

## EL CARÁCTER *ULTRA VIRES* DEL REGLAMENTO “ROMA I” Y EL TEST DE COMPATIBILIDAD DE LAS NORMAS IMPERATIVAS ESTATALES

Sixto SÁNCHEZ LORENZO  
Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Granada

SUMARIO: I. Introducción. II. La polémica sobre el carácter *ultra vires* del Reglamento “Roma I”: 1. El postulado y sus argumentos. 2. La explicación verosímil: un problema práctico. 3. Las consecuencias inesperadas: la competencia exclusiva de la Unión Europea. III. La sujeción de las normas imperativas estatales al test de compatibilidad comunitario: 1. El postulado y sus argumentos. 2. La explicación verosímil: la desconfianza frente al TJCE como legislador negativo. 3. Las consecuencias inesperadas: la defensa de la singularidad frente a la voracidad legislativa europea.

RESUMEN: *Partiendo del contenido de dos cartas remitidas por dos grupos de prestigiosos profesores franceses de Derecho internacional privado al presidente de la República Francesa, se abordan en este artículo dos cuestiones relativas al proyecto de Reglamento “Roma I”. En primer lugar, se analiza críticamente la base legal utilizada para promulgar normas de Derecho internacional privado de alcance universal a partir del art. 65 TCE, poniendo de relieve la condescendencia de los Estados miembros y la trascendencia de tales actos ultra vires una vez determinada la competencia exterior exclusiva de la Unión Europea. En segundo término, se aborda la incidencia del Derecho comunitario en la limitación del juego de las normas imperativas estatales en materia contractual. Aunque se admite que el Proyecto Roma I no cambia la situación actual, se justifican ciertas reticencias a la luz del papel que desempeña el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como legislador negativo. Finalmente, el artículo señala los riesgos de una acción comunitaria desmedida, capaz de provocar una estrategia defensiva de los Estados miembros.*

PALABRAS CLAVES: OBLIGACIONES CONTRACTUALES – COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DE LA UE – BASE LEGAL – NORMAS IMPERATIVAS ESTATALES – TEST DE COMPATIBILIDAD

ABSTRACT: *In light of two letters sent to the President of the French Republic by two groups of reputed French scholars in the field of Private International Law, this article deals with two different questions related to the draft of “Roma I” regulation. First, the legal basis used to promulgate conflict of laws rules with a universal scope under art. 65 EC Treaty is criticised, emphasizing the passiveness of Member States and the signification of such ultra vires acts due to the establishment of an external exclusive power of the EU. Secondly, the article analyses the influence of European Law on the role of national mandatory rules in commercial matters. Although it is clear that Rome I Draft does not change the present situation, reluctances against the role of European Court of Justice as negative legislator are justified. Finally, this article underlines the risks de-*

*rived from a European excessive action, which would be able to cause a defensive strategy by the Member States.*

KEYWORDS: CONTRACTS – LEGISLATIVE POWERS OF EU – LEGAL BASIS – NATIONAL MANDATORY RULES – COMPATIBILITY TEST

## I. Introducción

1. Las reflexiones que siguen vienen provocadas por la lectura de dos cartas, dirigidas al presidente de la República Francesa por un buen número de profesores franceses de Derecho internacional privado, entre los que se encuentran buena parte de la flor y nata de la doctrina gala. Ambas cartas publicadas en *La Semaine Juridique*<sup>1</sup> son de contenido opuesto, y consta que han provocado en Francia un debate más allá de lo académico. Las misivas se refieren al proceso de elaboración del Reglamento “Roma I”. En la primera de ellas se denuncia la ilegitimidad del proyecto a raíz de la incompetencia legislativa de la Unión Europea; se critica asimismo que sirva a la ofensiva de la Comisión en favor de la ley de origen, mediante la desarticulación del juego de las normas imperativas estatales –singularmente del país de destino–. En consecuencia, se reclama del Presidente de la República que advierta a las instituciones comunitarias que el Tratado CE sólo vincula a Francia en el marco de las competencias que derivan de la autorización de ratificación dada por el Consejo constitucional. La respuesta inmediata de otro nutrido grupo de especialistas franceses mantiene la tesis radicalmente contraria, y niega ambas premisas. Reconoce la legitimidad del proceso legislativo y las bases legales utilizadas, al tiempo que no advierte modificación alguna en el régimen de las normas imperativas estatales.

