p. 27.

## 2. El DPE como *soft Law*

### A. DPE y *Restatements*: los Principios de Derecho contractual europeo como modelo

190. Las iniciativas de construcción de un DPE «desde abajo» no tienen por qué renunciar a objetivos que vayan más allá de las labores académicas, en busca de alguna suerte de codificación. Ahora bien, «desde abajo» se trata de buscar una codificación «soft» o blanda, a la manera de los *restatements* norteamericanos. La iniciativa seguramente más renombrada en este sentido son los «Principios de Derecho contractual europeo» elaborados por la Comisión Lando, que sigue la senda de otra iniciativa de vocación universal: los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales [35]. No está de más plantearse por qué razones el Derecho norteamericano se ha apartado de una codificación, a favor de técnicas de *soft Law* como los *restatements*. Sus conceptos abiertos y su flexibilidad constituyen una opción por la equidad, frente a la legalidad, y son representantes de un talante dialógico, tendente muchas veces, al igual que los principios UNIDROIT o los elaborados por la Comisión Lando, a establecer condiciones de diálogo y crear un «léxico común», sobre unos presupuestos muy diferentes al afán de sistematización y a la tendencia a la codificación tradicional que generalmente han presidido las propuestas europeas hacia un Derecho privado único [36]

[35] No se trata de los únicos trabajos en este sentido: la Academia Europea de Derecho Privado de Pavía también ha dedicado sus esfuerzos a preparar un texto de reglas europeas sobre contratos, que ha dado lugar a un proyecto preliminar de Código civil, más que inspirado en el C.c. italiano (*European Contract Code – Preliminary* Draft, Universidad de Pavía, 2001. *Vid.* las comunicaciones de C.M. Bianca, D. Medicus, A. Trabucchi y A. Tunc en «Un Codice dei contratti per l'Europa: il colloquio di Pavia», *Riv.dir.civ.*, 1996, pp. 779-810).

[36] *Cf.* las reflexiones sobre este modelo, en relación con el «Derecho privado europeo», en R. Hyland: «The American...», *loc.cit., op. cit.*, pp. 55-70. Reconociendo su



Los PDCE responden a la naturaleza de un *restatement*, en la medida en que no se trata de disposiciones adoptadas por el legislador estatal o convencional, ni están en vigor en sentido propio. La Comisión Lando está formada por expertos académicos y profesionales que representan a los sistemas jurídicos de la Europa comunitaria y, aunque contara con el apoyo institucional, los delegados actuaron independientemente sin atenerse a instrucciones de sus Estados. Sin embargo, los PDCE presentan un rasgo diferenciador que tiene que ver con su propio proceso de elaboración y su peculiar finalidad. Los *restatements* norteamericanos suelen ser un compendio de la jurisprudencia y de las soluciones prácticas ya existentes en un sistema jurídico. Trata de recoger y ordenar esa práctica, pero carece de la creatividad de los PDCE. En efecto, éstos se nutren de la experiencia comparada de los sistemas representados para crear una realidad legal nueva y distinta, por más que las distintas normas u opciones puedan haberse decantado o inspirado, según lo casos, con mayor o menor intensidad, en un sistema o varios sistemas jurídicos concretos [37]. La forma de exponer las reglas jurídicas

interés preparatorio, pero rechazando su virtualidad como técnica de unificación del DPE, en razón de su incapacidad para resolver la inseguridad y la complejidad, P.Ch. Müller-Graff, «EC-Directives...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 79-80. Por su parte, H. Kötz pone de manifiesto la dificultad de trasladar a Europa el modelo del *restatement* norteamericano, excesivamente casuístico incluso para una mentalidad como la inglesa (*cf.* «Gemeineuropäischen...», *loc.cit., op.cit.*, pp. 495-496).

[37] *Cf.* M.J. Bonell, «Verso un codice europeo dei contratti?», *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 181-183; J. Basedow, «Codification...», *loc. cit.*, pp. 39-40; R. Michaels, «Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendbarkeit ung Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipen», *RabelsZ*, 62 (1998), pp. 584-588. Para C. Castronovo, «Il diritto europeo delle obligazioni e dei contratti. Codice o *restatement*?», *Europa e diitto privato*, 1998-4, p. 1023, es precisamente allí donde radica una diferencia esencial entre la obra europea y los *restatements*, ya que mientras éstos toman los datos que ya existen aquélla ha estado animada desde un principio por «una prospectiva de futuro, no una prospectiva de pretérito».

es asimismo singular. Cada disposición viene acompañada de un comentario explicativo, de ejemplos e ilustraciones, y de valiosas referencias a la base comparada de la que se parte, abarcando no sólo la legislación, sino también la jurisprudencia y la doctrina de los sistemas involucrados.

191. Los Principios de Derecho contractual europeo son el producto de un esforzado trabajo llevado a cabo por notables juristas de los Estados comunitarios, quienes desarrollaron una importantísima aplicación del método comparativo en la materia [38]. La Comisión para el Derecho contractual europeo comenzó sus actividades en 1982, bajo la dirección del Profesor danés Ole Lando y con la participación de uno o dos juristas por cada Estado miembro de la CE. Las sucesivas ampliaciones de la Comunidad provocaron el ingreso de nuevos miembros a la Comisión. La Primera Parte fue publicada en 1995, conteniendo los principios generales y los principios relativos al cumplimiento, al incumplimiento y a las sanciones contra el incumplimiento [39]. La Segunda Parte, terminada en 1996 y hecha pública bastante tiempo después, trata sobre la formación del contrato, el mandato y la representación, la validez, la interpretación, el contenido y los efectos del contrato. En 1997 se puso en marcha la llamada «Tercera Comisión Lando», con el objeto de tratar otros temas como la prescripción, la compensación, la cesión de crédito, la subrogación, la condición, la ilegalidad y la inmoralidad, las obligaciones solidarias y los modos de extinción de las obligaciones di-

[38] Sobre su labor se erige actualmente un Proyecto paralelo para elaborar los Principios de Derecho europeo de daños, liderado por C. VON BAR. *Vid.* su presentación en «Konturen des Deliktsrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code – Ein Werkstattbericht», *ZEuP*, 3/2001, pp. 515-532. El modelo ha sido propuesto asimismo para el ámbito del Derecho procesal europeo (*vid.* A. SCHWARTZE, «Enforcement...», *loc.cit.*, p. 144).

[39] *Vid.* O. LANDO y H. BEALE (dirs.), *op. cit.*



ferentes al cumplimiento. El texto refundido de las dos primeras partes (con la revisión de la Primera) se organiza en 9 capítulos y consta de 131 «artículos». Los capítulos se dedican a: 1. reglas generales; 2. formación; 3. mandato y representación; 4. validez; 5. interpretación; 6. contenido y efectos; 7. cumplimiento; 8. incumplimiento y sanciones en general; 9. sanciones particulares para el incumplimiento [40].

Las funciones que pretenden cumplir los PDCE aparecen reflejas en el primer precepto, el artículo 1:101 (1): Trata de proporcionar un cuerpo de reglas generales, un sistema o parte general para el DPC contractual. Su aplicación se hace depender de que las partes se sometan expresamente a ellos [art. 1:101 (2)], o implícitamente mediante el recurso a la *lex mercatoria* [art. 1:101 (3) (a)]. Esta pretensión requeriría una interpretación diferente del art. 3 CR, que parece querer limitar la posibilidad de elección por las partes a las leyes estatales [41], y augura, al igual que a los Principios UNIDROIT,

[40] *Vid.* O. LANDO y H. BEALE (dirs.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II (Prepared by the Commission on European Contract Law), La Haya, 2000. Los principios constituyen, pues, una «parte general» del Derecho contractual, lo que plantea la dificultad inherente de su coordinación con las «partes especiales» o regulación de los contratos especiales por los Derechos nacionales (*vid.* M.J. BONELL, «The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law», *ERPL*, 1997, p. 513). Por esta parte se han alimentado los ataques de celos de la Academia de Pavía contra la Comisión LANDO, señalando, desde el formalismo positivista que les caracteriza, que «hablar de principios en relación con un ordenamiento que no existe es incongruente» (*cf.* G. GANDOLFI, «Sul progetto...», *loc.cit., op.cit.*, p. 283. En este mismo trabajo, esp. p. 282, puede constatarse una relación de «recelos» y «críticas»).

[41] *Vid.* F.K. JUENGER y S. SÁNCHEZ LORENZO, «Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado», *REDI*, 2000-1, pp. 15-47, esp. pp. 39-43. Las propuestas sobre la adición al art. 3.1.° del Convenio de Roma de un párrafo autorizando expresamente a las partes a elegir los Principios de UNIDROIT o los Principios europeos, pese a su bondad, no hace sino reconocer la existencia de aquella limitación. *Vid.*

una aplicación inicialmente «arbitral» de los PDCE [42]. Pero los principios también pretenden ser aplicados en defecto de elección por las partes [art. 1:101 (3) (b)]. Finalmente, también quieren desplegar una misión integradora para cubrir las eventuales lagunas de un Derecho nacional aplicable [art. 1:101 (4)] [43].

192. La importancia de los PDCE para la labor legislativa estatal y en el campo académico esta fuera de toda duda, constituyéndose en un elemento central de la construcción «desde abajo» del DPE [44]. Sin embargo, en los mismos Principios se incluye (p. xxiii) el objetivo de constituir el núcleo básico del futuro Código civil europeo, lo cual no deja de ser paradójico [45]. El propio Lando lo ha

K. BOELE-WOELKI, «Principles and Private International Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts», *Uniform Law Review*, 1996, pp. 652 ss; M.J. BONNEL, «Verso un codice europeo...», *loc. cit.*, pp. 190-191; O. LANDO, «The Principles ...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 402-403

[42] *Vid.* M.J. BONELL, «Verso un codice...», *loc. cit.*, pp. 180-181.

[43] Para un resumen de sus utilidades, expuestas más extensamente por el autor en trabajos monográficos, basta consultar A.S. HARTKTAMP, «Principles of Contract Law», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., *op. cit.*, pp. 105-120.

[44] Es en este sentido en el que los principios han recabado los mayores apoyos. *Vid.* H. BEALE, «La Commission LANDO: le point de vue d'un *"common-law lawyer"*», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, 2000, pp. 127-140; A. CHAMBOREDON, «The Debate...», *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 87-97; A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 131; W. VAN GERVEN, «Casebooks...», *loc.cit.*, pp. 67-70; S. LEIBLE, *op.cit.*, § 7.B y § 11; Id. «Die Mitteilung...», *loc.cit.*, p. 477; B.S. MARKESINIS, «Why a Code...», *loc.cit.*, p. 523; D. MAZEAUD, «La Commission Lando: le point de vue d'un juriste français», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2000, p. 143; P. ULMER, «Vom deutschem...», *loc.cit.*, p. 7; T. WILHELMSSON, «Private Law...», *loc.cit.*, p. 87.

[45] M.J. BONELL, «Verso un codice...», *loc. cit.*, p. 171, expresa la perplejidad que esta idea ha suscitado desde el mismo momento de plantearse por vez primera.



señalado infinidad de veces [46]. La paradoja radica fundamentalmente en que la pretendida codificación —en el sentido más estricto— de los Principios europeos, implicaría la pérdida de lo mejor que éstos pueden ofrecer en la hora actual: su versatilidad, su capacidad para adecuarse a la continua evolución, flujo y reflujo de las tendencias de reglamentación en materia contractual [47]. Aún así, no debe incurrirse en el error de pensar en la suma racionalidad de los Principios. Al igual que las normas convencionales, ha habido puntos en que las posiciones eran difícilmente reductibles y se ha optado por soluciones transaccionales [48].

[46] *Ad.ex. cf.* «Principles...», *loc.cit.*, p. 577; «Why Codify...», *loc.cit.*, p. 534; «The Principles...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 70; «Die Regeln...», *loc.cit.*, p. 572. *Vid.* asimismo D. TALLON, «Les travaux de la Commission Lando», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, 2000, pp. 119-125. Por su parte, C. CASTRONOVO estima que tales principios son, en realidad, «normas» (*cf.* «I principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II», *Europa e diritto privato*, vol. 2, 2000, pp. 249-252). En realidad, semejante caracterización ha dividido a los propios «padres» de los principios, incluso a los propios «representantes» del sistema italiano, J. BONELL y C. CASTRONOVO, cuyos pareceres aparecen claramente contrapuestos en un intercambio directo de opiniones, el primero a favor de su consideración como *restatement*, el segundo más cercano a la tesis de O. LANDO en torno a su consideración como Código. Bien es cierto que la tesis de C. CASTRONOVO se asienta sobre un postulado muy formalista y discutible, al que ya hemos hecho referencia: que un *restatement* es, por definición, un compendio que racionaliza lo que ya existe, en tanto que los «Principios» son una apuesta creativa e innovadora de futuro (*cf.* J. BONELL, «Verso un Codice...», *loc.cit.*, *passim.*; C. CASTRONOVO, «Il diritto europeo...», *loc.cit.*, *passim.*). En la misma dirección de C. CASTRONOVO, en el sentido de contraponer la idea de un *restatement* compendio de jurisprudencia a la de los Principios, constitutivos de un nuevo sistema, puede citarse a G. GANDOLFI, «Per un Codice...», *loc.cit.*, p. 785; Id.: «Sul progetto....», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 283).

