

APROXIMACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN EUROPA: MARCO COMUNITARIO Y COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA*

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado en la
Universidad de Granada*

SUMARIO

1. LA COMPETENCIA PARA LA APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES NACIONALES A) Planteamiento general: el principio de vinculación funcional B) Unificación por la vía del art. 94 CE C) Unificación por la vía del art. 95 CE 2. LÍMITES DERIVADOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN A) *Ratione materiae* B) Límites espaciales C) Límites personales 3. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD A) Principio de subsidiariedad B) Principio de proporcionalidad 4. ALCANCE DE LA DOCTRINA DE LOS PODERES IMPLÍCITOS

1. LA COMPETENCIA PARA LA APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES NACIONALES

A) Planteamiento general: el principio de vinculación funcional

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 CE? ¿Podría calificarse como un acto *ultra vires*, que desbordaría las competencias soberanas cedidas por los Estados miembros al ratificar el Tratado, que ampararía,

* El texto de la presente ponencia está extraído básicamente de la monografía del autor: *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, esp. p. 193-224.

cuando menos, el control de legalidad de los actos comunitarios previsto en el art. 239 CE?

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 y 153). Se trata, sin embargo, de una competencia accesorio 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 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—¹ que 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 mismo,² 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.³ 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. Éste 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

¹ Vid. A. J. Engel, „Ein Europäisches Zivilrechts Gesetzbuch? – Zukunftsperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz“, *ZfRV*, 1999, p. 126.

² Indica V. Götz, poniendo de relieve el principio de vinculación funcional: “La armonización jurídica en la Comunidad Europea no es un valor en sí mismo” (cf. “Auf dem Weg zur Rechtseinheit in Europa?”, *JZ*, 1994, p. 266-267).

³ Vid. M. Franzen, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlín/Nueva York, W. De Gruyter, 1999, p. 73-75. M. Gebauer, *Grundfragen der*

expresada por el art. 153.3 *a* en relación con el art. 95, que sigue siendo, como fue el art. 100 A del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), la base legal utilizada por las distintas directivas referidas a este sector.⁴

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 derecho internacional privado, 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,⁵

Europäisierung des Privatrechts, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1998, p. 124-125; W. van Gerven, „Coherence of Community and National Laws. Is There a Legal Basis for a European Civil Code?“, *ERPL*, 1997, p. 467; Id.: „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; U. Hübner y W.F. Ebke, „Europäisierung des Privatrechts“, *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1999, p. 472-473; S. Grundmann, „EG Richtlinie und nationales Privatrecht“, *JZ*, 1996/6, 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, „Towards a European Civil Code“, *ERPL*, 1997, p. 541; S. Leible, „Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht - Startschluss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?“, *EWS*, 2001/10, p. 479; U. Magnus, „Die Gestalt eines Europäischen Handelsgesetzbuches“, *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1998, p. 63-64; P.C. Müller-Graff, *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 2ª ed., Baden-Baden, 1991, 32-35; Id., „Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht“, *NJW*, 1993/1, p. 16-17; J. Normand, „Un droit judiciaire privé européen?“, *Le droit privé européen*, Paris, 1998, p. 131; H.C. Taschner, „Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft - Rechtsgrundlagen, Ziele, Sachgebiete, Verfahren“, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 228; M. Zuleeg, „Rechtsangleichung innerhalb und außerhalb des Europäischen Gemeinschaft“, *ZEuP*, 1998, p. 509-510.

⁴ 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 Ámsterdam y en relación con el antiguo art. 129 del TCE, vid. M. Gebauer, *Grundfragen...*, op. cit., p. 130-131.

⁵ 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 art. 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del derecho internacional privado y procesal?“, *AEDIPr*, t. I, 2001, p. 97.

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 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (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 competencia 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.⁶

B) Unificación por la vía del art. 94 CE

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 derecho privado europeo unificado.⁷ 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

⁶ Vid. J. Basedow, “Codification of Private Law in the European Union; the Making of a Hybrid”, *ERPL*, 2001, p. 45.

⁷ En este sentido, cf. I. Maselis, “Legislative Harmonization and the Integration of Harmonized Legislation into the National Legal Systems, within European Community”, *ERPL*, 1993, p. 137-156, esp. 146-151; U. Blaurock, “Europäisches Privatrecht”, *JZ*, 1994/6, p. 272; N. Scanicchio, “Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti”, *Diritto privato europeo (a cura di Nicolo Lipari)*, t. I, Padua, Cedam, 1997, p. 68-85.

último, la vinculación funcional se formula 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.⁸

C) *Unificación por la vía del art. 95 CE*

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.⁹ 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 cualquier 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.¹⁰ Este concepto, como se desprende del art. 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. 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

⁸ 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, p. 28-30. Vid., asimismo, acerca de sus elementos diferenciales, M. Franzen, op. cit., p. 94-99.