Ante todo, discusiones jurídicas como la presente no merecen una excesiva dramatización, y si el tono desborda los límites de lo razonable acaso se deba a que encierra un enfrentamiento político e ideológico de mayor entidad, como siempre ocurre con los procesos de unificación y codificación legales. Pero incluso si se mantiene en un tono excesivamente vehemente, invita a una reflexión y a una toma de conciencia muy necesaria, pues a menudo, con criterios poco claros, se tiende a escamotear un verdadero enfoque jurídico de cuestiones tan esenciales como el juego competencial de la Unión Europea en materias de DI-Pr. El análisis científico de estas cuestiones debe ser ajeno a intenciones políticas o creencias íntimas, pues es a los políticos, y no a los académicos, a quienes corresponde valorar la oportunidad o posibilidad política de una iniciativa legislativa. Los académicos cumplen su papel, y no lo ejercen *ultra vires*, si reducen su análisis a valoraciones jurídicas sobre la legalidad de las medidas y su conformidad, en todo caso, con el sistema jurídico. Sus apreciaciones críticas siempre tienen un cauce de expresión *de lege ferenda*, pero es indudable que muchos

<sup>1</sup> *La Semaine Juridique (Édition Générale)*, nº 50, 13 de diciembre de 2006, act. 586 y nº 1, 10 de enero de 2007, act. 18.

académicos, tanto europeístas como escépticos, suelen canalizar sus íntimas creencias a través de doctrinas de fundamentos endebles, cuando no sospechosos.

Sobre estas premisas, nos permitiremos mediar en la polémica, pues podemos encontrar argumentos valiosos en ambas posturas. Las dos cuestiones suscitadas tienen, sin lugar a dudas, una íntima y estrecha conexión funcional, incluso política. Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico su análisis debe ser separado. A cada uno de ambos problemas se dedicarán los epígrafes siguientes.

## II. La polémica sobre el carácter *ultra vires* del Reglamento “Roma I”

### 1. El postulado y sus argumentos

2. Según los firmantes de la primera carta, el art. 65 Tratado CE no autoriza a la Unión Europea para intervenir en el ámbito del conflicto de leyes más que para “favorecer la compatibilidad de las soluciones nacionales” y le niegan el poder de unificarlas, es decir, hacerlas idénticas. Con ello se pone en tela de juicio el argumento competencial o la base legal del Proyecto “Roma I”. Más allá de este texto, puede afirmarse que el alcance de algunos reglamentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado es manifiestamente *ultra vires*, pues contradice las limitaciones impuestas por el principio de proporcionalidad contenido en el art. 5 Tratado CE, al ir mucho más allá de lo necesario para satisfacer las necesidades del buen funcionamiento del mercado interior.

Prescindiendo de la referencia contenida en el art. 61.a) Tratado CE a la libre circulación de personas –contrarrestada por la mención del art. 65.a) a las materias “civil y *mercanti*”–, la crítica al postulado competencial parece servida en ciertos casos. La competencia de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado es una competencia instrumental o funcional hacia el claro objetivo de favorecer el buen funcionamiento del mercado interior. Y a menudo se olvida que el mercado interior (art. 14 Tratado CE) viene representado por el principio de libre competencia y el juego de las diversas libertades de circulación amparadas en el texto del Tratado CE. Para garantizar el buen funcionamiento de estas libertades no podemos prescindir de su significado y, sobre todo, de su alcance personal y espacial. Y a menudo se olvida que este ámbito de aplicación no es común en cada una de las libertades. Así, mientras que las reglas de libre competencia sólo justifican la acción comunitaria cuando se trata de conductas que produzcan efecto en el mercado interior, la libre circulación de trabajadores o de servicios no se extiende a los nacionales de terceros Estados, salvo en ciertos supuestos excepcionales referidos a residentes de larga duración. En consecuencia, ninguna exigencia del mercado interior justifica la competencia legislativa de la Unión Europea para determinar la competencia judicial de los

Tribunales de los Estados miembros relativa al divorcio de dos marroquíes residentes en España. Del mismo modo, la ley aplicable a un contrato de servicios entre dos sociedades extracomunitarias que debe ejecutarse fuera de la Comunidad no se convierte en una operación vinculada al mercado interior porque ambas sociedades se hayan sometido a los tribunales ingleses.

3. Para sortear este inconveniente, la mayor parte de la doctrina ha acudido a argumentos aparentemente efectivos, pero a menudo débiles, incluso ingenuos. A menudo se tiene la sensación de una conversión colectiva a la estrategia del avestruz. El primero es el argumento gramatical. Para diferenciar el alcance de las competencias contempladas en el art. 94 Tratado CE (armonización en general) respecto de las basadas en el art. 65, se ha acudido con frecuencia al argumento gramatical, haciendo hincapié en la trascendencia de la distinción entre “establecimiento o funcionamiento del mercado interior” y el “correcto funcionamiento del mercado interior”. Se supone que el art. 94 contempla una competencia de armonización jurídica para el establecimiento del mercado interior, sin importar si esa medida promueve un funcionamiento normal y positivo (correcto) o anormal (incorrecto). La distinción gramatical es abiertamente inconsistente, máxime si se tiene presente la finalidad que perseguía la inclusión en el art. 65 de dicha coletilla, inspirada por el llamado “déficit Blair”: una sumisión muy clara de las acciones legislativas comunitarias al principio de proporcionalidad. Por lo demás, el afán de interpretación gramatical podría volverse en contra de los defensores del postulado competencial, pues, literalmente, el art. 65 –como remachan los firmantes de la primera carta– claramente habla de favorecer la “compatibilidad” de las normas de conflicto de leyes y de jurisdicción aplicables en los Estados miembros. Si dos normas se hacen “compatibles” es porque, en un plano lógico, siguen siendo distintas y diferenciadas, aunque convivan entre sí. Si son la misma norma, no cabe hablar de compatibilidad entre normas, sino de unificación. Si añadimos a esta interpretación gramatical el carácter atributivo de la competencia en cuestión, me temo que los firmantes de la primera carta ganarían el pulso de la interpretación literal.