[47] La alternativa *soft* o «desde abajo» a la comprensión de los PDCL como «*hard law*» defendida por O. LANDO aparece expuesta con claridad por K. RIEDL, «The Work of the Lando Commission from an Alternative View-Point», *ERPL*, 2000, pp. 71-83, esp. 79-81.

[48] C. JAMIN incide en el carácter transaccional, más que racional, de muchas de las soluciones incorporadas a los principios (*vid.* «Un droit européen...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 54).

La consideración de los PDCE como un embrión del Derecho contractual europeo plantea, finalmente, dos críticas o dudas fundadas, a las que tampoco escapan difícilmente en su consideración como *soft Law*. Ambas se suscitan al hilo de sus relaciones con los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales [49]. Independientemente de la impresión que se tenga sobre la mayor o menor bondad de uno u otro *restatement*, cabe preguntarse sobre la conveniencia de un *restatement* regional, y su eventual efecto contraproducente respecto de la universalización que pretenden los principios UNIDROIT. Aunque entre ambos textos hay muchas concomitancias, lo cierto es que también hay singulares diferencias [50]. El tratamiento de este problema debe ponerse en relación con los distintos ámbitos de aplicación de cada una de las codificaciones, más que con su propia diversidad material. Frente a los Principios UNIDROIT, los PDCE presentan un ámbito de aplicación material más extenso, pues pretenden ser aplicados a los contratos de consumo. En segundo término, mientras los principios UNIDROIT se aplican exclusivamente a los contratos internacionales, los PDCE tienen por objetivo adicional la unificación del Derecho contractual europeo en el plano interno. Si planteamos la utilidad de los PDCE en relación con los contratos comerciales internacionales, parece claro que su adopción provoca una «regionalización» poco aconsejable,

[49] Casi desde el momento mismo de la publicación de la obra de UNIDROIT y de la Primera Parte de la europea comenzaron a publicarse trabajos comparativos. *Vid.* A.S. HARTKAMP, «The UNIDROIT Principles...», *loc.cit.*, pp. 341-357, donde tras la comparación de ambos textos y del C.c. holandés se concluye que los Principios de la Comisión Lando son técnicamente superiores. *Vid.* también R. ZIMMERMANN, «Konturen eines Europäischen Vertragsrechts», *JZ*, 1995, pp. 477-490.

[50] *Vid.* M.J. BONELL, «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?», *Uniform Law Rev.*, 1996, pp. 235-236.



que acaba «cantonalizando» el Derecho contractual europeo y perjudicando la contratación extracomunitaria y la armonización internacional del Derecho de los contratos, cuyas exigencias de eficiencia puede ser tan relevantes o más que las propiamente intracomunitarias. Es cierto, entonces, que los Principios UNIDROIT no atienden, como señala el propio O. Lando, a las necesidades de la integración, por lo que, a efectos intracomunitarios, tal vez podría seguir defendiéndose una profundización de la unificación del Derecho contractual europeo, tanto para situaciones intracomunitarias como internas [51]. Pero surge de esta reflexión una segunda incertidumbre: si nos referimos al sector de la contratación comercial internacional, entre operadores profesionales, parece claro que la autonomía de la voluntad, el mayor conocimiento del mercado, la asunción de los costes de información y las propias necesidades de ese mercado aconsejan una menor intervención y descartan la propia unificación, a favor de soluciones más flexibles y de una disponibilidad o concepción *soft* de los Principios, máxime si siempre cabe la posibilidad, en cualquiera de los dos regímenes, de la incidencia de las normas nacionales de interés u orden público. En esta tesitura, parecería más razonable impedir la duplicidad de regímenes, regional y universal, y más aconsejable centrar los esfuerzos en el diseño de un modelo de principios universales como los Principios UNIDROIT. En contrapartida, la unificación como exigencia para la integración, y como necesidad para construir un sistema de Derecho contractual, seguiría siendo vital en el ámbito de las operaciones de consumo, precisamente donde el DPC ha ido alumbrando los mayores problemas. En tal sentido, los PDCE cobrarían sentido, respecto de los principios UNIDROIT, como un sistema más restringido de Derecho europeo de los contratos de consumo. La propuesta tiene sentido doblemen-

[51] *Vid.* O. LANDO, «European...», *loc.cit.*, pp. 655-656.

te, pues no deja de resultar delicado que un mismo cuerpo o parte general de Derecho de los contratos vaya a servir indistintamente para los contratos de consumidores y para los contratos comerciales. Llegados a esta conclusión, un Código Europeo del Consumo, extensible no sólo a las obligaciones contractuales, sino a otros sectores tales como la responsabilidad por daños o la publicidad engañosa, aparece como una opción con mayor base jurídica en las políticas comunitarias actualmente existentes, y cuya implantación «desde arriba» encontraría mayores argumentos.

## B. El Derecho europeo como *ratio scripta*: la armonización interna

193. La expresión «armonización interna» se refiere a la convergencia de los Derechos privados nacionales a través de la acción unilateral de los Estados. Esta vía de unificación es expresión paradigmática de «armonización blanda», y encuentra su exponente más característico en las «Leyes Modelo», que suelen estar redactadas por alguna institución internacional, como la UNICITRAL o el UNIDROIT, pero cuyo concepto no se circunscribe a los textos institucionales elaborados como tales, como puede ser La Ley Modelo UNICTRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Un Convenio internacional puede funcionar en la práctica como Ley Modelo, tanto si ha sido ratificado y ha entrado en vigor entre algunos Estados, como si no [52]. Por su Parte, los Principios UNIDROIT

[52] En efecto, ciertos convenios internacionales que nunca llegan a entrar en vigor por razones coyunturales son el fruto de intensas negociaciones y reflexiones. Aunque no vinculen internacionalmente, el texto adoptado sirve a menudo de inspiración al legislación nacional a la hora de abordar una reforma del Derecho nacional, o con el objeto de anticipar una previsible ratificación o entrada en vigor futura del texto internacional.



sobre los contratos comerciales internacionales (Preámbulo *in fine*) conciben expresamente su utilización como Ley Modelo [53], función que se encuentra asimismo en los Principios de Derecho contractual europeo.

194. La elaboración de Leyes Modelo no está prevista en el ámbito comunitario. Ni las Directivas ni las Recomendaciones encajan en este concepto, por su distinta finalidad y diverso alcance como actos normativos comunitarios. Sin embargo, en ese mismo marco comunitario, la armonización indirecta a partir de la acción unilateral de los Estados miembros, tomando como referencia valores o prescripciones comunitarias, presenta dos manifestaciones muy singulares. Ambas tienen que ver con la delimitación del ámbito de aplicación espacial del Derecho comunitario a las situaciones privadas intracomunitarias, y con la extensión de las soluciones comunitarias a las situaciones privadas internas, inicialmente excluidas de su esfera de influencia. La primera de estas manifestaciones se enmarca en los procesos de integración negativa y está generada por las denominadas «discriminaciones inversas». La segunda aparece referida a los procesos de integración positiva y vinculada a la eliminación de la complejidad de planos.

### a) *Discriminaciones inversas y unificación*

195. El concepto de discriminación inversa en el ámbito comunitario aparece como consecuencia del ámbito de aplicación espacial de las libertades comunitarias restringido a las situaciones intracomunitarias. En concreto, se trata de un concepto de especial predicamento en el ámbito de las libertades de circulación. La regla

[53] *Vid.* A.S. HARTKAMP, «Principles...», *loc.cit., op.cit.*, p. 110.

de reconocimiento, aplicada en este sector, implica la contrariedad con el Derecho comunitario de las disposiciones legales o prácticas administrativas de los Estados miembros que no cumplan cualquiera de las cuatro condiciones que conlleva la regla: no discriminación por razón de nacionalidad, interés general, eficacia y proporcionalidad. El concepto de discriminación inversa aparece en aquellos casos en que la disposición o práctica comunitaria no contiene discriminación alguna por razón de nacionalidad, pero es considerada contraria al Derecho comunitario en razón de su falta de justificación en un interés público, su ineficacia o inadecuación objetiva o su desproporción.

Un ejemplo relevante puede encontrarse en las decisiones dictadas por el TJCE considerando contrario al Derecho comunitario el régimen de despacho o consulta única que establecen los regímenes profesionales de abogados, médicos u odontólogos en países como Francia, Bélgica o Luxemburgo, obligados a no poder disponer de más de un despacho, consulta o establecimiento profesional. Esta exigencia operaba en tales países tanto para extranjeros como para los propios nacionales. En consecuencia no se trataba de una limitación que entrañara discriminación alguna por razón de nacionalidad. Sin embargo, el TJCE no estimó que el principio de consulta tuviera una justificación proporcionada al objetivo perseguido de mejor atención del cliente, dado el estado actual del ejercicio colectivo de tales profesiones y el estado de la técnica y de las comunicaciones, considerando que la limitación suponía una restricción injustificada a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios, según los casos [54].

En estos supuestos, el pronunciamiento negativo del TJCE al valorar la justificación de una restricción nacional implica la modificación de un régimen o limitación previsto en el Derecho nacional, pero exclusivamente en aquellos casos en que se trate de supuestos intracomunitarios, toda vez que los supuestos puramente internos, vinculados en todos sus extremos esenciales con un único Estado, se encuentran fuera de ámbito de aplicación espacial de la libre circulación de personas o servicios. Frente a las situaciones puramente internas, los Estados miembros pueden mantener las disposiciones restrictivas, pero con ello solo perjudican a sus propios nacionales, discriminándolos frente a los nacionales de otros Estados miembros o a los propios compatriotas que se encuentran establecidos o han obtenido su formación en otro Estado miembro.

[54] *Vid.* entre otras, *Sents. TJCE de 12 de julio de 1984 (As. 107/83: «Klopp»); de 30 de abril de 1986 (As. 96/85: «Comisión/Francia»); de 16 de junio de 1996 (As. C-351/90: «Comisión/Luxemburgo»).*



Retomando el ejemplo señalado, a consecuencia de la jurisprudencia del TJCE, las autoridades francesas o luxemburguesas están obligadas a reconocer la posibilidad de más de una consulta o despacho profesional a los médicos, odontólogos o abogados provenientes de otros Estados miembros de la Unión Europea, incluso a los propios franceses que han obtenido su titulación o se encuentran establecidos en otro Estado miembro. Sin embargo, el Derecho comunitario no obliga a alterar el principio de consulta única en los supuestos puramente internos, a saber, en aquellos casos en que se reclame un segundo despacho por un francés que reside y ha obtenido su titulación en Francia. La República francesa tiene perfecto derecho a mantener esa limitación en los supuestos puramente internos. No deben extrañar, por tanto, pronunciamientos como el contenido en la *Sent. TJCE de 16 de febrero de 1995 (As. C-29/94 y C-35/94)*, donde meridianamente se falla que «El Derecho comunitario y, en particular, la Directiva 82/489/CEE del Consejo de 19 de julio de 1982, por la que se adoptan medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios de los peluqueros, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, para la explotación de un salón de peluquería, exige a los nacionales de este Estado miembro la posesión de un título, pero permite a los peluqueros de los demás Estados miembros explotar un salón de peluquería sin hallarse en posesión de dicho título y sin estar obligados a confiar su explotación a un directivo técnico que posea dicho título».

El desinterés del Derecho comunitario en la resolución de las discriminaciones inversas es particularmente explícito en la *Sent. TJCE de16 de junio de 1994 (As. C-132/93: «Steen»)*. Ante la discriminación inversa producida por la legislación laboral alemana, que limitaba el acceso a la función pública de los alemanes en régimen de contratación laboral, mientras que se permitía esta vía de empleo a los nacionales de otros Estados miembros, el órgano jurisdiccional alemán se plan-

teó la eventual contradicción de esta discriminación inversa con el art. 3.1.° de la Constitución alemana. En TJCE le contestó sencillamente que «ante una cuestión de Derecho interno, incumbe al órgano jurisdiccional apreciar si éste genera una discriminación y si y en qué forma debe eliminarse». En consecuencia, compete a los Derechos nacionales la decisión acerca de si conviene y cómo eliminar tales discriminaciones inversas.

196. Para evitar las discriminaciones inversas, situando a los propios nacionales en una situación competitiva no perjudicial con respecto a los nacionales de otros Estados miembros o a los propios connacionales establecidos en otro Estado miembro, o cuya formación se haya adquirido en otro Estado miembro, la única posibilidad de corrección estriba en la equiparación de derechos. Si Francia debe reconocer a los médicos alemanes formados en Alemania la posibilidad de tener en territorio francés más de una consulta o despacho profesional, parece lógico que unilateralmente extienda dicho reconocimiento a los nacionales franceses que han obtenido su formación en Francia.