⁹ Vid., en particular, W. Tilmann, “The Legal Basis for a European Civil Code”, *ERPL*, 1997, p. 471-473, así como las apreciaciones críticas de W. Van Gerven, “Coherence...”, loc. cit., p. 467.

¹⁰ Vid., en particular, N. Scanicchio, “Il diritto...”, loc. cit., op. cit., p. 86 ss.

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.¹¹

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.¹² 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. 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.¹³

El argumento relativo a las distorsiones de la competencia derivadas de la diversidad de legislaciones materiales de derecho privado avalaría,

¹¹ 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 des Privatrechts in der Europäischen Union? – Legislative und gerichtliche Wege“, *JZ*, 1995, p. 132.

¹² *Ad. ex.* sentencia del TJCE, de 11 de junio de 1991, as. C-300/89: Comisión/ Consejo, fundamento jurídico 15º. Sentencia del TJCE, de 9 de octubre de 2001, as. C-377/98: Países Bajos/Parlamento y Consejo, fundamento jurídico 15º.

¹³ 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, p. 377-380; U. Blaurock, “Europäisches...”, loc. cit., p. 270-276; A. J. Engel, “Ein Europäisches...”, loc. cit., p. 124-126; G. Gandolfi, “Per un Codice europeo dei contratti”, *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 1995, p. 782; M. Gebauer, op. cit., p. 101-103; O. Lando: “Is Codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and the Relationship to Dutch Law”, *ERPL*, 1993, p. 157-170; S. Leible, *Wege zu einem europäischen Privatrecht (Anwendungsprobleme und Entwicklungsperspektiven des Gemeinschaftsprivatrecht)*, escrito de habilitación policopiado, 2001, § 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

para algunos autores, una interpretación extensiva de la competencia comunitaria para la aproximación de legislaciones contempladas en los arts. 94 y 95 CE. 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 puntuales. En consecuencia, difícilmente podría defenderse semejante título competencial para una unificación global del derecho privado, o la promulgación de un código civil europeo. En todo caso, el argumento se encuentra cada vez más a menudo en los considerandos de las directivas que conforman el derecho privado comunitario, 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 (time sharing) entiende que *“las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de contratos relativos a la adquisición de los derechos de utilización en*

ejemplo de los fines económicos y políticos que sustentaron la unificación del derecho en Alemania durante el siglo XIX (cf. H. Coing, „Europäisierung des Rechtswissenschafts“, 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 des contrats pour le marché commun“, RIDC, 1998/1, 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 (http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_la.../cademics_en.htm).

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".

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 sentencia del 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".¹⁴ Sin embargo,

¹⁴ *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 89/248/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 del TCE, con la

la sentencia del 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 del 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 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”. Afirmar 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.¹⁵

A título de ejemplo, el TJCE indica que “es cierto que las empresas establecidas en el territorio de los Estados miembros menos restrictivos

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 sentencia del TJCE, de 18 de mayo de 1993, as. C-126/91: Yves Rocher.

¹⁵ 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 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.”

En cierto modo, la decisión del TJCE reseñada produce, respecto del art. 100 A del 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 derecho privado europeo “desde arriba”, de alcance general, amparada en el argumento del falseamiento de la competencia.

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 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 sentencia del 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 art. 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.¹⁶ 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.¹⁷ 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 ambos 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,

¹⁶ Vid. sobre esta cuestión A. J. Engel, “Ein Europäisches...”, loc. cit., p. 124.

¹⁷ 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*”.

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 derecho privado europeo 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 derecho privado comunitario, 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 derecho privado comunitario por un derecho privado europeo.¹⁸ 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.¹⁹ Actualmente, el derecho privado comunitario sólo puede

¹⁸ 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, p. 799-804; W. Van Gerven, “A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past”, *ERPL*, 2001/4, 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 Conditions for a European Civil Code”, http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../academics_en.htm, 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, p. 4-5) y del “European Consumer Law Group”, (http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_l.../associations_en.htm).

¹⁹ 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, p. 471-473). Desde las propias instituciones, antes de la reforma de Ámsterdam, se reconocía que únicamente la vía del antiguo art. 220 del 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 derecho internacional privado 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 posición de la Comisión E. Hondius, “Towards a European Civil Code”, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres Boston, 1998, p. 11-12; L. Idot, “Les bases communautaires d’un droit privé européen”, *Le droit privé européen*, París, 1998, p. 30-31). En general, sobre las ausencias de base legal para un código civil europeo, vid. O.

aspirar a desarrollarse por el mismo cauce puntual y fragmentario por el que ha discurrido hasta ahora, aunque tampoco han faltado críticas a la legitimidad competencial de algunas directivas.²⁰ 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 derecho internacional privado (art. 65 CE). Sin embargo, es preciso poner de relieve las limitaciones de distinta índole que presenta semejante opción.