4. Descartada la inconsistente discusión gramatical en la justificación del postulado competencial, la interesada diferenciación entre las competencias de armonización respectivas de los arts. 94 y 65 queda en serio peligro, y ello tiene sus consecuencias. Para los defensores del postulado competencial, bastaba con encontrar cualquier motivo para demostrar que un mercado interior con normas idénticas de competencia judicial internacional o de conflicto de leyes funciona mejor que un mercado interior sin dicha unificación. Y, ciertamente, es suficiente invocar el *forum shopping* para el Derecho aplicable o ciertos costes externos adicionales derivados de la diversidad para demostrar esa verdad. Objetivamente, tales diversidades pueden generar situaciones en que los operadores económi-

cos intracomunitarios se encuentren en situaciones divergentes, por lo que la libre competencia por definición estaría falseada<sup>2</sup>. Este argumento ha sido históricamente reiterado, sobre todo por las instituciones comunitarias que, en cualquier proceso de armonización del Derecho privado, han justificado la compartimentación de mercados que implica la diversidad jurídica como razón suficiente para dotar de base jurídica a cualquier proyecto legislativo. Pero la falacia de este argumento ha sido puesta en entredicho por el propio TJCE en la STJCE 5 de octubre de 2000 (As. C-376/98: *Alemania / Parlamento y Consejo*), al hilo de la anulación del proyecto de Directiva sobre publicidad del tabaco. Conscientes del carácter demoledor de esta sentencia para la tesis que defiende el postulado competencial absoluto, se ha negado su extrapolación al ámbito del art. 65, pero siempre sobre la base del diferente alcance de la vinculación con el mercado interior en cada uno de los preceptos<sup>3</sup>. Como hemos visto, esta diferenciación no se sostiene sobre fundamentos gramaticales; es más, el propio TJCE la minimiza en la propia sentencia, pues, al interpretar el antiguo art. 100 (94 actual) del TCE, claramente determina que un acto adoptado sobre esa base legal “debe tener efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior” (fundamento jurídico 84), circunstancia que, como es sabido, no legitima cualquier medida unificadora. Reconocida, pues, la posibilidad de extrapolar los límites competenciales de los arts. 94 y 65 y su misma relación con el principio de proporcionalidad, bastaría con reproducir algunos de los argumentos del TJCE en dicha sentencia, adaptando sus referencias a la competencia derivada del art. 65 Tratado CE, lo que hemos hecho incluyendo en cursiva un texto imaginario:

“83. Interpretar este artículo en el sentido de que atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior sería no sólo contrario al propio tenor literal de las disposiciones antes citadas, sino también incompatible con el principio establecido en el art. 3 B Tratado CE (actualmente art. 5 CE), según el cual las competencias de la Comunidad son competencias de atribución.

84. Además, un acto adoptado sobre la base del art. 65 del Tratado debe tener efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Si la mera comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales y de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales o de distorsiones de la competencia que puedan resultar de tales disparidades bastase para justificar la elección del art. 65 como base jurídica, el control jurisdiccional del respeto de la base jurídica podría quedar privado de toda eficacia. Se impediría entonces al Tribunal de Justicia ejercer la función, que le incumbe en virtud del art. 164 Tratado CE (actualmente art. 220 CE), de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado.

(...)

<sup>2</sup> Vid. Por ejemplo las impecables argumentaciones de 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. 98-105.

<sup>3</sup> Vid. J. Basedow, “Rapport de synthèse: Quel droit privé pour l’Europe”, *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* (J.-S. Bergé y M.L. Niboyet, dir.), Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 234-259, esp. p. 251.

96. Debe admitirse que, debido a las disparidades existentes entre las legislaciones nacionales en materia de *conflictos de leyes y de jurisdicciones*, existen o es probable que surjan obstáculos a la libre circulación de mercancías o a la libre prestación de servicios.

(...)

106. Al controlar la legalidad de un *Reglamento adoptado sobre la base del art. 65* del Tratado, el Tribunal de Justicia verifica si las distorsiones de la competencia que el acto pretende suprimir son sensibles (sentencia Dióxido de titanio, antes citada, apartado 23).

107. 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, interpretar el art. 65 (...) del Tratado, en el sentido de que el legislador comunitario podría basarse en estos arts. para suprimir distorsiones de la competencia mínimas sería incompatible con el principio, que ya se ha recordado en el apartado 83 de la presente sentencia, según el cual las competencias de la Comunidad son competencias de atribución.

108. Procede, por tanto, verificar si el *Reglamento* contribuye efectivamente a suprimir distorsiones sensibles de la competencia.

