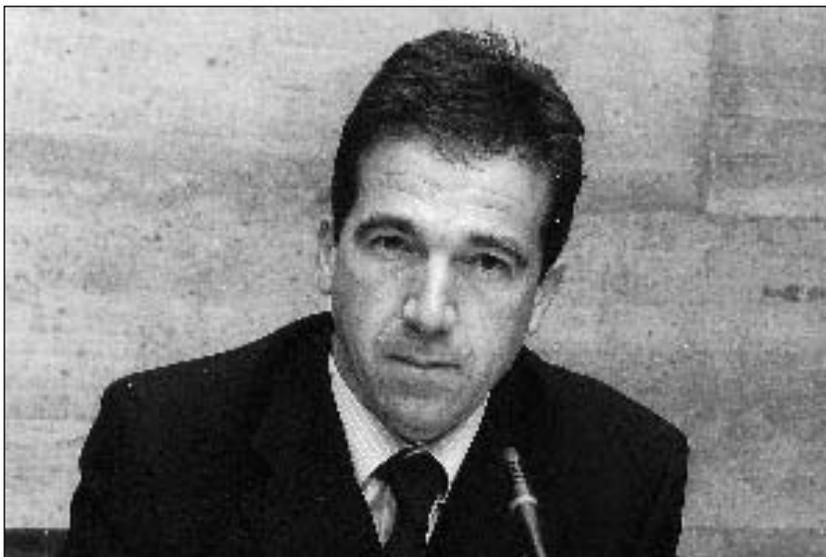


LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO MATERIAL EN LA UNIÓN EUROPEA¹



Cuarta Jornada Práctica: D. Juan José Álvarez Rubio Catedrático de la Universidad del País Vasco

¹ Este estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación Código 1/UPV 00123.224-H-15998/2004, titulado “Los conflictos de leyes en el Derecho Civil Vasco y la evolución del Derecho privado Comunitario”.

1. Quisiera comenzar estas reflexiones agradeciendo a la Academia Vasca de Derecho y al Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya su invitación a participar en esta ya Cuarta Jornada Práctica sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco, que ve ahora la luz a través de esta publicación. Y considero especialmente sugerente la orientación seguida por ambas instituciones en la selección de los temas abordados, bajo la vertiente troncal de las innovaciones en el Derecho civil y la dimensión de Europa y los Derechos civiles territoriales.

Se menciona con frecuencia la ausencia de conexión o el distanciamiento existente entre las instituciones Comunitarias y los ciudadanos Comunitarios, destinatarios al fin y al cabo de su actividad. Y precisamente el sector material que pretendo abordar en mis reflexiones puede permitir acercar Europa a los ciudadanos y concienciar a éstos de la trascendencia del actuar normativo de sus instituciones.

En efecto, la *comunitarización* del Derecho Internacional Privado operada en su momento a través de las disposiciones contenidas en el Título IV del Tratado de Ámsterdam, y el complemento que representaron las novedades incorporadas por el Tratado de Niza (actualmente en vigor, y que tras el fracaso del proceso ratificador del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa representa el bloque normativo a tener presente) puede acabar proyectando su incidencia sobre el ámbito material troncal del Derecho interregional.

2. Las reflexiones contenidas en el presente estudio persiguen realizar una especie de balance y a su vez servir a modo de prospección jurídica para poder apreciar el escenario futuro que podría materializarse en este sector del Derecho privado, fruto de los desarrollos normativos que desde la UE se realicen, y proyectar esas consideraciones sobre el específico proceso de codificación del Derecho Civil Vasco. Centraré mi análisis en la armonización de las normas materiales o sustantivas, es decir, los resultados y proyectos unificadores en sectores de Derecho privado dentro del ordenamiento Comunitario.

Y cabe subrayar la distinta velocidad a la que avanzan la vertiente de armonización conflictual (mucho más adelantada) que la material, que trae aparejada dificultades adicionales y dónde siempre es más compleja la consecución de un consenso en torno a normas que reemplacen a las existentes en cada uno de los ordenamientos nacionales.

Atendiendo al proceso de unificación/armonización legislativa impulsado desde la UE, es preciso reflexionar sobre los límites a la unificación del Derecho en el interior de un Estado y sobre el concepto, tan manido, de *modernización* del Derecho. Comparto la orientación defendida por la Profra. A.BORRAS², al considerar que la modernización del Derecho no implica necesariamente pasar por la unificación, y que la pluralidad de legislaciones internas que coexisten dentro del ordenamiento jurídico español constituye una riqueza y un patrimonio cultural que debe ser conservado.