2. LÍMITES DERIVADOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

A) *Ratione materiae*²¹

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 cuanto quedan excluidos los sectores del derecho privado de contenido no patrimonial o económico (derecho de familia y derecho de sucesiones),²² donde el nacionalismo

Remien, "Denationalisierung...", loc. cit., p. 12; S. Leible, op. cit., § 10.B.II.1 e; C. Schmid, "Anfänge einer transnationalen Privatrechtswissenschaft in Europa", *ZfRV*, 1999, loc. cit., p. 215; R. Zimmermann, "Civil Code...", loc. cit., p. 73. Algunos autores justifican la posibilidad de recurrir a los arts. 95 y 95 del TCE, en una interpretación extensa, para codificar sectorialmente el derecho contractual o patrimonial (vid. J. Basedow, "Codification...", loc. cit., p. 45-46; Id.: «Un droit commun...», loc. cit., p. 19-21).

²⁰ Vid. B. Börner, "Die Produkthaftung oder das vergessene Gemeinschaftsrecht", *Festschrift für Hans Kutscher*, 1981, p. 43 ss.; C.E. Hauschka, "Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft", *JZ*, 1990/11, p. 524 ss.

²¹ 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, p. 579-594.

²² Cf. en este sentido G. Alpa, "European...", loc. cit. p. 326; M. J. Campana, "Vers un langage commun en Europe", *ERPL*, 2000, p. 41-41; U. Drobniig, "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-Schioppa, "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 commun européen", *RIDC*, 1995/1, p. 13 y 30; O. Remien, "Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts", *JZ*, 1992/6, p. 281; T. Koopmans, "Towards...", loc. cit., p. 543-544.

encuentra una expresión política más directa.²³ Básicamente, la acción comunitaria sobre DPE sólo encuentra base legal, en el ámbito del derecho civil, en los sectores de contratos,²⁴ responsabilidad contractual²⁵ y bienes.²⁶ 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.²⁷

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.²⁸ Fuera de estos supuestos, las acciones comunitarias

²³ Así lo expresa G. Goldstein al analizar el régimen específico de Quebec dentro de Canadá (vid. «L'expérience canadienne», *Le droit privé européen*, Paris, 1998, p. 177). En idéntico sentido, K. D. Kerameus, «Problems of Drafting a European Civil Code», *ERPL*, 1997, p. 479.

²⁴ 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*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 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*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 363-370).

²⁵ 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*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 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*, 2ª ed., La Haya/Londres/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, p. 51-58.

²⁶ 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 della CE in tema di multiproprietà ed i limiti della legislazione», *Diritto privato comunitario (a cura di Vito Rizzo)*, vol. I, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 270; Id. «Perspectives on the Codification of the Law of Property: an Overview», *ERPL*, 1997, p. 500-501; Id., «European Aspects of Property Law», *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, 1998, p. 77-81.

²⁷ Sobre los límites competencias para la unificación del derecho laboral, vid. T. Revet, «Un droit européen du travail», *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, Paris, Economica, 1998, p. 116-119.

²⁸ 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

aparecen circunscritas al ámbito de la cooperación judicial y al derecho internacional privado y, en todo caso, parece más ajustado a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que la vía elegida fuera el convenio.²⁹

Al margen de las cuestiones de derecho internacional privado, no puede defenderse con una mínima seriedad que el buen funcionamiento del mercado interior exija una armonización del estatuto personal o del derecho matrimonial.³⁰ *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.³¹

europäischen Familien- und Kindschaftsrechts – die Rolle der Europäischen Menschenrechts-Konvention“, *The European Legal Forum*, núm. 4, 2000/01, p. 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, p. 674-675).

²⁹ Vid. las consideraciones generales de D. Martiny, “Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?”, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 151-171.

³⁰ 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, p. 95-110; A. Rieg, «L’harmonisation du droit de la famille: mythe ou réalité?», *Conflicts et harmonisation. Mélanges en l’honneur d’Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1990, p. 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.

³¹ Más allá de esta precisión, las limitaciones contenidas en el art. 95.2º no presentan incidencia en el derecho privado (disposiciones fiscales, derechos sociales —no 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.

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.³²

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 a las normas del derecho sucesorio o del derecho de familia, o que en el proceso de partición y administración de una herencia puedan existir normas contrarias a las libertades comunitarias (sentencia del TJCE, de 1 de julio de 1993, as. C-20/92: «Hubbard»).

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,³³ 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.³⁴

³² 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*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 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, p. 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, p. 628-648).