Esta fue, precisamente la conducta que adoptó la *House of Lords* tras la *Sent. TJCE de 19 de junio de 1990 (As. C-213/89: «Factortame I»)*. El TJCE consideró contraria al Derecho comunitario la normativa procesal británica que no reconoce medidas provisionales contra la Corona para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial, en un litigio regido por el Derecho comunitario. A renglón seguido, la *House of Lords* admitió las medidas cautelares inaplicando el Derecho nacional en el procedimiento que había dado lugar a la cuestión prejudicial[55], y poco después procedió a extender la posibilidad de adoptar medidas frente a la Corona en supuestos puramente internos no afectados por el Derecho comunitario, con el fin de no producir discriminaciones inversas[56]. De esta forma, el criterio de interpretación del TJCE acabó con un privilegio de la Corona británica en todo tipo de procesos, tanto los afectados por el Derecho comunitario como en cualesquiera otros.

[55] *Cf. Factortame v. Secretary of State* (1990). *Vid.* G. VAN GERVEN, «The ECJ Case-Law...», *loc.cit., op.cit.*, p. 95.

[56] *Cf. M. v. Home Office* (1993), 3 *All E.R.*, 537.



Ahora bien, esta equiparación, cuyo objeto es eliminar las discriminaciones inversas, no es una imposición jurídica del Derecho comunitario, sino, simplemente, una consecuencia fáctica o puramente lógica de las libertades. Procediendo de esta forma, el legislador o autoridad nacional pretende, de hecho, proteger a sus propios nacionales, o, no perjudicarles. *De iure* lo que se consigue es que el plan de reglamentación del Derecho comunitario, el valor social, económico o político que subyace en la reglamentación comunitaria se incorpore al Derecho nacional. Cuando las autoridades francesas consienten en extender el Derecho comunitario a la consulta múltiples a sus propios nacionales, pretende no perjudicarles, pero lo que están haciendo en el fondo es incorporar el valor del Derecho comunitario, a saber, «en el estado actual de las comunicaciones y de la técnica, y de las relaciones profesionales entre cliente y abogado o paciente y médico, la obligación de mantener una única consulta no está justificada en el objetivo de una mejor atención, y no justifica una limitación al ejercicio de la actividad profesional que restringe el libre mercado». Esta afirmación es un valor, de profundo calado, que justifica un plan de reglamentación y una norma o solución concreta en el ámbito del Derecho profesional.

Conviene reflexionar, sin embargo, que la incorporación al Derecho interno de la solución comunitaria, con el fin de evitar las discriminaciones inversas, en muchos casos no supone en realidad la incorporación del plan de reglamentación del legislador comunitario, sino del TJCE. En efecto, el TJCE es el órgano llamado a delimitar en qué supuestos una restricción nacional no discriminatoria es contraria al Derecho comunitario, por no encontrar justificación en un interés general, por ser ineficaz o, simplemente, por resultar desproporcionada. Al aplicar la regla de reconocimiento, el TJCE no sólo despliega su función interpretativa acerca del alcance de las libertades comunitarias, sino que, indirectamente, es fuente de valoraciones y de valores normativos que impulsan una armonización de mayor espectro. Esta, sin duda, encuentra su causa inmediata en la propia acción unilateral de los Estados, tratando de evitar las discri-

minaciones inversas. Pero, en último término, la potestad interpretativa del TJCE unida a la pura lógica alcanza un grado de armonización mucho mayor que el que se pueda lograr a través de una Directiva. Por una parte, el hecho de que el TJCE considere una restricción a la prestación de servicios médicos la exigencia de una única consulta provoca el mismo efecto que una Directiva sobre la libre prestación de servicios médicos que hubiere previsto el derecho a abrir varias consultas en el Estado de destino. Pero, en segundo lugar, las discriminaciones inversas que puede provocar la medida hace que los Estados miembros la extiendan unilateralmente a supuestos puramente internos, excluidos del alcance del Derecho comunitario, propiciando de esta forma una unificación absoluta en toda regla: sea cuales fueren las condiciones de extranjería o internacionalidad de un supuesto, los médicos o abogados tendrán en todo el territorio comunitario derecho a abrir más de una consulta. Los caminos de la unificación jurídica son inescrutables.

197. No debe olvidarse, asimismo, que muchas normas nacionales de origen comunitario se aplican indistintamente a supuestos internos e intracomunitarios, como ocurre, por ejemplo, con las normas sobre etiquetado de productos. Pero especialmente esto ocurre en todos los supuestos de discriminaciones inversas, corregidas mediante armonización interna. Así, aunque el Derecho comunitario sólo se aplique en supuestos de importación o comercialización intracomunitaria de mercancías, sin prejuzgar la interpretación que lleven a cabo los órganos jurisdiccionales nacionales de esas mismas normas sobre etiquetado o denominación de productos en supuestos puramente internos, el TJCE se ha encargado de admitir las cuestiones prejudiciales planteadas en supuestos puramente internos. En tales casos, «no resulta manifiesto que el Juez nacional no necesite la interpretación del Derecho comunitario solicitada. En efecto, tal respuesta podría serle útil en el supuesto de que, en un procedimiento como el de autos, su Derecho nacional concediera a un productor nacional los mismos derechos que el Derecho comunitario reconoce a un productor de otro Estado miembro en la misma



situación» [57]. Pero, además, «cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios... existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse» [58]. Sobre la base de este criterio, aplicado a los supuestos de armonización interna derivada de discriminaciones inversas, el TJCE no sólo se erige en la principal razón de uniformización de supuestos intracomunitarios e internos, por la vía de tales discriminaciones inversas, sino que procede a garantizar una interpretación uniforme de las normas indistintamente aplicables a ambos supuestos, incluso cuando el procedimiento en que se plantea la cuestión aparece referido a situaciones puramente internas, excluidas en principio del control comunitario.

### b) *Ratio scripta* y *ratio universalis*

198. El Derecho comunitario ha servido a menudo como modelo para la reforma del Derecho interno. Los sistemas nacionales se inspiran o simplemente copian las soluciones del sistema jurídico comunitario. En ocasiones, esto acontece al hilo de una reforma legislativa, pero otras veces es la propia intención de incorporar las soluciones comunitarias al ámbito interno el motivo de la reforma legal interna. En otros casos, es la propia jurisprudencia la que se

[57] *Sent. TJCE de 5 de diciembre de 2000 (As. C-448/98: «Jean Pierre Guimont»).*
[58] *Sent. TJCE de 17 de julio de 1997 (As. C-28/95: «A. Leur-Bloem»).*

inspira en el Derecho comunitario para interpretar supuestos internos, ajenos en principio a su ámbito de aplicación, y desarrollar judicialmente el Derecho nacional [59]. De esta forma, parece reconocerse al Derecho comunitario, al igual que ocurría con el *ius commune* histórico, el rango de *ratio scripta.*

Entre otros ejemplos, se puede citar la incidencia del Derecho de la competencia comunitario en la reforma del Derecho interno alemán o italiano [60]. La influencia ha sido especialmente nítida en el ámbito del DIPr, de forma singular por la incidencia del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en las reformas del DIPr interno, como atestiguan la reforma de la EGBGB alemana o la nueva Ley italiana de Derecho internacional privado [61]. Pero también el art. 22 de la LOPJ de 1985 se inspiraba claramente en el Convenio de Bruselas de 1968, en un momento en que España aún no formaba parte de las Comunidades Europeas.

Esta caracterización es singularmente acertada por cuanto el Derecho comunitario despliega su influencia más allá de las fronteras territoriales de la Unión Europea. La incidencia de las Directivas comunitarias en países como Suiza o Turquía constituye una manifestación pura de pretendida racionalidad universal, que permite adjetivar a los sistemas jurídicos de Estados no comunitarios como «eurocompatibles». [62] En muchos casos, sin embargo, la «eurocompatibilidad» no suele obedecer a la simple creencia de la mayor bondad o calidad jurídica del Derecho comunitario, sino a razones políticas más prosaicas orientadas a favorecer una eventual futura integración.

[59] *Vid.* C. ARMBRÜSTER, «Ein Schuldvertragsrecht...», *loc.cit.*, p. 86.

[60] *Vid.* M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 277-283. U. BLAUROCK, «Europäisches...», *loc.cit.*, p. 270. B. GROSSFELD y K. BILDA, «Europäische...», *loc.cit.*, p. 423.

[61] *Cf.* M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 211-222.

[62] *Cf.* F. WERRO, «Towards...», *loc.cit.*, pp. 39-41.



199. Semejante proceso de armonización interna no está protagonizado, necesariamente, por el legislador nacional. En muchos casos, el proceso de armonización encuentra su impulso en la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales nacionales, al utilizar el Derecho comunitario como «normas narrativas» [63].

Un buen ejemplo vinculado al DPE puede hallarse en la *Sent. Tribunal Federal alemán de 19 de noviembre de 1991* [64], en el denominado «Caso Pudding». Se enfrentaba el Tribunal a una intoxicación por salmonelosis debida a un «pudding» en mal estado durante un banquete de boda. El tribunal hubo de resolver en torno a la aplicación del § 823.1 BGB (responsabilidad aquiliana), decidiendo si se trataba de un supuesto de responsabilidad por productos, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad; en particular se trataba de determinar si semejante calificación del supuesto podía extenderse al caso de un pequeño comercio. El Tribunal Federal proporcionó una respuesta positiva utilizando como *ratio scripta* la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por productos, y su consideración indiferenciada de los supuestos según la envergadura de la empresa productora.

En el DIPr los ejemplos se multiplican. E. Jayme hace referencia, en primer lugar, a la *Sent. Tribunal Federal de 2 de julio de 1991* que, en un supuesto ajeno al ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, modificó el *forum patrimonii* previsto en el § 23 de la *Zivilprozeßordnung*, añadiendo al requisito de la presencia de bienes «una conexión suficiente de la controversia con el territorio»; de esta forma, se acomoda el negativo juicio de valor incorporado en el art. 3.2.º del Convenio de Bruselas. Un segundo ejemplo lo extrae el autor alemán de la *Sent. Tribunal de Apelación de París de 27 de noviembre de 1986*, que procedió a aplicar el art. 6 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuando aún no había entrado en vigor, por considerarlo «reflejo de principios comunes aceptados» [65]. En España, la *Sent. A.T.*

[63] *Vid.* E. JAYME, «Narrative Normen im internationalen Privat-und Verfahrensrecht», *Tübinger Universitätsreden: Neue Folge 10, Band 5,* Tubinga, 1993, 38 pp.

[64] *Cit.* por M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 207-208.

[65] *Cf.* E. JAYME, «Narrative...», *op.cit.*, pp. 19-22, 25-32. M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 209-211.

*de Palma de Mallorca de 13 de octubre de 1988* recurre al Convenio de Bruselas de 1968 como *ratio scripta*, interpretando que la LOPJ ha intentado, en la medida de lo posible, superar las dificultades de la incorporación de España al Convenio, procediendo a utilizar el art. 17 del Convenio como criterio interpretativo para determinar la competencia de los tribunales españoles por sumisión expresa de la partes [66].

200. La explicación de este proceso de armonización interna puede ser bien distinta. Cabe pensar, de una parte, que la utilización del Derecho comunitario como modelo puede estar inspirada en la propia superioridad o excelencia del Derecho comunitario (*ratio scripta)*. Por el contrario, es dable que el motivo de la armonización no sea otro que evitar la «complejidad de planos», es decir, la presencia de respuestas jurídicas diversas según el plano (interno o intracomunitario) en que se opere. En este último caso, la armonización no buscaría la emulación de la mayor calidad jurídica comunitaria, sino, simplemente, la simplificación jurídica en aras de la seguridad jurídica. Según los casos, podrían señalarse ejemplos de armonización interna en ambas direcciones.

Ahora bien, en la hipótesis de que no se reconozca que el Derecho comunitario es *ratio scripta*, la cuestión que surge de inmediato es la propia conveniencia de universalizar las soluciones (*ratio universalis)* en supuestos internos o intracomunitarios, esto es, con independencia del espacio jurídico en que se actúa. En principio, sobre todo en la doctrina alemana [67], se considera un valor *per se* la

[66] *RGD*, núms. 532-533, 1989. Pp. 745-746; *REDI*, 1989-119-Pr y Nota de A. BORRÁS RODRÍGUEZ.

[67] Particularmente ilustrativa es la Exposición de motivos de la reforma de 1986 a la E.G.B.G.B. alemana: «las obligaciones internacionales imponen límites al legislador; en interés de una aplicación práctica del Derecho internacional privado debe buscarse, en la medida de lo posible, una coincidencia amplia de las normas de conflicto estatales con los fundamentos básicos jurídico-legales convencionales».



unidad de criterios en las respuestas jurídicas, independientemente del plano intracomunitario o interno en que se actúe [68]. No escasean las valoraciones positivas de esta justificación, elogiando la tendencia hacia un nuevo universalismo de los valores, hacia una administración de justicia despolitizada y desideologizada, que condene la xenofobia implícita en determinadas reglas y foros exorbitantes [69]. Compartimos esta postura en la medida en que se trate de valores que, por su alcance (tutela judicial efectiva, garantía de los derechos de defensa, respeto de los derechos fundamentales, protección del consumidor, preservación del patrimonio histórico-artístico, etc.), sean susceptibles de universalizarse.