109. Por lo que se refiere, en primer lugar, *al forum shopping en relación con las normas de Derecho aplicable a los contratos*, es cierto que las empresas establecidas en el territorio de los Estados miembros *se pueden ver perjudicadas por la aplicación de leyes materiales diferentes según cual sea el Tribunal competente, y que una unificación del Derecho aplicable podría ser positiva para unificar las condiciones de competencia en el mercado interior*. No obstante, los efectos de estas ventajas sobre la competencia son remotos e indirectos *cuando se trata de supuestos de contratos extracomunitarios*, y no constituyen distorsiones que puedan calificarse de sensibles, *máxime cuando las partes pueden eludirlos libremente mediante la elección del Derecho aplicable al contrato, como puso de relieve la sentencia de este tribunal en el caso Alsthom Atlantique*. No son comparables a las distorsiones de la competencia provocadas por diferencias en los costes de producción *o en supuestos intracomunitarios*, como las que, en particular, condujeron al legislador comunitario a adoptar la Directiva 89/428/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 (DO L 201, p. 56)".

En consecuencia, si se extrapola esta doctrina a los conflictos de leyes y de jurisdicciones que se producen en supuestos extracomunitarios –como el divorcio de dos marroquíes que no gozan de libre circulación de personas, o el contrato de servicios entre dos empresas no comunitarias que debe ejecutarse fuera de la Comunidad– el carácter *ultra vires* de ciertos Reglamentos, entre ellos “Roma I” quedaría acreditado.

5. Un último argumento que pretende sustentar la base legal y el postulado competencial se apoya en la propia jurisprudencia comunitaria que, al interpretar el Convenio de Bruselas de 1968 –especialmente en el caso *Owusu*–, ha aceptado con normalidad su extensión a supuestos manifiestamente extracomunitarios<sup>4</sup>. El argumento escamotea esta vez la discusión sobre el cambio de fuente en la comunitarización del Derecho internacional privado y su alcance. En efecto, el

---

<sup>4</sup> STJCE 13 de julio de 2000, as. 412/98: *Group Josi* y STJCE 1 de marzo de 2005, as. C-281/02: *Owusu*.

tránsito del Convenio de Bruselas al Reglamento “Bruselas I”, al igual que el tránsito del Convenio de Roma al “Reglamento Roma I” conlleva un cambio de fuente cuyo alcance no se puede eludir. La polémica competencial no existe cuando se trata de la adopción de un convenio internacional, pues su obligatoriedad deriva directamente del consentimiento de los Estados expresado de conformidad con las reglas generales de la celebración de tratados internacionales. En semejantes circunstancias, la fuente convencional permite un ámbito de aplicación irrestricto y no está sujeta, por supuesto, al principio de proporcionalidad ni al de subsidiariedad, pues es la acción de los Estados soberanos, y no de las instituciones comunitarias, la que da lugar a la norma. Y los Estados pueden decidir a voluntad extender el ámbito de aplicación de la regla, incluso a supuestos extracomunitarios o internos, y al mismo tiempo, en ocasiones, exceptuar algunas reglas como las del art. 7 CR. Una vez que la norma emana de las instituciones comunitarias, y se adopta en los procedimientos legislativos comunitarios sin participación o adhesión de los Estados miembros, se plantea el problema competencial, y la sujeción del acto normativo a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Sin embargo, en el Dictamen TJCE 1/03 7 de febrero de 2006 sobre la competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano (fundamentos 143 ss), el TJCE parece haber aceptado sin mayores problemas la extensión de la jurisprudencia *Owusu* al Reglamento “Bruselas I”. Esta es una afirmación de hecho que no puede ponerse en duda, pues es evidente que el RB-I pretende mantener el mismo ámbito de aplicación que el Convenio de Bruselas. El juicio de hecho del TJCE, por tanto, es correcto. Con todo, en el dictamen aludido no se trataba de determinar la base jurídica o la nulidad del RB-I, sino una cuestión muy distinta, a saber, si, dada la concurrencia no impugnada por los Estados de este Reglamento, corresponde a la Comunidad Europea una competencia exclusiva para negociar la reforma del Convenio de Lugano. Y sobre esta hipótesis el razonamiento del TJCE es impecable. Queda la duda de saber cuál habría sido el pronunciamiento del TJCE ante un eventual recurso de anulación.

## 2. La explicación verosímil: un problema práctico

6. Si admitimos la debilidad del postulado competencial, debemos proporcionar una explicación plausible de un hecho: no sólo se han adoptado muchos Reglamentos sobre dicha base legal sin ningún inconveniente, sino que los Estados que habrían podido escapar, como el Reino Unido e Irlanda, han ejercido el *opting in*, e incluso Dinamarca se ha incorporado por vía de acuerdo a uno de los Reglamentos dudosos, como “Bruselas I”.