³³ Vid. en este sentido H. J. Sonnenberger, “Der Ruf...”, loc. cit., p. 986; A. Gambaro, “European Aspects of Property Law”, *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1998, p. 76.

³⁴ 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).

Finalmente, parece descartada asimismo, salvo la necesidad de pequeños ajustes, una unificación del derecho procesal civil.³⁵ 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.³⁶ En la práctica, ello ha convertido al derecho procesal en una de las disciplinas menos “unificadas”, donde el juez nacional no aplica derecho extranjero,³⁷ 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.³⁸ 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.³⁹

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 dicha diversidad obstaculizan

³⁵ Vid. M. Storme, “Procedural Consequences of a Common Private Law for Europe”, *Towards a European Civil Code*, 1ª ed., Nimega, 1994, p. 83-95; K. Kerameus, “Procedural Implications of Civil Law Unification”, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 121-132.

³⁶ 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)”, *Rebels Z.*, 2002, p. 3.

³⁷ Vid. M. Storme, “Procedural Consequences...”, loc. cit., p. 83.

³⁸ 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, p. 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 Zivilprozeß recht”, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., Baden-Baden, 1999, p. 544).

³⁹ 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 internamente en ciertos sectores (notificaciones, obtención de pruebas) y cuyo desarrollo comunitario ha sido notable en los últimos 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, p. 1.309-1.416.

de forma seria los intercambios intracomunitarios y la consecución de un mercado interior en buenas condiciones de funcionamiento.⁴⁰ 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 ha elaborado un anteproyecto de directiva con catorce secciones y más de ciento sesenta artículos.⁴¹ 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 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 Ley de Enjuiciamiento Civil 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

⁴⁰ Vid. J. Normand, «Un droit judiciaire...», loc. cit., op. cit., p. 127-128; M. Storme, «Procedural...», loc. cit., op. cit., p. 84.

⁴¹ 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, p. 3-23, esp. 16-18 y 3-9, respectivamente.

en un marco supranacional con semejante grado de heterogeneidad en la construcción de sus respectivos derechos procesales.⁴²

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.⁴³

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.⁴⁴ 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 acompañar el derecho procesal al derecho material:⁴⁵ *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

⁴² 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., p. 598-605).

⁴³ En este sentido, vid. B. S. Markesinis, "Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity", *ERPL*, 1997, p. 519-524; S. Leible, "Die Mitteilung der Kommission...", loc. cit., p. 478; A. Furrer: "Stellungnahme zur Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht"; "Communication on European Contract Law. Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code", http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_1.../academics_en.htm, p. 18-24.

⁴⁴ 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*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 383-394).

⁴⁵ Con carácter general, vid. K. Kerameus, "Angleichung...", loc. cit., p. 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-1.../academics_en.htm).

terminación por incumplimiento o ruptura del contrato.⁴⁶ Sin semejante alcance, un código civil europeo centrado únicamente en el sector contractual produciría inconvenientes muy similares a los que derivan actualmente del derecho privado comunitario fragmentario y puntillista.

En suma, un auténtico derecho privado europeo 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

Una segunda limitación tiene que ver con los límites espaciales del derecho privado europeo.⁴⁷ 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 derecho privado europeo pudiese tener un carácter material, y no puramente conflictual, no dejaría de ser un derecho internacional privado europeo, únicamente aplicable a situaciones heterogéneas, que dejaría intacto el régimen de las situaciones homogéneas o puramente internas.⁴⁸

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 un cheque en blanco para la armonización de los derechos nacionales con trascendencia tanto interna como intracomunitaria. El derecho privado comunitario 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 sentencia del TJCE, de 17 de julio de 1997, as. C-28/95 Leur-Bloem, se enfrentó a la aplicación a una situación interna

⁴⁶ Vid. H. Beale, “Remedies: Termination”, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 351-352.

⁴⁷ Vid. P. C. Müller-Graff, „Europäisches...“, loc. cit., p. 19.

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.”⁴⁹

La elaboración de un código civil europeo con trascendencia tanto intracomunitaria como interna supondría *per se* una contradicción 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

⁴⁸ 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. Drobniç, “Scope...”, loc. cit., p. 491-492.

⁴⁹ Vid. el análisis de este y otros casos por H. J. de Kluiver, “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 angeleglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 52-55.

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 (la sentencia del TJCE, de 5 de octubre de 2000, as. C-376/98: Alemania/Parlamento y Consejo), jurisprudencia que viene a dar la razón a quienes han denunciado la extralimitación del propio derecho privado comunitario.⁵⁰ 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.