Pero no parece de recibo que la uniformidad de las soluciones sea un valor en sí mismo. Frente a la utilización del Derecho comunitario como *ratio scripta*, un primer límite viene dado por las propias exigencias de la integración. Desde un punto de vista político, el marco integrado constituye un marco de privilegio en las relaciones internacionales, que beneficia a los Estados socios y a sus ciudadanos, si bien lo más lógico apunta a una determinación de los ciudadanos sobre el criterio de la residencia, más que sobre el vínculo de la nacionalidad. No parece muy realista en términos de política legislativa, por ejemplo, defender la aplicación del mismo régimen legal de extranjería o inmigración tanto a ciudadanos comunitarios como de terceros Estados, con el fin de simplificar la duplicidad de regímenes jurídicos, independientemente de que la idea

[68] Así, E. JAYME, comentando la *Sent. Tribunal Federal de 2 de julio de 1991* que extiende la limitación del *forum patrimonii* del Derecho comunitario al Derecho interno, parafrasea a H. KELSEN, sólo que sustituyendo el concepto de «norma» por el de «valor», al decir que «sólo un ordenamiento no contradictorio merece ese nombre» (*Cf.* «Narrative...», *op.cit.*, pp. 19-22, 25-32).

[69] *Vid.* en esta dirección, en relación con el art. 3 del Convenio de Bruselas, A.V.M. STRUYCKEN, «Les conséquences...», *loc.cit.*, pp. 343-347.

pueda compartirse conforme a otros valores y, especialmente, a una determinada concepción moral. Pero en la lógica del Derecho comunitario vigente, la simplificación podría avalar la aplicación del privilegio de la libre circulación de mercancías a productos que no se encuentre en libre práctica en territorio comunitario o extender la libre prestación de servicios a sociedades con sede en los Estados Unidos. Con la misma lógica, tampoco cabe justificar la extensión de los criterios del Convenio de Bruselas de 1968 (art. 3) a supuestos excluidos de su ámbito de aplicación, por hallarse el demandado fuera del territorio comunitario, extensión, por cierto, muy deseable por otros motivos. La reducción de la complejidad de planos, unificando ambos regímenes en aras de la seguridad jurídica, resulta, en suma, un argumento débil e inaceptable. Si se quiere promover la universalización, sería preciso barajar otros valores más contundentes. La armonización interna no puede obedecer a motivos tan prosaicos cuando se han trazado conscientemente dos espacios diferenciados y desiguales (interno o extracomunitario frente al intracomunitario) que presentan sus propias exigencias de tratamiento desigual. En definitiva, la armonización interna no puede basarse en razones de seguridad jurídica, previsibilidad o certeza, sino exclusivamente en razones de justicia. Sólo tiene sentido cuando el Derecho comunitario actúa como *ratio scripta stricto sensu*, por su mayor grado de desarrollo, actualidad, perfección técnica o ajuste a los valores sociales actuales, sirviendo como modelo para revisar e interpretar un Derecho nacional caduco, incompleto o inadaptado. En suma, a la hora de uniformar, el legislador y el juez nacional deben buscar el alcance universal de un mismo valor, y no el valor de la uniformidad en sí misma.

## C. La tercera vía: un DIPr europeo

201. Salvo que debamos pensar que se trata únicamente de ir abriendo el camino, podría creerse que lo que se ha intentado en el



Tratado de Ámsterdam con la redacción ordenada para el art. 65 CE y para los «instrumentales» arts. 61 y 67 es consolidar la vía del DIPr europeo como alternativa a la implantación de un DPC omnicomprensivo y único [70].

Resulta evidente, como se ha puesto de relieve en la primera parte, que el DIPr desempeña un papel complementario primordial en el DPC. Y aún cuando dicha unificación progrese cumpliendo las expectativas más optimistas, los problemas que suscitan las diversidades nacionales a la hora de interpretar y aplicar el Derecho uniforme, garantiza la necesidad de un DIPr, siquiera sea para designar el sistema nacional que debe colmar lagunas y suministrar la interpretación atendible. En consecuencia, mucho nos tememos que no puedan disiparse los viejos temores de Thibaut, al advertir que «si no hay unificación de ordenamientos, entonces aparecerá la terrible y odiosa práctica de los conflictos de leyes» [71]. Las nuevas competencias derivadas del art. 65 CE podrían entenderse, sencillamente, como un tributo a ese papel complementario que el DIPr puede jugar en el mejor funcionamiento del mercado interior, incluso como un primer paso, más factible e inmediato, que coadyuve hacia una unificación del Derecho material [72]. Con particular acierto se ha puesto de relieve que, en comparación con la unificación total del DPC, la elaboración de un DIPr común para el mismo ámbito «costaría

[70] En su respuesta a las cuatro opciones para la unificación del Derecho contractual europeo, A. FURRER menciona la unificación del DIPr como la «Opción V» («Stellungnahme zur Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäisches Parlament und Europäischen Vertragsrecht», *http://europa.eu.int/comm/ consumers/policy/ developments/contract_l.../academics_en.htm*, pp. 12-28).

[71] *Cit.* por O. LANDO, «Guest Editorial...», *loc.cit.*, pp. 821-831. De la misma opinión contraria a las expectativas de Thibaut: T.M. DE BOER, «The Relation...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 60.

[72] *Cf.* no obstante el parecer de J. ISRAËL, «Conflcts of Law and the EC after Amsterdam. A Change for the Worse?», *Maastricht Journ.*, 7, 2000, pp. 98-99.

menos esfuerzos [73]. Lo que resulta más dudoso es que dicha unificación llegara a ser, desde un punto de vista funcional, equivalente» [74]. Muchos de los problemas de eficiencia jurídica y económica que suscita la diversidad de los Derechos nacionales no pueden resolverse adecuadamente a través de reglas conflictuales, como han demostrado casos tales como *«Keck»* o *«Alsthom Atlantique»*.

202. No parece, de hecho, que las instituciones comunitarias contemplen el recurso al DIPr como una alternativa sustitutiva de un DPE de carácter material. Antes al contrario, en la exposición de motivos de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, de 6 de noviembre de 2001 [75], se afirma categóricamente que el DIPr «ya no es un instrumento adecuado para el mercado interior europeo, que ya está muy integrado» [76] y que, por lo tanto, «la mejor alternativa consiste en crear un ordenamiento jurídico común en vez de aplicar distintas normativas nacionales o internacionales». Estas afirmaciones se basan en la constatación de que el carácter asistemático de la «combinación de directivas y del DIPr cada vez supone más riesgos a los usuarios del Derecho». Ciertamente, no puede aceptarse la tesis que defiende la suficiencia de la unificación del DIPr europeo como elemento sustitutivo o alternativa a la armonización de los Derechos materiales [77]. Esta idea, expresada ya des-

[73] La unificación del DIPr es más fácil porque, de un lado, presenta menor impacto social, y, de otro, se trata de un número de normas mucho menor y de un carácter más general (*vid.* O. LANDO, «European...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p.119).

[74] R. SCHULZE, «Le droit privé...», *loc. cit.*, p. 30.

[75] COM (2001) 398 —C5 -0471/2001— 2001/2187 (COS).

[76] Se recoge en el fondo la opinión de los principales *lobbies* académicos del DPE, la Academia de Pavía («Akademie europäische...», *loc.cit.*, p. 3), la «Comisión on European Contract Law» y el «Study Group on a European Civil Code» («Joint Reponse...», *loc.cit.*, pp. 28-32).

[77] *Vid.* las reflexiones sobre esta cuestión de M. GEBAUER, *op.cit.*, pp. 100-103; C. MÜLLER-GRAFF, «Privatrecht und Europäischen Gemeischaftrecht», *Gemeinsames*



de antiguo [78], es actualmente del agrado de quienes defienden la idea de la pluralidad jurídica estatal como mecanismo de competitividad entre ordenamientos y de mayor eficiencia jurídica del Derecho privado en Europa. Como correctivo de la eficiencia de la diversidad, el DIPr uniforme garantizaría un funcionamiento del sistema que evite el *forum shopping*. Además, la introducción de la autonomía conflictual en el ámbito de los contratos, permitiría a las partes elegir el sistema que consideraran más eficiente, reduciendo los costes de información [79] y optimizando los objetivos de la diversidad y competencia entre ordenamientos [80]. Ya hemos hecho sobradas referencias a las contradicciones que puede implicar el análisis económico

*Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, pp. 294-295; P. DE MIGUEL ASENSIO, «Integración europea...», *loc.cit.*, p. 424; R. SCHULZE, «Le droit privé...», *loc. cit.*, p. 30.

[78] *Cf.* O. KAHN-FREUND, «Common Law and Civil Law. Imaginary and Real Obstacles to Assimilation», *New Perspectives for a Common Law of Europe (ed.* M. CAPELLETI), Leyden/Londres/Boston, 1978, p. 141.

[79] *Vid.* en este sentido A.J. ENGEL, «Ein Europäisches...», *loc.cit.*, p. 130. Para otros autores, la propia complejidad de las soluciones conflictuales generan situaciones claudicantes y costes de transacción (*vid.* G.R. DE GROOT, «Auf dem Wege...», *loc.cit.*, pp. 620-623). O. LANDO acierta al decir que el DIPr genera el problema —y el coste— que supone la aplicación procesal del Derecho extranjero, acaba perjudicando a una de las partes en el proceso y, finalmente, propicia tendencias legeforistas que no siempre garantizan la seguridad jurídica ni la justicia (*vid.* «European...», *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 120).

[80] Para algunos autores, incluso la introducción de los Principios de Derecho Contractual Europeo de la Comisión LANDO podría ser contraproducente en este sentido, pues reduciría la autonomía conflictual: las partes pueden, de forma voluntaria, no elegir el Derecho aplicable, confiando en la aplicación del Derecho nacional aplicable en defecto de elección, en concreto, la ley de la residencia del prestador característico, entre cuyas ventajas se encuentra la de reducir costes de transacción. En lugar de la aplicación de esa ley nacional, si el juez aplica los Principios interfiere en la voluntad de las partes expresada «por omisión». *Vid.* en este sentido O. SANDROCK, «Das Privatrecht...», *loc.cit.*, p. 8. Con buen criterio, la «London Investment Banking Association» estima que el DIPr

del Derecho y a los fuertes argumentos que amparan una unificación de los Derechos privados nacionales. Por esta razón, el DIPr no es una vía alternativa, sino un camino complementario y paralelo, que se muestra especialmente útil para ir preparando el terreno de una armonización progresiva, lenta y blanda, en el sentido que hemos propuesto a lo largo de este trabajo [81]. Sin duda es más factible una unificación compacta del DIPr europeo, pero no debe excluir la posibilidad de una unificación material, seguramente más trabajosa y lenta, sobre todo en determinados sectores.

Pero, además, la propia armonización del DIPr requiere la armonización del Derecho material. Ha quedado demostrado que la unificación del DIPr también sufre los mismos problemas de interpretación deforme que el Derecho civil y mercantil, porque, a la postre, se nutre de los mismos conceptos y principios. Para que un DIPr uniforme funcione armónicamente requeriría un alto grado de armonización de los Derechos materiales. Baste recordar los problemas que ha supuesto para el DIPr europeo las distintas concepciones acerca del domicilio, el lugar de ejecución del contrato o del neologismo de la «responsabilidad parental».

En conclusión, el DIPr no es algo separado y autónomo del Derecho privado, y el DPE es un concepto que debe incluir al DIPr al igual que al Derecho civil, laboral o mercantil. Tal vez por esta convicción, un profesor de Derecho Internacional Privado puede decidirse a escribir acerca de este nuevo mundo del Derecho Privado Europeo.

---

uniforme debe considerarse como una tercera vía más que razonable para el comercio profesional (*http://europa.eu.int/comm/ consumers/policy/developments/contract_l.../ academics_en.htm*).

[81] Justo en esta dirección la «UK Financial Services Authority» indica como alternativa a la propuesta de la Comisión sobre Derecho contractual europeo una combinación de las opciones II y III con un DIPr uniforme (*http://europa.eu.int/comm/ consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm*).

# BIBLIOGRAFÍA


AA.VV.: «Un Codice dei contratti per l'Europa: il colloquio di Pavia», *Riv.dir.civ.*, 1996, pp. 779-810.

ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario (sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea)*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

ALPA, G.: «European Community Resolutions and the Codification of "Private Law"», *ERPL*, 2000/2, pp. 321-332.

— «Nuove frontiere del diritto contrattuale», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. I, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 679-713.

— «Il danno alla persona nella prospettiva europea», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. I, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 787-804.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Pasado, presente y futuro del Derecho internacional privado comunitario», *Dereito*, vol. 5, 1996-1, pp. 1 ss.

ANDRÉS SÁNEZ DE SANTA MARÍA, P., GONZÁLEZ VEGA, J.A. y FERNÁNDEZ PÉREZ, B.: *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2..ª ed., Madrid, Eurolex, 1999.

ANTONIOLLI DEFLORIAN, L.: «Consumer Contracts in Italian and Community Law – Patterns of Integration and Disintegration», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 119-172.