La explicación es bien sencilla y estriba en la propia pasividad y desinterés de los Estados miembros por plantear la anulación de ninguno de estos Reglamentos. Cabría decir que su validez emana de la conveniente apatía de quien puede

impugnarlos. Este argumento está presente, con razón, en la segunda de las cartas dirigidas al Presidente francés: “Si había exceso de poder, no faltaban remedios, ya que correspondería al TJCE por vía de acción o excepción pronunciarse, al margen de cualquier presión política, sobre el carácter pertinente o no de dicha base legal”.

El interés que justifica tal desinterés no es otro que una conveniencia práctica: los Estados miembros entienden que resulta mucho más eficiente un solo sistema universal de normas de competencia judicial y de conflictos de leyes. La duplicidad implicaría una mejor adaptación de la regla a los intereses divergentes de la integración regional, del comercio extracomunitario e, incluso, de los conflictos internos. Pero las dificultades de un sistema plural, de la aplicación de reglas diversas, que, además, deben ser delimitadas entre sí, hace prevalecer las razones de eficiencia y de seguridad jurídica en la aplicación del sistema, que se prefiere único. Sobre esta base, los Estados miembros actúan guiados por la comodidad de dejar hacer y pasar al legislador comunitario que, al establecer un ámbito de aplicación *ultra vires*, les resuelve el problema. En realidad, si admitimos las limitaciones de la competencia comunitaria, a este resultado habría que llegar a través de una fórmula muy diferente: la promulgación unilateral por parte de cada Estado miembro de una norma de extensión de las reglas comunitarias a supuestos internos o extracomunitarios no cubiertos por la competencia atribuida. Se trataría de algo similar a lo que debe hacer el legislador español con los futuros Reglamentos comunitarios sobre ley aplicable a obligaciones, causas matrimoniales, régimen económico matrimonial o sucesiones, si quiere que sea aplicable a los conflictos de leyes internos.

### 3. Las consecuencias inesperadas: la competencia exterior exclusiva de la Unión Europea

7. La pasividad de los Estados ha tenido, no obstante, una consecuencia inesperada que les ha resucitado de su cómodo letargo de *laissez faire et laissez passer*. Adoptado el acto presuntamente *ultra vires*, la competencia de la Comunidad Europea se ha ejercido *de facto*, y esas reglas, con su alcance universal, pasar a convertirse en un límite para la acción exterior de los Estados, sobre la base de la jurisprudencia establecida en la STJCE 31 de mayo de 1971 (As. 22/70: *AETR*), tal y como ha establecido categóricamente el TJCE en su dictamen sobre la reforma del Convenio de Lugano<sup>5</sup>. A lo largo de la lectura del dictamen, se observa que ciertos Estados (Irlanda, el Reino Unido, Portugal, Finlandia, España, Francia, Grecia o la República Checa, entre otros) se rasgan las vestiduras y en ocasiones argumentan la indebida extensión del ám-

<sup>5</sup> Vid. A. Borrás Rodríguez, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *R. des C.*, t. 317, 2005, pp. 467 ss, esp. pp. 481-490.



bito de aplicación del RB-I. Pero, con buen criterio, el TJCE les dice en su dictamen que esa cuestión no toca:

“131. (...) la base jurídica sobre la cual se adoptan las normas comunitarias y más concretamente el requisito relativo al correcto funcionamiento del mercado interior previsto en el art. 65 CE carecen de pertinencia, en cuanto tales, para comprobar si un acuerdo internacional afecta a normas comunitarias. En efecto, la base jurídica de una normativa interna es determinada por el componente principal de ésta, mientras que la norma cuya afectación se examina puede constituir un mero componente accesorio de la citada normativa. La competencia exclusiva de la Comunidad tiene por objeto, en especial, preservar la eficacia del Derecho comunitario y el buen funcionamiento de los sistemas establecidos por sus normas, con independencia de los previstos, en su caso, por la disposición del Tratado en la cual se hayan basado las instituciones para adoptar dichas normas”<sup>6</sup>.

A la luz de la doctrina del TJCE contenida en este dictamen –según la cual “la celebración del nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, tal como se contempla en los puntos 8 a 12 de la solicitud de dictamen, reproducidos en el apartado 26 del presente dictamen, corresponde íntegramente a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea”–, se podría considerar que, *stricto sensu*, España no tenía competencia para celebrar los tratados bilaterales recientemente suscritos con Argelia o Mauritania, aunque sólo sea por su eventual incidencia en relación con lo dispuesto en el art. 34.4º del Reglamento “Bruselas I”.

8. Esta inesperada consecuencia ha provocado el malestar de los Estados miembros, que sólo ahora se han preocupado del carácter *ultra vires* de los Reglamentos basados en el art. 65 Tratado CE. En castigo a su holgazanería, el dictamen del TJCE viene a ser un acto de justicia, pero también un medio para poner en alerta y prevención a los Estados miembros. Reconocidos los efectos de estos actos normativos sobre la competencia exterior exclusiva de la Unión Europea, es de esperar que los Estados miembros en el futuro pongan más atención al alcance de las normas adoptadas sobre la base legal del art. 65. Ahora tienen una razón política que contrarresta la confortabilidad aludida, y, por tanto, un motivo para plantearse de otra forma el *opting in* o un eventual recurso de anulación.