Por lo demás, las razones prácticas esgrimidas contra la propuesta de limitar el derecho privado europeo a situaciones intracomunitarias, especialmente defendida por U. Drobnič, Ch. von Bar o S. Leible, no son de recibo.⁵¹ 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 que en modo alguno el derecho privado europeo puede tener un alcance universal. En el mejor de los casos, el derecho internacional privado, ya sea nacional o comunitario, tendrá que enfrentarse a 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*

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

⁵⁰ Vid. C. E. Hauschka, „Grundprobleme...“, loc. cit., p. 527-529.

⁵¹ Vid. T. Koopmans, “Towards...” loc. cit., p. 543-544; M. J. Bonell, “The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law”, *ERPL*, 1997, p. 513-514.

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.⁵² Esto provoca que, por definición, 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.

En conclusión, la vinculación al buen funcionamiento del mercado interior no justifica una normativa de derecho privado europeo 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.

3. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD

Aunque resulte posible vincular la unificación del derecho privado, al menos parcialmente, con la eficiencia del mercado, la competencia de la Comunidad en base al art. 95 CE sólo resultara 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

⁵² Aunque esta posibilidad es contemplada en el Tratado originario, sólo recientemente se han emprendido acciones para hacerla efectiva: Propuesta modificada de Directiva 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 (DOCE C 311, de 31 de octubre de 2000, p. 197).

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 derecho privado comunitario fragmentario.⁵³ De hecho, la propia Comisión estima que la unificación del DPE está mediatizada por ambos principios.⁵⁴

A) Principio de subsidiariedad

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,⁵⁵ en la medida en que los objetivos de la acción no puedan ser alcanzados de

⁵³ Así, N. Bernard: "The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity", *CMLR*, vol. 33, 1996, p. 640-641; S. Cámara Lapuente, "Hacia un Código...", loc. cit., p. 2; H. Collins, "European Private Law and the Cultural Identity of States", *ERPL*, 1995, p. 355; U. Drobnig, "Scope...", loc. cit., p. 492; W. F. Ebke, "Untern ehmensrechtsangleichung in der Europäischen Union: Brauchen Wir ein European Law Institute?", *Festschrift für Bernhard Grossfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1999, p. 192; A. J. Engel, loc. cit., p. 127-131; M. Gebauer, *Grundfragen...*, op. cit., p. 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., p. 275-277; H. Heiss, "Europäisches Vertragsrecht: *in statu nascendi*", *ZfRV*, 1995, p. 54; E. Hondius, "Towards...", loc. cit., p. 455; Id.: "Condizioni generali di contratto e calusele 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 europea y Derecho internacional privado", *RDCE*, 1997/2, p. 422-423; P.C. Müller Graff, "EC Directives as a Means of Private Law Unification", *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, p. 73-74; Id.: "Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft", *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft* 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 61; O. Remien, "Illusion...", loc. cit., p. 281; Id., "Denationalisierung...", loc. cit., p. 125-126; F. Rittner, "Das Projekt eines Europäischen Privatrechtsgesetzbuches und die wirtschaftliche Praxis", *DB*, 1996, 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. Geburtstag*, Heidelberg, 1999, p. 1092; J.H. Sonnenberger, "Der Ruf...", loc. cit., p. 988. Esta opinión 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.

⁵⁴ Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo (DOCE C 255, de 13.9.2001, p. 7, núm. 42-44).

⁵⁵ 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 de *competencia entre ordenamientos*, desde una perspectiva similar (cf. M. Zuleeg, "Rechtsangleichung...", loc. cit., p. 516).

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).⁵⁶ 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 sede.⁵⁷ 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.⁵⁸

De hecho, buena parte de las directivas que contienen disposiciones de derecho privado justifican expresamente la acción sobre la base del principio de subsidiariedad.⁵⁹ 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.⁶⁰

⁵⁶ 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, p. 95-125.

⁵⁷ 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).

⁵⁸ Como señalan A. Mangas Martín y D. J. Liñán Noguera, “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, p. 328-329). Vid., en este sentido, M. Paz 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, p. 241-243.

⁵⁹ 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 im Europäischen Privatrecht”, *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1998, 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 für Europa? Bemerkungen zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach ‘Maastricht’“, *Rabels Z.*, 1996, p. 83-84).

⁶⁰ *Ad. ex.* en relación con las vicisitudes y limitaciones introducidas merced al principio de subsidiariedad en la Directiva 94/47 (*time sharing*) vid. S. Álvarez González, “Pasado,

Resulta, sin embargo, impresionante la unanimidad con que las propias instituciones comunitarias, a través de los considerandos de las directivas,⁶¹ 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 derecho privado comunitario 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.⁶²

Así parece entenderlo la sentencia del 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

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., p. 44-45.

⁶¹ 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 Zivilrechts”, *ZEuP*, 1999/1, p. 4-5).