ARMBRÜSTER, C.: «Ein Schuldvertragsrecht für Europa? Bemerkungen zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach "Maastricht"», *Rabels Z.*, 1996, pp. 72-90.

ARNAUD, A.J.: *Pour une pensée juridique européenne*, París,

Presses Universitaires de France, 1991.

ARROYO I AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A.: «Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo», *La Ley*, Año XXIII, núm. 5482, jueves, 14 de febrero de 2002.

BAKKER, R.: «Europeanization of Law and Lawyers v. National Provincialism in Legal Education», *Legal Visions of the New Europe. Essays Celebrating the Centenary of the Faculty of Law. University of Liverpool*, Londres, Graham & Trotman/Nijhoff, 1993, pp. 325-349.

— *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

BALLARINO, T. : «Complessità del sistema delle fonti determinata dal diritto comunitario e ruolo del giudice», », *Diritto privato comunitario (a cura di Vito Rizzo)*, vol. I, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 65-76.

BANGEMANN, M.; «Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union», *ZEuP*, 1994-3, pp. 377-380.

BAR, C. VON: «Vicarious Liability», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 431-447.

— «A New *Ius Commune Europaeum* and the Importance of the Common Law», *The Clifford Chance Millenium Lectures: The Coming Together of the Common Law and Civil Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 67-78.

BAR, C. VON: *The Common European Law of Torts*, 2 vols., Munich, CH. Beck, 2000.

— «Konturen des Deliktsrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code – Ein Wekstattbericht», *ZEuP*, 2001/3, pp. 515-532.

— «Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht», *ZEuP*, 2001/4, pp. 799-804.

— «Le Groupe d'études sur un code civil européen», *RIDC*, 2001/1, pp. 127-139.

BARATTA, A. y GIANNOULIS, C.: «Dal diritto europeo all'Europa dei diritti», *Diritto privato comunitario (a cura di Vito Rizzo)*, vol. I, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 32-64.

BASAN, V. y MINCKE, W.: «Europa sine causa?», *ZEuP*, 1997, pp. 599-614.

BASEDOW, J.: «Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im Europäischen Binnenmarkt: *favor offerentis*», *Rabels Z.*, 1995/1, pp. 1-55.

— «Europäisches Internationales Privatrecht», *NJW*, 1996/30, pp. 1.921-1.929.



BASEDOW, J.: «Un droit commun des contrats pour le marché commun», *RIDC*, 1998/1, pp. 7-28.

— «Die Klauselrichtlinie und der Europäische Gerichtshof – eine Geschichte der Verpaßten Gelegenheit», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 277-290.

— «EC Regulations in European Private Law», *Private Law in the International Arena - Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, TMC Asser Press, 2000, pp. 17-31.

— «The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 2000, pp. 687-708.

— «European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam», *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley, 2001, pp. 175-192.

— «Codification of Private Law in the European Union; the Making of a Hybrid», *ERPL*, 2001, pp. 35-49.

— (Ed.): *European Private Law (Sources)*, 2 vols., La Haya, Kluwer, 2000.

BEALE, H.: «Remedies», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 348-359.

— «La Commission Lando: le point de vue d'un "*common-law lawyer*"», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2000, pp. 127-140.

BEHRENS, P.: «Integrationstheorie (internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung)», *Rabels Z.*, 1981, pp. 8-50.

— «Vorausetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung», *Rabels Z.*, 1986, pp. 19-34.

BERGER, K.P.: , «Die UNIDROIT-Prinzipien für Internationale Handelsverträge», *ZfVR*, 1995, p. 218 ss.

— «The Principles of European Contract Law and the Concept of the "Creeping Codification of Law"», *ERPL*, 2001, pp. 21-31.

BERNARD, N.: «The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity», *CMLR*, vol. 33, 1996, pp. 633-666.

BETLEM, G.: «Liability for Damage to the Environment», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 473-491.

BETLEM G. y HONDIUS E.: «European Private Law after the Treaty of Amsterdam», *ERPL*, 2001, pp. 3-20.

BIRK, R.: «Elemente eines gemeinschaftsrechts der Arbeitbezie-

hungen», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 385-401.

BLAUROCK, U.: «Europäisches Privatrecht», *JZ*, 1994/6, pp. 270-276.

BOELE-WOELKI, K.: «Principles and Private International Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts», *Uniform Law Review*, 1996, pp. 652 ss.

— «Unification and Harmonization of Private International Law in Europe», *Private Law in the International Arena - Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, TMC Asser Press, 2000, pp. 61-77.

BOER, T. M.: «The Relation between Uniform Substantive Law and Private International Law», *Towards a European Civil Code*, 1.ª ed., Nimega, Ars aequi libri, 1994, pp. 51-63.

BONELL, M.J.: «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?», *Uniform Law Review*, 1996, pp. 235 ss.

— «The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law», *ERPL*, 1997, pp. 505-517.

BONELL, M.J.: «Vers un Codice europeo dei contratti?», *Europa e diritto privato*, 1998/1, pp. 171-191.

BÖRNER, B.: «Die Produkthaftung oder das vergessene Gemeinschaftsrecht», *Festschrift für Hans Kutscher*, 1981, pp. 43 ss.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», *REDI*, vol. LI, 1999/2, pp. 383-426.

BOURGOIGNIE, T.: «L'impact du droit privé de la consommation sur le droit privé des États membres», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2000, pp. 59-81.

BRANDER, H.E.: «Beobachtungen und Lehren bei der Umsetzung vor Verbraucherschutzrichtlinien in das deutschen Recht», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 131-142.

BRECHMANN, W.: *Die richtlinie-konforme Auslegung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie*, Munich, 1994.

BRÚ PURÓN, C.M.: «Incidencia y rango del Derecho comunitario en el Derecho español», *La unificación jurídica europea*, Madrid, Cívitas, 1999, pp. 45-70.

BUSSANI, M.: «Il núcleo comune del diritto privato europeo (un progetto dell'Università di Trento)», *Diritto privato comunitario (a cura di Vito Rizzo)*, vol. I, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 126-136.



BUSSANI, M. y MATTEI, U.: «The Common Core Approach to European Private Law», *Columbia Journal of European Law*, vol. 3, 1997/98, pp. 339-356.

CABANAS TREJO, R.: «La unificación europea en materia contractual con especial referencia a las cláusulas abusivas», *La unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 1999,p. 165-187.

CAMARA LAPUENTE, S.: «Hacia un Código civil europeo: ¿realidad o quimera?», *La Ley*, año XX, núm. 4748, 5 de marzo de 1999, pp. 1-6.

— «Communication on European Contract Law», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

CAMPANA, M.J.: «Vers un langage commun en Europe?», *ERPL*, 2000, pp. 33-50.

CARPI, F.: «Riflessioni dull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968», *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, t. II, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 1.309-1.416.

CARRIERO, G.: «I contratti in moneta unica: riflessi civilistici», *Quaderni di diritto privato europeo*, 1997/1, pp. 73-84.

CARRIÓN GARCÍA DE PRADA, P.: «Aspectos jurídicos vinculados a la introducción del euro», *La unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 205-252.

CASTRONOVO, C.: «Il diritto europeo delle obligación e dei contratti: codice o restatement», *Europa e diritto privato*, 1998/4, pp. 1.019-1.033.

— «I principi didiritto europeo dei contratti, parte I e II», *Europa e diritto privato*, 2000, pp. 249-252.

CHAMBOREDON, A.: «The Debate on a European Civil Code: For an "Open texture"», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 63-99.

— «Form v. Substance? An Ideological Venture Beyond the Dichotomy in European Law of Contract», *ERPL*, 2000, pp. 237-247.

CHINÈ, G.: «Il diritto comunitario dei contratti», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. I, Turín, Giappichelli, 2000, pp.607-667.

CLIVE, E.: «Restitution and Unjustified Enrichment», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La

Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 383-394.

COING, H.: *Europäisches Privatrecht*, 2. vols., Munich., CH. Beck, 1985 y 1989.

— «Europäisierung des Rechtswissenschaft», *NJW*, 1990, pp. 937-941.

— *Derecho Privado Europeo*, 2 vols., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996.

COLLINS, H.: «European Private Law and the Cultural Identity of States», *ERPL*, 1995, pp. 353-365.

— «Transnational Private Law Regulation of Markets», *Europa e diritto privato*, 1998-4, pp. 967-991.

— «Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Contract Law», *ERPL*, 2000, pp. 211-235.

COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW Y STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE: «Communication on European Contract Law. Joint Reponse», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

CORAPI, D. y DONNO B. De: «Le società», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. II, Giapichelli, 2000, pp. 1.027-1.063.

GRAIG, P. Y DE BURCA, G.: *EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

DALHNISSEN, J.: «Conditional Sales and Modern Financial Products», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 525-549.

DANEMANN, B.: «The Drafting of Consumer Credit Legislation. A Structural Comparison Between the EU Directive and the English, Irish and German Acts», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 191-204.

DELMAS-MARTY, M.: «Le phénomène de l'harmonisation: l'expérience contemporaine», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2000, pp. 23-35.

DOWNES, N.: *Los contratos internacionales de timesharing*, Madrid, Eurolex, 1998.

DROBNIG, U.: «Scope and General Rules of a European Civil Code», *ERPL*, 1997, pp. 489-495.

— «Transfer of Property», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 495-510.

— «Security Rights in Movables», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 511-524.

DUMOLLARD, B.: «L'intégration des Directives communautaires relatives à la protection des consommateurs en droit français», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 173-190.



EBKE, W.F.: «Unternehmensrechtsangleichung in der Europäischen Union: Brauchen wir ein European Law Institute?», *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1999, pp. 189-221.

ENGEL, A.J.: «Ein Europäisches Zivilrechts Gesetzbuch? – Zukunftperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftkompetenz», *ZfRV*, 1999, pp. 121-131.

ERP, S. VAN: «The Pre-contractual Stage», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/ Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 201-218.

ESPIAU ESPIAU, S.: «La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo», *Derecho privado y Constitución*, núm. 14, ene-dic 2000, pp. 63-127.

EVERLING, U.: «Richterliche Rechtsfortbindung in der Europäischen Gemeinschaft», *JZ*, 2000/5, pp. 217-227.

FABRE-MAGNAU, M.: «Defects of Consent in Contract Law», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 219-237.

FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.: «Nuevos elementos del Derecho internacional privado de la familia en Europa», *Rev.Mex. DIPr*, núm. 2, 1997, págs. 95-110.

— «Problemas y perspectives de la configuración de un Derecho internacional privado «comunitario» en la Unión Europea», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 16, 1998, pp. 535-571.

FERRANTE, A.: «La natura giuridica della direttiva dettagliata», *Diritto communitario e degli scambi internazionali*, 1979/2, pp. 299-303.

FERRARA, F.: La legge difforme cambiaria», *Titoli di credito. Le Banche e le operazioni di banca*, Milán, 1977, pp. 41-81.

FERRARI, F.: «European Sales Law and International Sales Law», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 363-370.

FLESSNER, A.: «Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung», *Rabels Z.*, 1992, pp. 243-260.

FLINTERMANN, C.: «European Legal Education in the Future: Some Concluding Observations», *The common law of Europe and the future of legal education (ed. B.*

DE WITTE y C. FORDER), La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1992, pp. 113-118.

FOGLIA, R.: «Le Direttive comunitarie in materia di lavoro», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. II, Giapichelli, 2000, pp. 859-918.

— «La proprietà intellettuale», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. II, Giapichelli, 2000, pp. 1.066-1.092.

FONT I SEGURA, A.: «Comment EJC 9 November 2000», *The European Legal Forum*, 2000-01/3, pp. 177-181.

FONTAINE, M.: «Codifying "Modern" Contracts», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 371-379.

«Centre de droit des obligations de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain». *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

FRANZEN, M.: *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlín/Nueva York, W. De Gruyter, 1999.

FREITAG, R. y LEIBLE, S.: «Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie – Europäisches handelsvertreterrecht weltweit?», *RIW*, 2001/4, pp. 287-295.

— «Von den Schwierigkeiten der Umsetzung kollisionsrechtlicher Richtlinienbestimmungen», *ZIP*, 1999/31, pp. 1.296-1.301.

FURRER, A.: «Stellungnahme zur Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

GABRIELLI, G.: «L'attuazione in Germania e in Italia della Direttiva europea sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali», *Europa e diritto privato*, 2000, pp. 715-749.

GAMBARO, A.: «Gli instrumenti della CE in tema di multipropriétà ed i limiti della legislazione», *Diritto privato comunitario (a cura di Vito Rizzo)*, vol. I, Nápoles. Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 265-270.

— «Perspectives on the Codification of the Law of Property: an Overview», *ERPL*, 1997, pp. 497-504.

— «European Aspects of Property Law», *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1998, pp. 75-91.

— «*Iura et leges* nel processo di edificazione di un diritto privato europeo», *Europa e diritto privato*, 1998/4, pp. 993-1.018.

GANDOLFI, G.: «Pour un code européen des contrats», *Rev.trim. dr.civ.*, 1992, pp. 707-736.