---

<sup>6</sup> Para los defensores del postulado competencial, este dictamen podría avalar su tesis con un argumento más, extrayendo de la afirmación de la competencia exterior de la Unión Europea y de los argumentos que la basan un refuerzo a sus tesis. Aunque la idea, expuesta con brillantez por J. Basedow durante el coloquio del Seminario Internacional celebrado en la Universidad Complutense de Madrid de 8 y 9 de marzo de 2007 es interesante, parece que en el propio dictamen el TJCE no aconseja involucrar ambas cuestiones (*Vid. supra* en este *Anuario*, pp. 141-159).

### III. La sujeción de las normas imperativas estatales al test de compatibilidad comunitario

#### 1. *El postulado y sus argumentos*

9. La segunda cuestión que se plantea en las cartas que inspiran esta comunicación tiene una íntima relación con la primera. En el caso del Proyecto “Roma I”, la ilegitimidad de la normativa comunitaria tendría un efecto doblemente perverso si, a través de sus normas, se pretende eliminar la acción de las normas imperativas estatales, que representan una reserva de los intereses públicos nacionales. Para los firmantes de la primera carta, el considerando 13º de la actual Propuesta de Reglamento “Roma I”<sup>7</sup> supondría una variación importante, en la medida en que, por primera vez, el legislador comunitario habría establecido una limitación escrita de la acción de las normas imperativas estatales, al precisar:

“El respeto del orden público de los Estados miembros exige normas específicas acerca de las leyes de policía y el mecanismo de la excepción de orden público. La aplicación de estas normas debe hacerse respetando las disposiciones del Tratado”.

Para este grupo de profesores, las normas imperativas estatales estarían siempre bajo sospecha, y difícilmente superarían el test de compatibilidad comunitario, que requiere un interés público legítimo, adecuación de la norma a dicho interés y, sobre todo, proporcionalidad. La regla de reconocimiento dejaría poco espacio a la aplicación de las leyes imperativas estatales más rigurosas que el estándar medio europeo, y ninguno si es una norma exclusiva original de un solo Estado. En resumidas cuentas, “el objetivo último es la abolición pura y simple de la mayoría de las reglas imperativas en materia contractual”. Con esta táctica, y mediante la producción de discriminaciones inversas que obligan a los legisladores estatales a no perjudicar a sus propios nacionales, se conseguiría incluso la eficacia de esas reglas imperativas en supuestos puramente internos.

10. Sin necesidad de entrar en el fondo de la cuestión, parece claro que los firmantes de la primera carta yerran, al menos, en un hecho: diga lo que diga el considerando 13º del Proyecto de Reglamento, la sujeción de las normas imperativas estatales en materia de contratos al test de compatibilidad comunitario no es una circunstancia nueva, sino que se ha de tener en cuenta ya hoy, a la luz del Convenio de Roma, y también antes del Convenio de Roma, pues es un principio general del Derecho comunitario poner en cuestión cualquier disposición o práctica de un Estado miembro que suponga una restricción injustificada a las libertades comunitarias. Así lo hacen ver, con razón, los contestatarios que firman la

---

<sup>7</sup> COM (2005) 650 final.

segunda carta. Y debe señalarse que la aplicación del test de compatibilidad comunitario no se limita a las normas imperativas en materia contractual, sino que se extiende a normas penales, procesales, fiscales o de cualquier naturaleza. Por definición, incluso, las normas de Derecho público, más cargadas de imperatividad, suelen ser más vulnerables al test de compatibilidad que las normas de Derecho privado, como demuestra la propia distinción entre producción y comercialización en la jurisprudencia *Keck*. Pero, además, con independencia de los matices que quepa justificar, este test de compatibilidad actúa frente al Derecho nacional tanto en sectores armonizados como no armonizados del Derecho contractual<sup>8</sup>. Por lo demás, también es injustificado entender que el objetivo se orienta hacia la intangibilidad de la ley de origen, pues esta ley de origen sufre de igual modo el test de compatibilidad, como demuestra a las claras la jurisprudencia del TJCE<sup>9</sup>.

En consecuencia, será el TJCE, como siempre, quien decida caso por caso la compatibilidad de la norma imperativa estatal —ya sea del foro, de la *lex contractus* o de un tercer Estado—. Aquí es, precisamente, donde los razonamientos de los firmantes de la primera carta pueden concitar más adhesiones, porque la clave del problema no está en una supuesta novedad introducida en el Proyecto “Roma I”, sino en un viejo problema: la posibilidad de que el TJCE actúe eficientemente como un legislador negativo.