En definitiva, ese proceso de modernización no tiene por qué implicar un obligado acercamiento hacia modelos normativos supuestamente más avanzados. Es cierto que en el contexto de la UE se aprecia, sectorialmente, la necesidad de una cierta aproximación entre los ordenamientos jurídicos en general, pero este hecho no implica que la plurilegislatividad tienda a ser abolida. En dicho contexto europeo hay una tendencia hacia una mayor aproximación e identificación entre los conflictos internos y los internacionales, fruto de la progresiva eliminación de las fronteras, pero este hecho no implica necesariamente una tendencia hacia la desaparición de los diferentes ordenamientos que coexisten en el interior de un mismo Estado.

Las reflexiones de la profra. A.BORRAS anticipaban ya en su estudio toda una serie de atinadas respuestas al debate ahora abierto, en los últimos meses, en torno al alcance material de ese proceso de armonización legislativa previsto en el seno de la UE y, en particular, su proyección sobre el Derecho Privado, señalando que las materias objeto de la plurilegislatividad se centran básicamente, y fruto de la evolución histórica del propio

² BORRÁS, A., "Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International Privé actuel", *R.des C.*, 1994-V, t.249.

fenómeno, en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones, y en menor medida en cuestiones de Derecho patrimonial.

Su estudio formula así una clara distinción entre materias vinculadas al ámbito del Derecho de la persona, de familia y de sucesiones frente a las materias vinculadas al ámbito del Derecho patrimonial, tales como la regulación en materia de contratos (y cita como ejemplo el caso Reino Unido, con Gran Bretaña y País de Gales con una tradición vinculada al *common law*, y Escocia con una tradición históricamente orientada hacia los sistemas de *civil law*), o en las materias de responsabilidad o de derechos reales, entre otras.

3. El proceso de integración Comunitaria ha superado en la actualidad la mera vertiente económica, y pasa a proyectar toda su operatividad de manera directa sobre la vida social y jurídica de los ciudadanos europeos. La *comunitarización* de todo un *sensible* sector como es el Derecho Privado en general, y el Derecho de familia en particular, representa una auténtica catarsis normativa y altera el tradicional esquema de fuentes de elaboración legislativa en este ámbito, clásicamente vinculado a las respectivas *soberanías legislativas* de cada Estado, que han adecuado sus particulares regulaciones en materia de Derecho de familia, y dentro de éste en el campo del Derecho matrimonial, a sus específicas concepciones culturales y sociales sobre tales instituciones jurídicas.

El tradicional ámbito de intervención del Derecho Comunitario se ha proyectado, *ratione materiae*, fundamentalmente sobre el Derecho patrimonial, pero tras los Tratados de Ámsterdam y de Niza se aprecia un proceso de expansión sustantiva progresiva. En efecto, debe subrayarse la tendencia hacia la ampliación de los ámbitos materiales sobre los que se proyecta la legislación Comunitaria, que irrumpe en sectores como el Derecho de la persona, lo cual determina la posibilidad de que la normativa Comunitaria pueda llegar a plantear incluso problemas de interacción y ajuste con principios fundamentales de determinados ordenamientos jurídicos nacionales.

Y dentro de esta ampliación del ámbito material de actuación prima hasta el momento, como antes ha sido indicado,

el recurso a técnicas de armonización conflictual frente a la potencial utilización de procesos de armonización material de la legislación en el ámbito del Derecho privado.

La especial incidencia de la vertiente del DIPr. institucional, representado en nuestro ordenamiento por el Derecho Comunitario, requiere un tratamiento específico que analice, desde esta estructura o dimensión Comunitaria, la incorporación cuantitativa y la alteración que respecto a aspectos básicos de nuestro sistema de DIPr. supuso la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, del Tratado de Ámsterdam, y el 1 de febrero de 2003, del de Niza. Tal y como ha señalado el. J.D.GONZALEZ CAMPOS³, cabe hablar de la existencia de dos DIPrs., antes y después del mencionado Tratado de Ámsterdam.

Toda reflexión teórica sobre este extremo debe tener presente que tras la entrada en vigor de los Tratados de Ámsterdam y de Niza la influencia del subsistema Comunitario se proyecta y adquiere especial relevancia también en una dimensión *ad extra*, al extender su potencial ámbito de actuación material al ámbito troncal o básico de las instituciones forales características de los diversos ordenamientos civiles forales o especiales que coexisten en nuestro sistema de Derecho interregional.