— «Per la redazione di un "codice europeo dei contratti"», *Riv.trim. dr.proc.civ.*, 1995, pp. 1.074-1.093.

— «Per un codice europeo dei contratti», *Riv.trim.dr.proc.civ.*, 1995, pp. 781-810.

— «Sul progetto di un "codice europeo dei contratti´», *Diritto privato comunitario (a cura di Vito Rizzo)*, vol. I, Nápoles. Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 281-291.

GANDOLFI, G. y DE LOS MOZOS, J.L.: «Akademie europäischer Pirivatrechts wissenschaftlicher Pavia», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

GARCÍA RUBIO, M.P.: «Presente y futuro del Derecho privado en el proceso de integración europea», *XVI Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 237-258.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. y CERVANTES HEREDIA, I.: «El art. 6 del TUE y el Derecho procesal civil nacional», *GJCE*, 1995, pp. 49-79.

GEBAUER, M.: *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1998.

GERVEN, W. VAN: «Casebooks for the Common Law of Europe. Presentation of the Project», *ERPL*, 1996/4, pp. 67-70.

— «Coherence of Community and National Laws. Is There a Legal Basis for a European Civil Code?», *ERPL*, 1997, pp. 465-469.

— «The ECJ Case-Law as a Means of Unification of Private Law?», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 91-104.

— «Taking Article 215(2) EC Treaty Seriously», en J. Beatson / T. Tridimas (dirs.), *New Directions in European Public Law*, Oxford, 1998, pp. 40 ss.

— «From Communitarisation of National Tort Rules to Europeanisation of Community Tort Law: The Invader Invaded», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 179-192.

— *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2000.

— «Codifying European Private Law», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

GERVEN, W. VAN: «A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past», *ERPL*, 2001/4, pp. 485-503.

GIL ROBLES, J.M.: «La unificación jurídica como aspiración desde una óptica europeísta», *La unificación jurídica europea*, Madrid, Cívitas, 1999, pp. 297-305.

GIMENO SENDRA, V.: «Observaciones al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho procesal europeo», *La Ley*, año XX, núm.. 4.734, 15.2.1999, pp. 1-3.

GOLDSTEIN, G.: «L'expérience canadienne», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, Economica, 1998, pp. 164-232.

GONZÁLEZ ALONSO, L.N.: «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho comunitario*, 1998/4, pp. 501-545.

GOODE, R.M.: «Communication on European Contract Law», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/ contract_l.../academics_en.htm.*

GORDLEY, J.: «Common Law und civil Law: eine überholte Unterscheidung», *ZEuP*, 1993, pp. 498 ss.

GÖTZ, V.: «Auf dem Weg zur Rechtseinheit in Europa?», *JZ*, 1994, pp. 265-269.

GRIMALDI, M. y BARRIÈRE, F.: «Trust and Fiducie», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 567-582.

GROOT, G.R. De: «European Education in the 21st Century», *The common law of Europe and the future of legal education (ed. B. DE WITTE y C. FORDER)*, La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1992, pp. 7-29.

— «Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht», *ZEuP*, 2001/3, pp. 617-627.

GROßFELD, B. y BILDA, K.: «Europäische Rechtsangleichung», *ZfRV*, 1992/6, pp. 421-433.

GROSSI, P.: «Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo», *Riv. dir.civ.*, 1996, pp. 281-286.

GRUNDMANN, S.: «EG Richtlinie und nationales Privatrecht», *JZ*, 1996/6, pp. 274-287.

— «Die Auslegung angeglichenen Kapitalmarktsrechts – insbesondere der Sanktionsregeln», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 63-82.

— «The Structure of European Contract Law», *ERPL*, 2001/4, pp. 505-528.

HABSCHIED, W.: «Die Europäisierung des Zivilprozeßrechts», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 543-563.



HANISCH, H.: «Rechtsvergleichung – aber wie?», *Vers un droit européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1994, pp. 125-134.

HAKENBERG, W.: «Gemeinschaftsrecht und Privatrecht. Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2000», *ZEuP*, 2001, pp. 888-914.

HARTKAMP, A.S.: «The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law», *ERPL*, 2, 1994, pp. 341-357.

— «Principles of Contract Law», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 105-120.

HAUSCHKA, C.E.: «Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft», *JZ*, 1990/11, pp. 521-532.

HAYDER, R.: «Privatrechtsvereinheitlichung durch die Europäische Gemeinschaft – Kommentar zum Vortrag von Hans Claudius Taschner», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 237-240.

HEISS, H.: «Europäisches Vertragsrecht: *in statu nascendi*», *ZfRV*, 1995, pp. 54-61.

HERMAN, S.: «L'expérience des États-Unis d'Amérique. Concurrence au pays des micro-brasseries: la gestion des transactions pluri-étatiques aux États-Unis», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, Economica, 1998, pp.150-163.

HEß, B.: «Die "Europäisierung" des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag – Chancen und Gefahren», *NJW*, 2000/1, pp. 23-32.

HESSELINK, M.: «Good Faith», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 285-310.

— «Special Issue on Critical Legal Theory and European Private Law (Editorial)», *ERPL*, 2002/1, pp. 3-5.

HIRSCH, E.E.: «Einheitliches Wechselgesetz oder einheitliches Wechselrecht», *NJW*, 1961, pp. 1089-1094.

HOECKE, M. Van: «The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 1-20.

HOFFMANN, D.: «Actions en cessation en matière de protection des interêts des consommateurs (Dir.

98/27/CE de 19/5/98)», *ERPL*, 2000, pp. 147-154.

HOHNERLEIN, E.M.: «Konturen eines einheitlichen europäischen Familien-und Kindschaftsrecht – die Rolle der Europäischen Menschenrechts-Konvention», *The European Legal Forum*, 2000-2001/4, pp. 252-260.

HOMMELHOFF, P.: «Corporate and Business Law in the European Union: Status and Perspectives 1997», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 585-603.

— «Die Auslegung angeglichenen Gesellschaftsrechts – eine Analyse der EUGH-Rechtsprechung», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 29-46.

— «Konturen eines gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensrecht», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 361-384.

HONDIUS, E.: «Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie: verso un codice civile europeo», *Quaderni di diritto privato europeo*, 1997/1, pp. 13-50.

— «Towards a European Civil Code: the Debate has started», *ERPL*, 1997/5, pp. 455-463.

HONDIUS, E.: «Towards a European Civil Code», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/ Boston, Kluwer, 1998, pp. 2-19.

— «Vers un droit européen de la responsabilité civile», *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1998, pp. 51-58.

— «Finding the Law and Harmonisation of Private Law in Europe», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 393-403.

— «The Common Core of European Private Law. Trento 15-17 July 1999», *ERPL*, 2000, pp. 249-251.

— «European Private Law. Survey 1998-2000», *ERPL*, 2000, pp. 385-416.

HOWARTH, D.: «The General Conditions of Unlawfulness», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 397-430.

HOWELLS, G.: «Product Liability», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 449-460.

— «Interpretation of EC Consumer Law», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 115-129.

HÜBNER, U. y EBKE, W.F.: «Europäisierung des Privatrechts», *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1999, pp. 471-483.



HUGHES, V.: «Harmonization of Private Rules between Civil and Common Law Jurisdictions: A Canadian Perspective», *Droit contemporain*, 1992, pp. 93 ss.

HYLAND, R.: «The American Restatements and the Uniform Commercial Code», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/ Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 55-70.

IANNANTUONO, P.: «La proprietè industriale», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. II, Giapichelli, 2000, pp. 1.093-1-146.

IANNARELLI, A. y SCANNICCHIO, N.: «Opzioni per iniziative future della CE nel settore del diritto contrattuale», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

IDOT, L.: «Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome)», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, Economica, 1998, pp. 22-35.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del tratado de Ámsterdam», *RGD*, núm. 644, pp. 5.847-5.862.

IRTI, N.: *L'età della decodificazione*, 2.ª ed., Milán, 1986.

ISRAËL, J.: «Conflicts of Law and the EC after Amsterdam. A Change for the Worse?», *Maastricht Journ.*, 7, 2000, pp. 81-99.

JAMIN, C.: «Un droit européen des contrats?», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, Economica, 1998, pp. 40-60.

JAYME, E.: «Narrative Normen im internationalen Privat-und Verfahrensrecht», *Tübinger Universitätsreden: Neue Folge 10, Band 5*, Tubinga, 1993, 38 pp.

— «Klauselrichtlinie und Internationales Privatrecht – Eine Skizze», *Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinker zum 65. Geburstag*, Heidelberg, 1995, pp. 575-584.

— Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne», *R. des C.*, t. 251, 1995, pp. 9-267.

JAYME, E. y KOHLER, Ch.: «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit derivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *RCDIP*, 1995, pp. 1-40.

JOERGES, C.: «Desintegrative Folgen legislativer Harmonisierung: ein

complexes Problem und ein unscheinbares Exempel», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 205-222.

— «Interactive Adjudication in the Europeanisation Process? A Demanding Perspective and a Modest Example», *ERPL*, 2000, pp. 1-16.

— «The Science of Private Law and the Nation State», *The Europeanisation of Law (the Legal Effects of European Integration)*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 47-82.

JOERGES C. y BRÜGGMEIER, G.: «Europäisierung des Vertragsrecht und Haftungsrechts», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 301-360.

JOUSTRA, C.: «Consumer Law», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 133-148.

JUENGER, F.K. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: «Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado», *REDI*, 2000-1, pp. 15-47.

KAHN-FREUND, O.: «Common Law and Civil Law. Imaginary and Real Obstacles to Assimilation», en M. Cappelletti (ed.), *New perspectives for a Common Law of Europe*, Florencia, 1978, p. 149 ss.

KENNEDY, D.: *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, 1997.

KERAMEUS, K.: «Problems of Drafting a European Civil Code», *ERPL*, 1997, pp. 475-481.

— «Procedural Implications of Civil Law Unification», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 121-132.

— «Angleichung des Zivilprozeß–recht in Europa (einige grundlegende Aspekte)», *Rabels Z.*, 2002, pp. 1-17.

KIENINGER, E.M.: *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnemarkt (Zum Einfluß der Warenkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrencht der Mitgliedstaaten)*, Baden-Baden, Nomos, 1996.

KLAUER, I.: *Die Europäisierung des Privatrechts*, Baden-Baden, Nomos, 1998.

— «General Clauses in European Private Law and "Stricter" National Standards: the Unfair Terms Directive», *ERPL*, 2000, pp. 187-210.

KLUIVER, H.J. De: «Harmonisation of Law, Substantive Review and Abuse of Rights in the ECC – Some Observations from the perspective of EC Company Law», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 47-61.



KOCHS, H.: «Probleme deutscher Richter bei der Auslegung europäischen Privatrechts», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 211-217.

KOHLEGGER, G.: «Die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht im Zivil-Justizbereich – eine erste Bilanz», *ZfRV*, 1999/5, pp. 161-169.

KOHLER, C.: «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *RCDIP*, 1999, pp. 1-30.

KOOPMANS, T.: «Towards a new *ius commune*», *The common law of Europe and the future of legal education (ed. B.* DE WITTE *y C.* FORDER*)*, La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1992, pp. 43-51.

— «Towards a European Civil Code», *ERPL*, 1997, pp. 542-547.

KÖTZ, H.: «Gemeineuropäisches Zivilrecht», *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tubinga, J.C.B. MOHR, 1981, pp. 481-500.

— «Rechsvergleichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele», *Rabels Z.*, 1986, pp. 1-18.

— «A Common Private Law for Europe: Perspectives for the Reform on European Education», *The common law of Europe and the future of legal education (ed. B.* DE WITTE *y C.* FORDER*)*, La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1992, pp. 31-41.

KÖTZ, H.: «Alternative zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung», *Rabels Z.*, 1992, pp. 215-218.

— «Europäische Juristenausbildung», *ZEuP*, 1993, pp. 268-278.

— *Europäische Vertragsrecht*, t.I, 1996.

— «The Common Core of European Private Law: Third general Meeting, Trento 17-19 July 1997», *ERPL*, 1997, pp. 549-552,

— «Interpretation of Contracts», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 267-283.

— «How to Achieve a Common European Private Law», *New Perspektives on European Private Law*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1998, pp. 9-21.

— «Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 149-162.

KRAMER, A.: «Vielfalt und Einheit der Wertungen im europäischen Privatrecht», *Festschrift für Koller*, Berna, 1993, p. 743 ss.

KREUZER, K.F.: «Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts – Vorgaben des Gemeinschaftsrechts», en P.Ch. Müller (dir.),

*Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 457-542.

KREUZER, K.F.: «La communitarisation du droit international privé: les acquis et les perspectives», *Droit Global Law. Unifier le droit: un rêve impossible? (dir. De Louis Vogel)*, París, Université Panteón-Assas (Paris II), 2001/1, pp. 97-137.

KRIMPHORE, D.: *Europäisches Arbeitsrecht*, 2.ª ed., Munich, CH Beck, 2001.