## 2. La explicación verosímil: la desconfianza frente al TJCE como legislador negativo

11. En efecto, el TJCE goza de las competencias características de un juez constitucional, que legisla negativamente para desplazar normas estatales incompatibles con el diseño de la Constitución Económica comunitaria. Mientras que los magistrados de nuestros Tribunales constitucionales gozan de un prestigio y de una formación adecuada para llevar a cabo dicha labor en el marco del control de constitucionalidad de un sistema estatal, se duda que el TJCE tenga

<sup>8</sup> Vid. Para más detalles M.N. Jobard-Bachelier, “La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel”, *Le droit international privé: esprit et méthodes (Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde)*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 475-491; J. Basedow, “Die Verselbständigung des europäischen ordre public”, *Privatrecht in Europa (Vielfalt, Kollision, Kooperation). Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, Munich, CH Beck, 2004, pp. 291-319, esp. pp. 307-308; M. Fallon, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l’expérience de la Communauté Européenne”, *R. Des C.*, t. 253, 1995, pp. 252-255. E. Pataut, “Lois de police et ordre juridique communautaire”, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 117-143, esp. pp. 122-125.

<sup>9</sup> SSTJCE 10 de mayo de 1995, as. C-384/93: *Alpine*, 29 de septiembre de 1999, as. C-224/87: *Eric Ciola*, 8 de marzo de 2001, as. C-405/98: *KO/GIP* y 1 de julio de 2001, as. C-60/00: *Mary Carpenter*. Vid. H. Muir Watt, “Aspects économiques du droit international privé”, *R. des C.*, t. 307, 2004, pp. 214-217,

las mismas aptitudes para actuar como legislador negativo, sobre todo en el marco de materias como el DIPr o el Derecho privado a secas<sup>10</sup>.

Si analizamos la jurisprudencia del TJCE, los resultados no son determinantes. Si se pudiera garantizar la inspiración del TJCE en decisiones como la STJCE 14 de octubre de 2004, as. C-36/02: *Omega*), los firmantes de la primera carta podrían descartar cualquier temor. Esta decisión se refería a una concepción singular del Derecho alemán sobre el alcance del derecho a la dignidad de la persona, que llevaba a prohibir la prestación de servicios de “juegos de matar” en laserdromos, así como la importación desde el Reino Unido de los equipos necesarios para practicar un juego presuntamente relajante, pero que conculca el concepto de un derecho fundamental según el Derecho alemán. Para justificar la legitimidad de la restricción, el TJCE dispuso cualquier duda sobre la presunta necesidad de que ese valor fuera compartido por todos los demás Estados miembros o incluso por un número representativo de ellos. Aclarando los equívocos a que había conducido el caso *Schindler*<sup>11</sup> –donde el TJCE constató, como un simple hecho, que la prohibición de juegos de lotería con ánimo de lucro era generalizada en todos los Estados miembros–, el TJCE deja claro que el test de compatibilidad no exige un interés público compartido por los demás Estados miembros; al contrario, cierta “singularidad” en los “sistemas de protección diferentes” resulta admisible.

Otras decisiones revelan asimismo un criterio razonable del TJCE. En el asunto *Ergasias*<sup>12</sup> se considera contraria al Derecho comunitario a una norma imperativa griega que exigía la forma de contrato laboral para la actividad de guía turístico. Semejante limitación actuaba como una auténtica cláusula de salvaguardia, cuya finalidad era excluir del mercado griego la participación de guías turísticos extranjeros que suelen ejercer su actividad sobre la base de un contrato de servicios. En el mismo ámbito laboral, decisiones como *Rush*<sup>13</sup> o *Vander Elst*<sup>14</sup> anticiparon el carácter restrictivo de la aplicación de ciertas normas imperativas estatales ordenadoras del mercado laboral, en el caso de desplazamiento temporal de trabajadores con ocasión de una prestación de servicios, justificando al mismo tiempo la aplicabilidad de otras normas imperativas del lugar de prestación ocasional, tal y como finalmente se contempló en la Directiva 96/71/CE. Más cercano aún, el propio caso *Überseering*<sup>15</sup> viene a demostrar la legitimidad con que el TJCE condena en este caso a una norma de conflicto sobre la capacidad y determinación de la personalidad jurídica de una sociedad, que priva de

<sup>10</sup> Cf. S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 109-114.

<sup>11</sup> STJCE 14 de marzo de 1994, as. C-275/92.

<sup>12</sup> STJCE 5 de junio de 1997, as. C-398/95.

<sup>13</sup> STJCE 27 de marzo de 1990, as. C-113/89: *Rush*.

<sup>14</sup> STJCE 4 de agosto de 1994, as. C-43/93: *Vander Elst*.

<sup>15</sup> STJCE 5 de noviembre de 2002, as. C-208/00.

efecto útil a la designación de las sociedades beneficiarias de la libre prestación de servicios contenida en el art. 48 Tratado CE<sup>16</sup>.