⁶² 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., p. 127-128; J. Basedow, “Un droit commun...”, loc. cit., p. 24-26.

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, 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 contradigan el principio de proporcionalidad.

B) Principio de proporcionalidad

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 objetivos del mercado interior y el “daño” que dicha unificación puede infligir, particularmente a la identidad nacional de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.⁶³

El principio de proporcionalidad es la verdadera razón de que el derecho privado comunitario 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.⁶⁴ 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

⁶³ 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 développement du droit international privé», *R. des C.*, t. 232 (1992-I), p. 281-282.

⁶⁴ C. Müller-Graff: “Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?”, *ZHR*, vol. 159, 1995, p. 71-72.

armonizadora y de su adecuación al principio de proporcionalidad.⁶⁵ 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, a saber, la eventual contradicción con el respeto de la identidad nacional de los Estados miembros.

El respeto a la “identidad jurídica” forma parte de un principio básico del Tratado de la Unión Europea (TUE) expresamente descrito en el art. 6.3 del TUE: “*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. Y, entre ellos, se encuentra el derecho; singularmente, el derecho privado. Ahora bien, la oposición de la cultura jurídica nacional amparada en el principio contenido en el art. 6 del TUE 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. No creemos que los vanos intentos que tratan de justificar la pervivencia histórica del *ius commune* sean realistas, y apenas permiten sustentar cierto “academicismo universalista” nostálgico de épocas ya periclitadas. Al contrario, en la Europa comunitaria conviven cinco familias jurídicas características: romanista, germánica, escandinava, angloamericana y socialista.⁶⁶ 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. Sin entrar siquiera a valorar si dicha multiplicidad de identidades es un activo que merece ser conservado, lo cierto es que se encuentra jurídicamente protegida en el derecho europeo.

⁶⁵ Vid. M. Franzen, op. cit., p. 62-63.

⁶⁶ 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 Irlanda del Norte, aunque no a Escocia, al menos de forma pura, por su especial tributo a elementos

Tal vez las mayores divergencias puedan señalarse entre el *common* 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*.⁶⁷ En contraste con esta postura, las divergencias actuales entre el sistema romano-germánico y el *common law* han sido con frecuencia expuestas con la mayor radicalidad.⁶⁸ Pero es menester reconocer que,

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 bebe 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, "Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung", *Rabels Z.*, 1992, p. 244-248).

⁶⁷ R. 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, p. 161-228 (original en alemán en *ZEuP*, 1993, p. 4 ss.); "El legado de Savigny", loc. cit., op. cit., p. 37-42 (original en alemán en *Juristische Blätter*, 1998/5, p. 273 ss.); "Roman Law and European Legal Unity", *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, p. 39-44; "Civil Code...", loc. cit., p. 87; "Historische Verbindungen zwischen *civil law* und *common law*", *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., Baden-Baden, 1999, p. 103-125. En esencia, R. Zimmermann estima que la recepción del derecho romano, desigual asimismo en otros territorios 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 Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?“, *Festschrift für Bernhard Gro feld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1999, p. 1.103-1.1.04; B. Markesinis, *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21th Century*, 1994; J. Gordley: "Common Law and civil Law: eine überholte Unterscheidung", *ZEuP*, 1993, p. 498 ss. En el ámbito del derecho procesal: M. Storme, „Das Proze recht in Europa: e Diversitas Unitas?“, *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1998, p. 188.

⁶⁸ Particularmente en los trabajos de P. Legrand. Vid. "Sens et non-sens d'un Code civil européen", *RIDC*, 1996/4, p. 779-812; "European Legal Systems are not Converging", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 52-81; "Against a European Civil Code", *The Modern Law Review*, vol. 60, 1997, p. 44-63; "Le primat de la culture", *Le droit privé européen* (dir. P. De Vareilles-Sommières), París, Economica, 1998, p. 1-19; "La leçon d'Apollinaire", *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, París, Economica, 2000, p. 37-56; "On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and

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.⁶⁹ Es cierto que, en muchos sentidos, las diferencias entre el sistema romano-germánico y el *common law* han ido reduciéndose, y se observa una progresiva convergencia. En concreto, si el *common law* es, tendencialmente, un derecho cada vez más escrito, donde las fuentes legales crecen en cantidad e importancia, 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.⁷⁰ En esta dirección, el derecho privado comunitario 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”.⁷¹ Pero entre el *common law* y el sistema romano-germánico aún existen, efectivamente, singulares diferencias, que no se ciñen a la anécdota normativa, sino que trascienden a tradiciones diversas y concepciones y mentalidades dispares. Los ejemplos aportados para confirmar este aserto son muy numerosos y tienen que ver no sólo con algunos conceptos jurídicos básicos (derecho civil y mercantil, derecho público y privado, *actio in rem* y *actio in personam*, jurisdicción ordinaria y administrativa, derecho subjetivo, buena fe, obligación), sino también con los principios básicos que sustentan una determinada comprensión del derecho patrimonial y del derecho procesal. 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.⁷² En realidad, es preciso

Unseasonable Observations”, *ERPL*, 2002/1, p. 61-76. Vid. también G. H. Samuel y J. G. J. Rinkes, “The English Law of Obligations”, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., Baden-Baden, 1999, p. 163-222; H.J. Sonnenberger, “Der Ruf...”, loc. cit., p. 989; R. Schulze, “Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht”, *ZEuP*, 1993, p. 448-449.