KROPHOLLER, J.: *Internationales Einheitsrecht (Allgemeine Lehren)*, Tubinga, J.C.B. MOHR, 1975.

LANDO, O.: «European Contract Law», *AJCL*, vol. 31, 1983, pp. 653-659.

— «Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?», *Rabels Z.*, 1992, pp. 261-273 (reproducido en *AJCL.*, vol. 40, 1992, pp. 573-585).

— «Is Codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and the Relationship to Dutch Law», *ERPL*, 1993, pp. 157-170.

— «European Contract Law», *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 117-134.

— «Why Codify the European Law of Contract», *ERPL*, 1997, pp 525-535.

LANDO, O.: «Guest Editorial: European Contract Law after the Year 2000», *CMLR*, 1998, pp. 821-831.

— «Non-Performance (Breach) of Contracts», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 333-347.

— «The Principles of European Contract Law after Year 2000», *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1998, pp. 59-74.

— «Die Regeln des Europäischen Vertragsrecht», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 567-577.

— «The Principles of European Contract Law and the *lex mercatoria*», *Private Law in the International Arena - Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, TMC Asser Press, 2000, pp. 391-404.

— «Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law», *ERPL*, 2000, pp. 59-69 (reproducido como editorial en *CMLR*).

LANDO, O. Y BEALE, H. (Ed.): *Principles of European Contract Law*, Parts. I and II, La Haya, Kluwer, 2000.

LEGRAND, P.: «Sens et non-sens d'un Code civil européen», *RIDC*, 1996/4, pp. 779-812.

LEGRAND, P.: «European Legal Systems are not Converging», *International and Comparative Law Quaterly*, vol. 45, 1996, pp. 52-81.

— «Against a European Civil Code», *The Modern Law Review*, vol. 60, 1997, pp. 44-63.

— «Le primat de la culture», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, Economica, 1998, pp. 1-19.

— «La leçon d'Apollinaire», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2000, pp. 37-56.

— «On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unseasonable Observations», *ERPL*, 2002/1, pp. 61-76.

LEIBLE, S.: «Der Vorschalg für eine EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr als Baustein eines europäischen Unternehmensrecht», *Europa als Union des Rechts*, Colonia, 1999, pp. 90-98.

— «Die Rolle der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bei der europäischen Privatrechtsentwicklung», *Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch*, Frankfurt, Springer, 1999, pp. 53-86.

— «Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 353-392.

— *Wege zu einem europäischen Privatrecht (Anwendungsprobleme und Entwicklungsperspektiven des Gemeinschaftsprivatrecht)*, escrito de habilitación policopiado, 2001.

— «Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht - Startschluss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?», *EWS*, 2001/10, pp. 471-481.

LEIBLE, S. y STAUDINGER, A.: «Art. 65 EGV im System der EG-Kompetezen», *The European Legal Forum*, 2000-01/4, pp. 225-235.

— «El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?», *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 89-115.

LELEU, Y.H.: «Harmonization of the Law of Succession in Europe», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 173-188.

LENOBLE, J.: «Repenser le libéralisme (au-delà des critiques communitariennes et postmodernes)», *Nouveaux itineraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, p. 318 ss.

LIPSTEIN, K.: «European Legal Education in the Future: Teaching the

"Common Law of Europe´», *The common Law of Europe and the future of legal education*, en B. DE WITTE y C. FORDER (dir.), La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1992, pp. 255-263.

LOOS, M.B.M.: «Towards a European Law of Service Contracts», *ERPL*, 2001/4, pp. 565-574.

LÓPEZ ESCUDERO, M.: «El mercado interior: cuestiones generales», *Derecho comunitario material*, Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 27-39.

LUBY, M.: «Le risque de confusion, un duo dissonant entre la Cour de justice et le juge national», *Journ. dr. int.*, 2, 2001, pp. 487-503.

LUIG, K.: «The History of Roman Private Law and the Unification of European Law», *ZEuP*, 1997, pp. 405-427.

LUNAS DÍAZ, M.J.: «El principio de primacía comunitario y el Derecho internacional privado», *RDCE*, 1998/4, pp. 473-499.

LUPOI, M.: *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994.

LY, F. DE: «Lex Mercatoria and Unification of Law in the European Union», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 41-53.

MAGNUS, U.: «Die Gestalt eines Europäischen Handelsgesetzbuches», *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburstag*, Tubinga, J.C.B. MOHR, 1998, pp.57-80.

MALAURIE, P.: «Synthèse», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, Economica, 1998, pp. 243-252.

MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw Hill, 1996.

MANSEL, H.P.: «Rechtsvergleichung und Europäische Rechtseinheit», *JZ*, 1991, pp. 529-534.

MARCATAJO, G.: «Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella política comunitaria di *Consumer Protection:* la risposta della normativa sulle clausole abusive», *Europa e diritto privato*, 2000, pp. 752-803.

MARCHAL ESCALONA, N.: «Las libertades comunitarias y el Derecho procesal estatal», *La Ley (Unión Europea)*, año XX, núm.. 4.916, 29.10.1999, pp. 1-4.

MARIS VAN SANDELINGENAMBACHT, C.W.: «Legal Postism and the End of European Private Law (Duncan KENNEDY's Critique of Adjudication)», *ERPL*, 2002/1, pp. 111-132.

MARKESINIS, B.S.: «General Theory of Unlawful Acts», *Towards a European Civil Code*, 1.ª ed., Nimega, 1994, pp. 285 ss.

— *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21th Century*, 1994 .

— «Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity», *ERPL*, 1997, pp. 519-524.

— «Our Debt to Europe: Past, Present and Future», *The Clifford Chance Millenium Lectures: The Coming Together to the Common Law and the Civil Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 37-66.

— «Studying Judicial Decisions in the Common Law and the Civil Law: a Good Way of Discovering Some of the Most Interesting Similarities and Differences that Exist between these Legal Families», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 117-134.

— «Unité ou divergence: à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain», *RIDC*, 4-2001, pp. 822 ss.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «Las competencias comunitarias», *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pp. 11-23.

— Id.: «La incidencia del principio de subsidiariedad en el *modus operandi* de la Comunidad Europea», *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1995, pp. 95-125.

MARTÍNEZ LAGE, S.: «El Euro: algunas cuestiones jurídico-privadas», *La unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 189-203.

MARTÍNEZ TORRÓN, J.: *Derecho angloamericano y Derecho canónico (las raíces canónicas de la «Common Law»)*, Madrid, Cívitas, 1991.

MARTINY, D.: «Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 151-171.

— «Babylon in Brüssel», *ZEuP*, 1998, pp. 227-252.

— «Europäisches Internationales Vertragsrecht – Ausbau und Konsolidierung», *ZEuP*, 1999, pp. 246-270.

MASELIS, I.: «Legislative Harmonization and the Integration of Harmonized Legislation into the National Legal Systems, within European Community», *ERPL*, 1993, pp. 137-156.

MATTEI, U.: «A Transaction Costs Approach to the Europe Code», *ERPL*, 1997, pp. 537-540.

MATTEI, U. y DI ROBILANT, A.: «The Art and Science of Critical Scholarship. Post-modernism and International Style in the Legal Architecture of Europe», *ERPL*, 2002/1, pp. 29-59.

MAZEAUD, D.: «La Commission

Lando: le point de vue d'un juriste français», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2000, pp. 141-158.

MEILHAC, G.: «Le nouveau droit français des clauses abusives: un nouveau depart pour le juge?», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 291-308.

MICHAELS, R.: Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipen», *RabelsZ*, 62 (1998), pp. 584 ss.

MICHAELS, R. y KAMANN, H.G.: «Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts – "Amerikanisierung" des Gemeinschaft-IPR?», *EWS*, 2001/7, pp. 301-311.

MICKLITZ, H.W.: «Perspektiven eines europäischen Privatrechts (*ius commune praeter legem?*)», *ZEuP*, 1998, pp. 253-276.

MIGUEL ASENSIO, P.A. De: «Integración europea y Derecho internacional privado», *RDCE*, 1997/2, pp. 413-445.

— «El Tratado de Ámsterdam y el Derecho internacional privado», *La Ley (Unión Europea)*, año. XIX, núm.. 4.510, 30-3-1998, pp. 1-7.

— «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado», *RDP*, jul-ago, 1998, pp. 541-558.

MOZOS, J.L. de los: «Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común», *RDP*, 1993, pp. 211-225.

— «El Anteproyecto de "Código Europeo de Contratos" de la Academia de Pavía», *La unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 253-265.

MUIR WATT, H.: «L'expérience du Royaume-Uni», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, Economica, 1998, pp. 233-242.

MÜLLER-GRAFF, P.C.: *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1991.

— «Common Private Law in the European Community», *The common law of Europe and the future of legal education (ed. B.* DE WITTE *y C.* FORDER*)*, La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1992, pp. 239-254.

— «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht», *NJW*, 1993/1, pp. 13-23.

— «Binnemmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip», *ZHR*, vol. 159, 1995, pp. 34-77.

— «Diritto privato comunitario. Realtà in Germania e prospettive per l'Europa», *Diritto privato comunitario (fonti, principi, obbligazioni e contratti)*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 6-31.

MÜLLER-GRAFF, P.C.: «EC Directives as a Means of Private Law Unification», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 71-89.

— «Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft* 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 9-100.

— «Privatrecht und europäischen Gemeinschaftsrecht», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft* 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 267-298.

NABASQUE, H. Le: «Un droit européen des sociétés?», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, Economica, 1998, pp. 78-107.

NEBBIA, P.: «The Implementation of Directive 93/13 in Italy and in the United Kingdom: a Comparison», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 309-319.

— «Unfair Terms in Consumers Contracts: an Anglo-Italian Comparison», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 179-188.

NEßLER, V.: «Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung – Stand und Perspektive des europäischen Gesellschaftsrecht», *ZfRV*, 2000/1, pp. 1-8.

NIGLIA, L.: «The Non-Europeanisation of Private Law», *ERPL*, 2001/4, pp. 575-599.

NORMAND, J.: «Un droit judiciaire privé européen?», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, Economica, 1998, pp. 124-135.

OPPETIT, B.: «Droit commun et droit européen», *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, Dalloz, 1994, pp. 311-319.

PADOA-SCHIOPPA, A.: «Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello», *ZEuP*, 1997, pp. 706-717.

PALMISCIANO, G. y CHRISTOFFERSEN, J.: «Aspects linguistiques de la communication juridique en Europe: pratique et problèmes des "juristes-reviseurs" de la Commission des Communautés Européennes», *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 69-83.

PASQUAU LIAÑO, M. y COMITÉ, V. Di: «Sulle nuove nullità», *Quaderni di diritto privato europeo*, 1997/1, pp. 51-72.

PERRON, E. DU: «Contract and Third

Parties», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 311-326.

PFEIFFER, T.: «Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 21-43.

PINTENS, W.: «Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle dür die Europäische Union», *ZEuP*, 1998, pp. 670-676.

— «Die Europäisierung des Erbrechts», *ZEuP*, 2001/3, pp. 628-648.

PIRRUNG, J.: «Europäische justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen - insbesondere das neue Scheidungsübereinkommen», *ZEuP*, 1999/4, pp. 834-848.

POSCH, W.: «Judikative Rechtsangleichung – ein Weg zur Europäisierung des Privatrechts?», *ZEuP*, 1998, pp. 521-537.

— «Probleme mit der Auslegung von Europäischem Privatrecht in einem neuen Mitgliedstaat – das österreichische Beispiel», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 219-237.

PUGLIESE G.: «Aspetti del "diritto comune europeo"», *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, t. II, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 1.077-1.101.

QUIGLEY, C.: *Droit communautaire des contrats (l'effet du droit communautaire sur les obligations contractuelles)*, Bruselas, Bruylant/Kluwer, 1998.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.: «Marché intérieur, harmonisation minimale et contrats de consommation», *http://europa.eu.int.comm/consumers/policy/developments/contracts_l/academics_en/htm*

— «La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores (Propuesta de modificación del art. 5 del Convenio CE de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales)», *GJ*, núm. 217, ene-feb, 2002, pp. 75-91.

RADICATI DI BROZOLO, L.G.: «L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation», *RCDIP*, 1993, pp. 401-424.

RANIERI, F.: «Juristische Arbeitsstile in historischem Vergleich: bechlennigende Faktoren oder Hindernisse einer europäischen Rechtseinheit», *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 59-68.

— *Europäisches Obligationsrecht. Lehr-und Textbuch*, Viena, Springer, 1999.



RANIERI, F.: «Alle origini del diritto civile europeo. Alcune osservazioni sui rapporti tra Pandettistica tedesca e civilistica italiana in tema di negozio giuridico», *Europa e diritto privato*, vol. 3, 2000, pp. 805-831.

REICH, N.: «Competition between legal orders: A new paradigm of EC Law?», *CMLR*, 1992, pp. 861-896.

— «Some Critical Comments», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/ contract_l.../academics_en.htm.*

REICHERT-FACILIDES, F.: «Europäisches Versicherungsvertragsrecht», *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburstag*, Tubinga, J.C.B. MOHR, 1998, pp. 119-134.