En el marco del proceso de construcción europea cabe cuestionar si realmente la diversidad legislativa constituye un obstáculo para las relaciones transfronterizas⁴: sin duda, es preciso delimitar la frontera entre el conjunto de instituciones que se integran dentro del Derecho patrimonial, del Derecho de obligaciones o de los Derechos reales (tales como los sistemas de transmisión de propiedad o el régimen de garantías reales) frente al ámbito del Derecho civil englobado, entre otros, por el Derecho

³ J.D.GONZALEZ CAMPOS, "El nuevo art.65 del T.C.E. tras el Tratado de Amsterdam y el DIPr. de los Estados miembros de la C.E.", *Seminario celebrado en la U.A.M., 27 de mayo de 1999*.

⁴ En tal sentido, M^aA.PARRA LUCÁN, "Apuntes sobre la unificación del Derecho Privado en Europa: ¿Es posible un Código Civil Europeo?, *Ac.civ.*, nº36, 30-septiembre à 6-octubre 2002, marginal 1165.

de familia y sucesiones, en cuanto áreas consideradas sensibles y especialmente vinculadas a la tradición y a la cultura legal de cada sociedad y de cada ordenamiento.

4. La auténtica *nueva planta* del DIPr. que se está gestando tras las modificaciones introducidas por los Tratados de Ámsterdam y de Niza ha producido ya efectos de importante calado en los respectivos sistemas internos de DIPr. de los diferentes Estados miembros de la UE, al *comunitarizarse* toda la vertiente de la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior.

La reforma aprobada se proyecta directamente sobre el sistema de fuentes normativas del DIPr., y desde su vertiente material el tenor literal del art.65 del Tratado es susceptible de extensión a los aspectos transfronterizos de toda materia civil, ya se trate de Derecho de obligaciones, Derecho de familia o sucesiones u otro dominio civil, siempre que se encuentre vinculada a la libre circulación de personas.

Cabe afirmar que la mención expresa a *materias y técnicas de DIPr.* es en principio correcta, pero no así el impreciso alcance del volumen competencial conferido a las instituciones de la UE mediante el proceso de comunitarización incorporado al Tratado.

Tras examinar la génesis del art.65 del Tratado de Ámsterdam, el Prof. C.KHOLER⁵ subraya el novedoso reparto o distribución competencial en materia de DIPr., para comprobar cómo la citada comunitarización se proyecta sobre una vertiente institucional, que califica como indecisa e incompleta, y sobre un plano material o sustantivo, de alcance indeterminado. A su juicio, el tenor del Tratado de Ámsterdam plantea tres tipos de interrogantes: por un lado, el relativo al propio alcance o ámbito de aplicación *ratione materiae* del art.65 del Tratado. En segundo lugar, las relaciones entre éste y las restantes competencias Comunitarias, en materias que igualmente han de implicar la

⁵ C.KHOLER, "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Ámsterdam", *Rev.Crit.Dr.Int.Priv.*, 1999-I, p.1 y ss.

utilización de normas para resolver conflictos de leyes o de jurisdicción, y por último, la incertidumbre sobre el papel que en el futuro habrá de representar el art.293 del Tratado (anterior art.220 TCE), hasta el momento inédito.

En la primera fase *histórica*, y con anterioridad al Tratado de Ámsterdam, ese conjunto de reglas o actos aparecían como puntuales y aisladas, con una finalidad siempre complementaria o instrumental respecto a las reglas materiales contenidas en el acto Comunitario en cuestión, y tales intervenciones normativas quedaban configuradas hasta entonces como sectoriales. En realidad tal comunitarización de la cooperación judicial civil ha transformado un ámbito de cooperación de dimensión horizontal en una auténtica competencia sectorial de la UE.

Es cierto, como señaló el prof. J.L.IGLESIAS BUHIGUES⁶, que el Tratado ha abierto las puertas a la existencia de un cuerpo de DIPr. Comunitario cuyo desarrollo progresivo contará con posibilidades hasta ahora inesperadas, y que constituye un paso importante en el camino de la posible armonización de parcelas del Derecho privado, pero debe relativizarse el moderado optimismo que parece desprenderse de ciertas opiniones doctrinales, ya que se plantean importantes dudas sobre la materialización en este ámbito sustantivo de esos mecanismos propios o específicos de integración⁷.

⁶ J.L.IGLESIAS BUHIGUES, "La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam (I)", *R.G.D.*, mayo-1998, nº644, p.5847 y ss.