⁶⁹ Parafraseando a E. Hondius, “todo el mundo, quizás con la excepción 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, p. 396-397).

⁷⁰ Vid. en este sentido G. Alpa, “European Community Resolutions and the Codification of ‘Private Law’”, *ERPL*, 2000/2, p. 329-330; A. Chamboredon, “The Debate on a European Civil Code: For an Open texture”, *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 70-81.

⁷¹ Vid. R. Bakker, “Europeanization of Law and Lawyers v. Nacional Provincialism in Legal Education”, *Legal Visions of the New Europe. Essays Celebrating the Century of the Faculty of Law. University of Liverpool*, Londres, 1993, p. 332-334.

⁷² H. Kötz (“How to Achieve a Common European Private Law”, *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1998, p. 19-21) 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”

reconocer que muchos defensores del derecho privado europeo plantean una propuesta de identificación entre el sistema romano-germánico y el *common law*, que parte del postulado o pretende el resultado de convertir el *common law* en sistema romano-germánico más que a la inversa.⁷³ Desde el continente, las divergencias entre el sistema romano-germánico y el *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. 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 del *common law*.

Pero 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 una raíz histórica, por el distinto grado que la recepción del derecho romano-canónico tuvo en los distintos territorios europeos continentales.⁷⁴

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 construye 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 íntimamente vinculado a una economía de mercado que denomina *business-coordinated*, 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 otros, de que las condiciones generales de la contratación no se conecten en modo alguno con el rol de las “asociaciones profesionales” (“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, p. 259-266).

⁷³ G. Betlem plantea abiertamente esta cuestión, al entender que el debate y el asunto más controvertido de la codificación del derecho privado europeo 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*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, p. 473).

⁷⁴ 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 deformada del derecho uniforme (vid. “Juristische Arbeitsstile in historischem Vergleich: beschleunigende Faktoren oder hindernisse einer europäischen Rechtseinheit”, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milán, 1993, p. 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, p. 805-831.

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 austriaco. También justifica ciertas asociaciones entre familias jurídicas, ya señaladas en algunas coincidencias entre el *common law* y los sistemas escandinavos. Ejemplos de las divergencias entre los sistemas continentales pueden hallarse en todos los sectores del derecho privado. Al respecto, podríamos citar: la tensión entre abstracción y causalidad en las obligaciones contractuales, que justifica una función muy diversa de instituciones *cuasicontractuales* como el enriquecimiento sin causa; el concepto de *ilicitud* y el papel de la culpa en la caracterización de la responsabilidad no contractual por daños; el régimen de la transferencia de la propiedad o los principios básicos de las garantías mobiliarias (tipicidad, causalidad, publicidad, pacto comisorio, identificabilidad del bien) en el sector de los derechos reales. También el derecho procesal presenta evidentes variantes en el continente, a menudo dentro de un mismo Estado. Y los ejemplos podrían multiplicarse.

En la diversidad jurídica europea, uno de los aspectos más relevantes, con el que no se enfrentaba el *ius commune*, es la ausencia de una lengua común, que de por sí impide una única “precomprensión” e interpretación jurídica. Resulta más que dudoso que razones prácticas puedan sobreponerse a los valores de la diversidad lingüística, evidenciados en la cooficialidad en la Unión Europea de las distintas lenguas nacionales. La “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 Europa, que incorporarán nuevos territorios y ciudadanos, pero también otras lenguas y culturas.

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.⁷⁵ No es raro que tanto el TJCE como los estudiosos se vean obligados con frecuencia a poner de relieve las divergencias y el distinto alcance que sugieren las distintas versiones idiomáticas, y que esta cuestión constituya

⁷⁵ Vid. el catálogo de problemas expuesto en 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, Giuffrè, 1993, p. 77

un epígrafe común en la ciencia jurídica sobre la interpretación de los convenios y del derecho comunitario. Finalmente, un mismo texto legal no sólo va a producir una interpretación distinta sobre la base de las variantes idiomáticas, sino, sobre todo, merced a la distinta mentalidad jurídica del intérprete, sin que el TJCE tenga ni capacidad ni aptitud suficiente para resolverlas a través de millares de cuestiones prejudiciales y conceptos indefectiblemente autónomos.