— «Project of Group-Restatement of European Insurance Contract Law», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

REMIEN, O.: «Rechtseinheit ohne Einheitsgesetz», *Rabels Z.*, 1992, pp. 300-316.

— «Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts», *JZ*, 1992/6, pp. 277-284.

— «Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? – Legislative und gerechtliche Wege», *JZ*, 1995, pp. 116-133.

REMIEN, O.: «Über den Stil des europäischen Privatrechts – Versuch einer Analyse und Prognose», *Rabels Z.*, 1996, pp. 1-39.

— «Verbraucherrecht oder allgemeine Privatrecht für die Europäische Union», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 107-117.

— «Mitteilung zum europäischen Vertragsrecht», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/ contract_l.../academics_en.htm.*

REVET, T.: «Un droit européen du travail», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, Economica, 1998, pp. 108-121.

RHEE, C.H. van: «Civil Procedure: a European *Ius Commune*?», *ERPL*, 2000, pp. 589-611.

RIEDL, K.: «The Work of the Lando Comisión from an Alternative Viewpoint», *ERPL*, 2000, pp. 71-83.

RIEG. A.: «L'harmonisation du droit de la famille: mythe ou réalité?», *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1990. pp. 473-499.

RITTNER, F.: «Das Projekt eines Europäischen Privatrechtsgesetzbuches und die wirtschaftliche Praxis», *DB*, 1996, pp. 25-27.

ROCA, E.: «Incidenza del diritto comunitario sull siritto interno in Spagna», *Diritto privato comunitario (fonti, principi, obbligazioni e contratti)*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 99-120.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: «Consideraciones sobre la formación de un Derecho europeo», *GJ*, núm. 200, abril/mayo 1999, pp. 11-25.

ROTH, W.H.: «Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht», *ZEuP*, 1994, pp. 5-33.

— «Generalklauseln im Europäischen Privatrecht», *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburstag*, Tubinga, J.C.B. MOHR, 1998, pp. 135-153.

— «Berechtige Verbrauchererwartungen im europäischen Gemeinschaftsrecht», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 45-62.

SACCO, R.: «Il sistema del diritto privato europeo: le premesse per un Codice europeo», *Il diritto privato: problemi e prospettive*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 87-98.

— «Formation of Contracts», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 191-199.

SAGGIO, A.: «Diritto internazionale privato e diritto uniforme nel sistema comunitario», *Riv.dir.eur.*, 1996/2, pp. 215-233.

SAMUEL, G.: «English Private Law in the Context of the Codes», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 47-61.

SAMUEL G.H. y RINKES J.G.J.: «The English Law of Obligations», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 163-222.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, Madrid, Civitas, 1993.

— «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *R.E.D.I.*, vol. XLVI, 1994-2, pp. 557-585.

— «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.

— «Incidencia del Derecho comunitario en la interpretación de las normas de Derecho internacional privado a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. I, Madrid, 1997, pp. 337-375.

— «El Derecho europeo de sociedades y la sentencia "Centros": la relevancia de la "sede real" en el ámbito comunitario», *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 115-157.



SANDROCK, O.: «Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland-Europa-und die Welt», *JZ*, 1996/1, pp. 1-9.

SCANICCHIO, N.: «Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti», *Diritto privato europeo (a cura di Nicolo Lipari)*, t. I, Padua, Cedam, 1997, pp. 21-108.

SCHÄFFER, B. y BANKOWSKI, Z.: «Mistaken identities: The Integrative Force of Private Law», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 21-45.

SCHEFOLD, D.: «Der Einfluß von EG-Währungsrecht auf nationale Zivilrechte», *ZEuP*, 1999, pp. 271-293.

SCHMID, C.: «Ansfänge einer trasnationalen Privatrechtswissenschaft in Europa», *ZfRV.*, 1999, pp. 213-221.

— «Legitimacy Conditions for a European Civil Code», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/ developments/contract_l.../academics_en.htm.*

SCHMIDLIN, B.: «Gibt es ein gemeineuropäischen System des Privatrechts (eine allgemeine Betrachtung «über den Beruf unserer Zeit zu einer europäischen Gesetzbuch und Rechtswissenschaft)», *Vers un droit européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1994, pp. 33-56.

SCHMIDT-KESSEL, M.: «Rechtsetzung der Europäischen gemeinschaft: Auflösung des deutschen Privatrechts», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

SCHULTE-NÖLKE, H.: «Elf Amstprachen, ein Recht? Folgen der Mehrsprachigkeit für die Auslegung von Verbraucherschutzrichtlinien», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 143-160.

— «Ein Vertragsgesetzbuch für Europa?», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l... / academics_en.htm.*

SCHULTE-NÖLKE, H. y SCHULZE, R.: «Einführung», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 11-20.

— *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

SCHULZE, R.: «Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht», *ZEuP*, 1993, pp. 442-474.

SCHULZE, R.: «Le droit privé commun européen», *RIDC*, 1995/1, pp. 7-32.

— «Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgesichte», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 127-148.

— «Auslegung Europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts.

— Einführung», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 9-25.

SCHURIG, K.: «Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?», *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1999, pp. 1.080-1.111.

SCHWARTZE, A.: «Enforcement of Private Law: The Missin Link in the Process of European Harmonisation», *ERPL*, 2000, pp. 135-146.

SCOGNAMIGLIO, C.: «Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato», *Europa e diritto privato*, 2000/2, pp. 333-356.

SERNA MEROÑO, E.: «Responsabilità del fabricante per i prodotti difettosi: adeguamento del diritto spagnolo alla Direttiva comunitaria», *Diritto privato comunitario (fonti, principi, obbligazioni e contratti)*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 205-221.

SNIJDERS, W.: «The Organisation of the Drafting of a European Civil Code: a Walk in Imaginary Gardens», *ERPL*, 1997, pp. 483-488.

SOCIETY OF PUBLIC TEACHERS OF LAW OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND: «Response to Communication fromt the European Commission on European Contract Law», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

SONNENBERGER, H.J.: «Europarecht und Internationales Privatrecht», *ZfRV*, 1996, pp. 3-47.

— «Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts», *JZ*, 1998/20, pp. 982-991.

— «Mitteilung über das Europäische Vertragsrecht», *http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm.*

STAUDENMAYER, D.: «Die Richtlinien des Verbraucherprivatrechts – Bausteine für eine europäisches Privatrecht», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 63-78.

STEIN, P.: «Common Law and Civil Law in Historical Perspective», *ZEuP*, 1997, pp. 385-392.



STORME, M.: «Rechtsvereinheitlichung in Europa (ein Plädoyer für ein einheitliches europäisches Prozeβrecht)», *Rabels Z.*, vol. 56, 1992, pp. 290-299.

— «Procedural Consequences of a Common Private Law for Europe», *Towards a European Civil Code*, 1.ª ed., Nimega, Ars aequi libri, 1994, pp. 83-95.

— «Das Prozeβrecht in Europa_ e Diversitate Unitas?», *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburstag*, Tubinga, J.C.B. MOHR, 1998, pp. 177-194.

— «The Binding Character of Contracts – Causa and Consideration», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 239-254.

STRUYCKEN, A.V.M.: «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *R. des C.*, 232, 1992-I, pp. 257-384.

TALLON, D.: «Hardship», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 327-332.

— «Les travaux de la Commission LANDO», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2000, pp. 119-125.

TASCHNER, H.C.: «Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft – Rechtsgrundlagen, Ziele, Sachgebiete, Verfahren», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 225-235.

TENREIRO, M. y KARSTEN, J.: «Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, Contradictions and Novelties of a Directive», *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 223-276.

TEUBNER, G.: «Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying ends up in New Divergences», *The Europeanisation of Law (The Legal Effects of European integration)*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 243-267.

TILMANN, W.: «Towards a European Civil Code», *ZEuP*, 1997-3, pp. 595-598.

— «The Legal Basis for a European Civil Code», *ERPL*, 1997, pp. 471-473.

— «Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschsft?», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 579-594.

TIMMERMANS, C.W.A.: «Zur Entwicklung des europäischen Zivilrechts», *ZEuP*, 1999/1, pp. 1-5.

TIZZANO, A. y FORTUNATO, S.: «La tutela dei diritti», *Il diritto pri-*

*vato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. II, Giapichelli, 2000, pp. 1.271-1.329.

TORIELLO, F.: *I principi generali del diritto comunitario (il ruolo della comparazione)*, Milán, Giuffrè, 2000.

— «I contratti di vendita stipulati dai consumatori. Resentí sviluppi», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. I, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 671-695.

— «La normativa comunitaria nel settore della responsabilità civile», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. I, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 731-786.

TRACHTMANN, J.: «International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction», *Harvard Int. L. Rev.*, 1993, p. 47 ss.

TUNC, A.: «Traffic Accident Compensations», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 461-471.

ULMER, P.: «Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?», *JZ*, 1992, pp. 1-8.

ULRICH, H.: «Die gemeinschaftsrechtliche Gestaltung des Wettbewerbsrechts und des Rechts des geistigen Eigentums – eine Skizze», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 403-456.

URBAN, N.: «One Legal Language and the Maintenance of Cultural and Linguistic Diversity?», *ERPL*, 2000, pp. 51-57.

USHER, J.A.: «Principles Derived from Private Law and the European Court of Justice», *ERPL*, 1993, pp. 109-136.

— «Community Law and Private Law. A View from the United Kingdom», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 241-266.

VAREILLES-SOMMIÈRES, P. De: «Un droit international privé européen», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, París, Economica, 1998, pp. 136-147.

VERARDI, C.: «L'acceso alla giutizi e la tutela colletiva dei consumatori», *Il diritto privato dell'Unione Europea (a cura di Antonio Tizzano)*, t. II, Giapichelli, 2000, pp. 1.331-1.369.

VERBEKE, A. y LELEU, Y.H.: «Harmonization of the Law of Succession in Europe», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 173-188.

VERDE, G.: «Un processo commune per l'Europa», *Europa e diritto privato*, 1999/1, pp. 3-23.



VOGEL, L. von: «Die Harmonisierung des Europäischen Wirtschaftsrechts: Mythos oder Realität?», *Rabels Z.*, 2001, pp. 591-614.

WEHRENS, H.: «Real Security Regarding Immovable Objects – Reflection on a Euro-Mortgage», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 551-564.

WERRO, F.: «Towards Denationalisation of Private Law in Europe», *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1998, pp. 23-49.

WETH, S. y KERWER, C.: «Der Einfluβ des europäischen Rechts auf das nationale Arbeitsrecht», *JuS*, 2000/5, pp. 425-431.

WIJFFELS, A.: «European Private Law: A New Software-Package for an Outdated Operating System», *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 101-116.

WILDESPRIN, M.W.: «The Rome Convention Experience to date before the Courts of Member States, and Interpretation of the Court of Justice of the European Communities of the Brussel Convention and its Possible Impact on the Interpretation of the Rome Convention», *L'européanisation du droit international privé*, Colonia, Bundesanzeiger Verlagsges, 1996, pp. 47-61.

WILHELMSSON, T.: «Standard Form Conditions», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 255-266.

— «Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?», *ERPL*, 2002/1, pp. 77-94.

WILMOWSKY, P. von: «EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit», *Rabels Z.*, vol. 62, 1998, pp. 1-37.

WITZ, C.: «Rapport de synthèse», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2000, pp. 161-173.

ZIMMERMANN, R.: «Civil Code and Civil Law – Towards a new European Private Law», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 20, 1994, pp. 217-226.

— «Civil Code and Civil Law (The "Europeanisation" of Private Law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science)», *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, 1994/95, pp. 63-105.

— «Roman Law and European Legal Unity», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, pp. 21-39.

ZIMMERMANN, R.: «Konturen eines Europäischen Vertragsrechts», *JZ*, 1995, pp. 477-490.

— «Historische Verbindungen zwischen civil law and common law», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 103-125.

— «El legado de Savigny», *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, Cívitas, 2000, pp. 19-66.

— «El Derecho romano-holandés y su contribución al Derecho privado europeo», *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, Cívitas, 2000, pp. 67-110.

— «Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo», *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, Cívitas, 2000, pp. 111-159.

— «El carácter europeo del Derecho inglés», *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, Cívitas, 2000, pp.

ZIMMERMANN, R. y WHITAKKER, S. (dirs.): *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

ZULEEG, M.: «Rechtsangleichung innerhalb und außerhalb des Europäischen Gemeinschaft», *ZEuP*, 1998, pp. 506-520.

— «Die gemeinschaftskonforme Auslegung und Fortbildung mitgliedstaatlichen Rechts», *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 163-177.

— «Öffentliches Recht und Privatrecht in Europarecht», *ZEuP*, 2001/3, pp. 533-547.

ZWEIGERT, K.: «Einige Auswirkungen des Gemeinsames Marktes auf das Internationale Privatrecht der Mitgliedstaaten», *Probleme des Europäischen Rechts. Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburstag*, Frankfurt am Main, 1966, pp. 554-569.