⁷ Comparto así la visión crítica formulada por el prof.P.A.DE MIGUEL ASENSIO, "El Tratado de Ámsterdam y el Derecho Internacional Privado", *La Ley*, nº 4510, 30 de marzo de 1998, p.1-3, al señalar que las novedades introducidas por el Tratado de Ámsterdam en el ámbito del DIPr. presentan matices que ponen en entredicho su alcance como verdadero progreso para promover la función asignada a la uniformización de las normas de DIPr. en el proceso de integración europea, y que las expectativas de desarrollo de un DIPr. comunitario continúan subordinadas a la actitud futura de los Estados participantes, así como a la sensibilidad de la Comisión y a la percepción de los unos y de la otra acerca del potencial de las normas de DIPr. como instrumento de integración.

Cabe recordar que el Título VI del Tratado de Maastricht recogía las denominadas *Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los asuntos de Interior*. Conforme a lo previsto en el art. K.3 del citado Título, y a iniciativa de cualquier Estado o de la Comisión, el Consejo podría adoptar posturas comunes y fomentar toda forma de cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión.

Entre tales posiciones comunes el precepto aludía expresamente a la posibilidad de celebrar Convenios, recomendando su adopción a los Estados miembros. De igual modo, el art. K.5 señalaba que los Estados miembros sostendrían dichas posiciones comunes, adoptadas en aplicación de lo dispuesto en dicho Título, en las Organizaciones Internacionales y en las Conferencias Internacionales en las que participaran.

5. En el Título IV del Tratado de Amsterdam, bajo la rúbrica de *“Visados, asilo e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”*, se dispuso (art.61) que a fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará, entre otras, *medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65*.

Conforme al tenor de este precepto, de enorme importancia en nuestro ámbito de estudio,

“Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el art.67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán:

a) mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales.

b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción.

c) 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”.

Las numerosas dudas e interrogantes que suscita esta comunitarización del ámbito de la cooperación judicial en materia civil están siendo debatidas en el seno de la doctrina más autorizada⁸.

Con carácter previo a todo debate o reflexión sobre el alcance de las previsiones del art.65 debe tenerse en cuenta que, al menos en teoría, su utilización por las instancias Comunitarias está sujeta a dos premisas para poder desplegar toda su operatividad: por un lado el ámbito material sobre el que se proyecta es el de la cooperación judicial en *materia civil con repercusión transfronteriza*; en segundo lugar, las medidas que se adopten en relación a tal sector vendrán o quedarán justificadas, conforme al precepto, *en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior*. En la práctica, el actuar de la Comisión está distanciándose de ambos presupuestos y va en realidad más lejos, ya que de hecho no se está precisando la acreditación de la concurrencia de ambas premisas para intervenir normativamente.

6. El funcionamiento del artículo 65 viene a su vez caracterizado por ciertas notas que es preciso recordar para

⁸ Vid., entre otros, J.BASEDOW, “Die Harmonisierung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam”, *EuZW*, 1997, vol.8, p.609 y ss.; E.JAYME y C.KHOLER, “Europäisches Kollisionsrecht 1997-Vergemeinschaftung durch Säulenwechsel?”, *IPRax*, 1997, vol.17,p.385 y ss.; I.INGRAVALLO, “La Corte di Giustizia e il Terzo Pilastro dell’Unione Europea”, *La Com.Internaz.*, 2000-III, pp.477-503; A.L.CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional Privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho. Univ.Murcia*,2003, nº21, pp.49-69; J.D.GONZALEZ CAMPOS, “La Constitución Europea y el Derecho internacional Privado Comunitario: ¿Un Espacio Europeo de Justicia en materia civil complementario del Mercado Interior?”, *www.reig.org*

desentrañar su verdadero alcance y funciones: por un lado, debe tenerse en cuenta que durante el período transitorio de cinco años previsto en el propio Tratado (art.67) las materias comprendidas en el ámbito material del título IV del Tratado quedaban sujetas a una suerte de *técnica intergubernamental*, similar o paralela a la rigidez que caracteriza al proceso de aprobación de las normas convencionales, ya que impera la regla de unanimidad, de forma que si cualquiera de los Estados se opusiera a la adopción de una medida normativa concreta quedaría bloqueado todo el proceso.