Aún así, 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 un nivel socioeconómico parejo.⁷⁶ 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. 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.⁷⁷ Así, la armonización del derecho europeo de sociedades enfrenta a dos grandes modelos ideológicos de concebir las relaciones económicas: uno, abiertamente neoliberal, representado por el modelo

⁷⁶ Cf. O. Lando, “Why Codify the European Law of Contract”, *ERPL*, 1997, p. 529-530; Id.: “Guest Editorial: European Contract Law after the Year 2000”, *CMLR*, 1998, p. 825; Id.: “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, p. 394; Id.: “Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law”, *ERPL*, 2000, p. 65.

⁷⁷ En palabras de G. Teubner, “Los esfuerzos europeos hacia la armonización aún no han tenido en cuenta seriamente las “variantes del capitalismo”, la diferencia de los regímenes productivos (cf. “Legal Irritants...”, loc. cit., op. cit., p. 266).

anglosajón y la teoría de la constitución; el otro, más marcadamente social o intervencionista inspirado en la teoría de la sede.⁷⁸ La sensibilidad diversa con que cada sistema jurídico aborda la necesaria protección de los consumidores ha exigido construir las directivas que conforman el derecho privado comunitario del consumo sobre un acuerdo de mínimos, que habilite tales diferencias de criterios.⁷⁹ Pero estas diferencias axiológicas, relevantes incluso cuando incorporan puros matices, se presentan en cualquier ordenación jurídica de alcance patrimonial. 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.⁸⁰

Por último, la unificación del derecho privado europeo 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.⁸¹ En el ámbito del derecho civil, nuestro sistema jurídico, como demuestra el art. 149.1º.8ª CE, 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. También resulta claro que la

⁷⁸ Vid. V. Neßler, „Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung – Stand und Perspektive des europäischen Gesellschaftsrecht“, *ZfRV*, 2000/1, p. 1 y 6.

⁷⁹ Vid. H. Collins, “European...”, *loc. cit.*, p. 364.

⁸⁰ Cf. H. Collins, “European...”, *loc. cit.*, p. 358-359. 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.*, p. 360-361).

⁸¹ De hecho, a pesar de los millares de páginas dedicadas a la conveniencia o inconveniencia de un derecho privado europeo, apenas se encuentran referencias de autores alemanes, franceses, holandeses o italianos a esta palpable contradicción. K. Schurig, sin embargo, pone de manifiesto los problemas singulares que un derecho privado europeo unificado plantearía en un sistema jurídico con pluralidad de derechos civiles como el español (cf. “Europäisches...”, *loc. cit.*, p. 1097-1098). Tampoco se les escapa el alcance de esta cuestión a H.J. Sonnenberger (“Der Ruf...”, *loc. cit.*, p. 983); G. R. De Groot (“Auf dem Wege...”, *loc. cit.*, p. 623); o S. Leible (*op. cit.*, § 9.A.I.3).

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. Por añadidura, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha hecho sino impulsar el desarrollo de los distintos derechos civiles. A los efectos de la construcción de un derecho privado europeo, la diversidad jurídica intraestatal es un dato mucho más relevante que la concepción política del Estado, centralista o federalista. 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”.⁸² 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. En definitiva, nuestra identidad nacional sufriría doblemente con un código civil europeo.

4. ALCANCE DE LA DOCTRINA DE LOS PODERES IMPLÍCITOS

Finalmente, 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.⁸³ 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

⁸² Cf. “Hacia un código civil europeo: ¿realidad o quimera?”, *La Ley*, año XX, núm. 4748, 5 de marzo de 1999, p. 5 (vid. también “Communication...”, loc. cit., p. 10). Para una opinión contraria, a favor de la compatibilidad entre derecho privado europeo 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, p. 63-127, esp. p. 75.

⁸³ Vid. las consideraciones al respecto de M. Franzen, op. cit., p. 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.

al art. 308 CE, que sólo es de aplicación cuando la actuación comunitaria no se encuentra prevista.⁸⁴ No puede utilizarse el art. 308 como una vía de escape a las 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.* sentencia del 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, en base a 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).⁸⁵ Incluso para algunos autores, inspirándose en la opinión del 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.⁸⁶

⁸⁴ 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., p. 91-92.

⁸⁵ Sentencia del 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, p. 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 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, 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 del TCE (vid. R. Alonso García, *Derecho comunitario (sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea)*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 533-558; A. Mangas Martín y D. J. Liñán Noguera, *Instituciones...*, op. cit., p. 322-326).

⁸⁶ Cf. W. Van Gerven, «Coherence...», loc. cit., p. 468.