12. Pero debe reconocerse que, al lado de estos y otros aciertos, el TJCE ha incurrido muchas veces en decisiones gravemente erróneas o criticables. Algunos sectores completos, como el de la energía eléctrica, podrían justificar muchas líneas sobre la decantación más política que jurídica del TJCE hacia interpretaciones tendenciosas, al eludir, por ejemplo, la calificación del mercado eléctrico como un mercado de servicios. Con todo, han sido algunas sentencias dictadas en el ámbito del Derecho de sociedades, a partir del caso *Centros*<sup>17</sup>, las que han provocado las críticas más ácidas sobre la función del TJCE como legislador negativo, como se pone de relieve en el recordatorio final de la primera carta. En efecto, estas decisiones no sólo traicionaban el criterio expreso del Derecho derivado comunitario favorable a la coincidencia material entre sede real y sede social<sup>18</sup>, sino que parecían sugerir la imposibilidad fáctica de ninguna norma imperativa estatal de protección de terceros acreedores, socios o trabajadores, capaz de contrarrestar el fraude derivado de una incorporación ficticia de las sociedades. Con todo, no debe olvidarse que el TJCE, especialmente en el caso *Inspire Art*, tampoco ha cerrado la puerta a un eventual reconocimiento de restricciones justificadas en este sector, por más que en los casos suscitados la legitimidad de la restricción fuera controvertida. El derecho de participación de los trabajadores en la dirección de una sociedad con sede real distinta a la sede social podría ser una buena piedra de toque para calibrar definitivamente esta jurisprudencia<sup>19</sup>.

Pero lo cierto es que, de cualquiera de las maneras, la función del TJCE es muy comprometida, pues actúa con un poder a veces desmesurado. El uso de la regla de reconocimiento no sólo le confiere al TJCE un papel determinante como legislador negativo, sino una grave responsabilidad cuando niega la legitimidad de una norma imperativa por considerarla desproporcionada, hipótesis en que se

---

<sup>16</sup> Cf. nuestro parecer con más detalle en *REDI*, vol. LIV, 2002, pp. 925-932. En contraste, no parece que la referencia a la STJCE 24 de enero de 1991 (as. 339/89) en el célebre caso *Alsthom Atlantique* pueda ser un buen ejemplo de respeto a normas imperativas estatales, como proponen los suscriptores de la segunda carta. El principio que establece la presunción *iuris et de iure* de que el vendedor conoce los defectos de la cosa vendida difícilmente puede considerarse como una norma material internacionalesmente imperativa o ley de orden público, cuando las partes pueden establecer en el contrato un régimen de responsabilidad distinta o pueden eludir dicha regla con la elección de un Derecho aplicable distinto al francés, como propone el propio TJCE en dicha sentencia.

<sup>17</sup> STJCE 9 de marzo de 1999, as. C-212/97: *Centros*; STJCE 30 de septiembre de 2003, as. C-167/01: *Inspire Art*; STJCE 13 de diciembre de 2005, as. C-411/03: *SEVIC*.

<sup>18</sup> Vid. en extenso sobre esta cuestión 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. 131-133.

<sup>19</sup> Vid. E.M. Kieninger, “ECLR. Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit”, *ZGR*, 1999/5, p. 740-747.

producirán necesariamente discriminaciones inversas, cuyo resultado natural es la acción legislativa del Estado afectado para adecuarse a la directriz del TJCE. En suma, este asume la grave responsabilidad de ser asimismo un legislador positivo indirecto.

*3. Las consecuencias inesperadas: la defensa de la singularidad frente a la voracidad legislativa europea*

13. La acción legislativa de las instituciones europeas, incluyendo entre ellas al TJCE, provoca una reacción defensiva de los Derechos nacionales cuando se ejerce de manera injustificadamente excesiva o invasora. Si centramos la cuestión en los procedimientos legislativos, es previsible que los Estados vayan tomando conciencia de la necesidad de analizar con más detenimiento la base legal de los reglamentos adoptados con base en el art. 65 Tratado CE, sin descartar no ejercer el *opting in* o, incluso, plantear recursos de anulación. Si de lo que se trata es de una intervención desmedida del TJCE al legislar negativamente y producir discriminaciones inversas, las posibilidades de reacción de los Estados son mucho más limitadas, pero, a la postre, resultan igualmente dañinas.

La consecución del mercado interior, como el de la Unión Europea, debe obedecer a un proceso desarrollado con tiento y con paciencia. Las instituciones comunitarias con frecuencia buscan atajos peligrosos, alentadas por académicos de universalismo bienintencionado, pero realismo muy estrecho. El hecho de imprimir al proceso de unificación jurídica una velocidad mayor de la que pueden resistir los Derechos nacionales en su transformación y asimilación sólo puede conducir a una actitud de reserva y de rechazo por parte de muchos Estados miembros, que finalmente abocará a una defensa casi fundamentalista de la propia singularidad; en suma, a un rebrote nacionalista muy poco aconsejable. Con ello, el proceso de unificación europea habrá conseguido justo lo que pretendía evitar. Las cartas al Presidente de la República Francesa son un serio toque de atención que revela que los caminos más cortos nunca son los que llevan más lejos. El hecho de mostrarse crítico y prudente con la velocidad del proceso no siempre es síntoma de escepticismo; tal vez sea una demostración de que se quiere llegar muy lejos, pero por el mejor camino.