La segunda nota característica deriva de la *comunitarización* de este ámbito material del art.65, de manera que el tenor del art.234 del Tratado (antes art.177) confiere al TJCE competencia para conocer de cuestiones prejudiciales vinculadas a la interpretación del nuevo Título IV de esta Parte III del TUE (art.65) y a la validez de los actos Comunitarios que se dicten en aplicación de sus previsiones. Cabe destacar, como matiz importante, que tal competencia queda formulada en términos más estrictos que los que operan con carácter general en el art.234, ya que esas cuestiones prejudiciales sólo pueden proceder de órganos judiciales de Estados miembros cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso judicial de Derecho interno.

En efecto, y conforme al tenor del art. 68.1,

“El artículo 234 será de aplicación al presente título en las siguientes circunstancias y condiciones: cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión para poder emitir su fallo”.

En todo caso, y conforme al tenor del propio art.68.3TUE, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrá pedir al TJCE que

se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del presente título o de actos de las instituciones comunitarias basados en el mismo.

En tercer lugar, es preciso recordar las materias a las que se refiere el art.65. Un primer dato a tener presente es que tanto el art.65 como el art.293 aluden al *reconocimiento y ejecución de resoluciones o decisiones judiciales*. No deja de sorprender esta dualidad, en cuanto reiteración aparentemente innecesaria, redundante y que no contribuye más que a incrementar la ya de por sí compleja delimitación de las esferas potenciales de aplicación de ambas vías de actuación normativa en el contexto de la UE.

Debe tenerse presente que, pese a las manifestaciones normativas, plasmadas hasta el momento en los diferentes Reglamentos y propuestas aprobadas, el tenor del art.65 alude a *fomentar la compatibilidad*, expresión que difiere, en cuanto a su alcance e intensidad, de la de *unificar*: no son conceptos sinónimos y esta consideración debe tenerse presente para tratar de situar en sus exactos términos el potencial alcance del precepto⁹.

Prueba palpable de ello es la antes mencionada diferente velocidad de los procesos de armonización conflictual (mucho más desarrollada) que la material o sustantiva.

Es preciso interpretar globalmente el Tratado de Ámsterdam, a efectos de fijar “líneas rojas” al ejercicio de las competencias por parte de las instancias Comunitarias: en particular, quedarán sujetas al cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y ha de tenerse presente la perspectiva finalista que adopta el art.65 en su redacción, sin olvidar lo antes indicado respecto al alcance del tenor *fomentar la compatibilidad*, en cuanto pretensión de eliminar ciertos desajustes normativos que puedan afectar al funcionamiento del mercado, por lo que parece situarse más próximo al objetivo de armonización normativa

⁹ Sobre el particular, vid. M.GARDEÑES SANTIAGO, “El desarrollo del Derecho internacional Privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 C) y 65 TCE como base jurídica”, *RBCE*, enero-abril-2002, pp.231-249.

Respecto a dichos *límites* materiales del art.65 del Tratado de Ámsterdam, cabe señalar que en principio, y al integrarse en la propia lógica del sistema, podrá al menos teórica o potencialmente incidir en el núcleo fundamental de ordenación de los Derechos civiles forales o especiales, afectando directamente a sectores como el régimen económico matrimonial o el de sucesiones. Otro factor que debe destacarse de antemano es que en la eventual defensa de las particularidades de regulación sustantiva o material contenidas en nuestro sistema de Derecho interregional España queda prácticamente aislada frente a los restantes catorce Estados Comunitarios, ya que el único exponente comparado que presenta cierto paralelismo corresponde al Reino Unido, Estado que en virtud de lo dispuesto en el art.69 del propio Tratado de Ámsterdam y del Protocolo específico sobre la posición del Reino Unido e Irlanda tiene la posibilidad de separarse (*contracting out*) de lo establecido en los preceptos del Título IV del Tratado, si bien se les permite, al mismo tiempo, unirse a las decisiones (*contracting in*) cuando lo estimen conveniente.

7. Debe además tenerse en cuenta el nuevo escenario ya en vigor desde el 1 de febrero de 2003: el Tratado de Niza incorporó un nuevo apartado 5 del art.67 TCE por el cual no se requerirá unanimidad para adoptar las medidas previstas en el art.65, con exclusión del Derecho de familia. Esta disposición conlleva un factor de enorme relevancia, ya que la regla base de codecisión, de *monopolio* de la actividad legislativa por la Comisión y de mayoría cualificada implica una complejidad adicional, y surge un problema adicional, vinculado a la operación de calificación: así, por ejemplo, las relaciones económico patrimoniales: ¿deberán quedar adscritas al sector del Derecho de familia o serán incardinables en el contexto normativo contractual? Dependiendo de la calificación, operará la regla de la unanimidad o la de la mayoría cualificada.

El Tratado de Niza prevé expresamente que en el artículo 67 se añade el apartado siguiente:

“5. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, el Consejo adoptará de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251:

-las medidas previstas en el punto 1 del artículo 63 y en la letra a) del punto 2 del artículo 63, siempre y cuando el Consejo haya adoptado previamente y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo una legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan estas materias;

-las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia”.

El Tratado incorpora a su vez un *Protocolo sobre el artículo 67 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, y señala que la disposición se incorporará como anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, estableciendo que:

“A partir del 1 de mayo de 2004, el Consejo decidirá por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, para adoptar las medidas mencionadas en el artículo 66 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

A su vez, entre las Declaraciones adoptadas por la Conferencia, cabe citar la *Declaración relativa al artículo 67 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, al señalar que

Las Altas Partes Contratantes manifiestan su acuerdo en que el Consejo, en la decisión que deberá tomar en virtud del segundo guión del apartado 2 del artículo 67:

-decida, a partir del 1 de mayo de 2004, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251 para adoptar las medidas mencionadas en el punto 3 del artículo 62 y en la letra b) del punto 3 del artículo 63;

-decida, a partir de la fecha en que exista un acuerdo sobre el ámbito de aplicación de las medidas relativas al cruce de personas

por las fronteras exteriores de los Estados miembros, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251 para adoptar las medidas mencionadas en la letra a) del punto 2 del artículo 62.

El Consejo se esforzará, además, en lograr que el procedimiento previsto en el artículo 251 sea aplicable, a partir del 1 de mayo de 2004 o tan pronto como sea posible después de esta fecha, a los demás ámbitos cubiertos por el título IV o a algunos de ellos.

El Tratado de Niza amplía así el ámbito de la toma de decisiones por mayoría cualificada, ya que hay un total de veintisiete disposiciones que, en lo sucesivo, pasan íntegramente o en parte de la unanimidad a la mayoría cualificada. Entre estas materias se encuentra la relativa la cooperación judicial en materia civil, excepto el Derecho de familia.

La revisión del sistema es clave, ya que el voto por mayoría cualificada es más eficaz cuando se trata de desarrollar una política operativa a escala comunitaria, ya que el voto unánime confiere a cada Estado un auténtico derecho de veto, y permite bloquear *de facto* la toma de decisiones.

8. En el ámbito específico del Derecho de familia y sucesiones, estas materias se presentan *demasiado cargadas emocionalmente* (conforme a los términos empleados por la propia Comisión Europea)¹⁰ para proceder de manera global a su modificación. Es cierto, no obstante, que ya se han sentado principios comunes en ambas ramas de Derecho civil: en el ámbito familiar, las reformas sobre el divorcio, y existen incluso pronunciamientos del Parlamento Europeo considerando deseable la unificación de ciertos aspectos del Derecho de familia¹¹.

Respecto al Derecho sucesorio, también se detecta la progresión de una serie de principios concluyentes, en materia de

¹⁰ Cuestión nº862/92, 14 de abril 1992, DOCE nºC 40, p.17.)

¹¹ Resoluciones de 29 de octubre de 1993, DOCE nºC 315, p.652, y 14 de diciembre de 1994, DOCE nº C18, p.96.

sucesión abintestato; se han intensificado los estudios comparatistas para tratar de decantar ciertas reglas comunes, pero continúa el arraigo fundado en la tradición jurídica y se trata de una materia alejada de los objetivos económicos y jurídicos prioritarios de la UE; los pasos acertados deben darse, con cautela, en la línea de profundizar en estudios de Derecho comparado, que revelen los sustratos materiales comunes y las divergencias que cabe apreciar en las diversas regulaciones autónomas o nacionales en este sector¹².

No faltan partidarios de la unificación de todo el Derecho privado Europeo, no solo del Derecho patrimonial sino incluso del Derecho de familia y sucesiones. Como luego se indicará, las Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1994 instaban a la Comisión a iniciar la preparación de un “Código Europeo común de Derecho privado”, con carácter general, sin más precisiones. El TJCE se ha declarado competente para conocer en cuestiones de Derecho de familia y sucesorio cuando estén ligadas a algún derecho garantizado por el Tratado¹³.

Otra prueba de la potencial incidencia sobre este sector del proceso normativo iniciado en el seno de la UE se aprecia en el calendario de actividades legislativas dirigidas a eliminar los obstáculos creados por las disparidades legales y procesales entre los Estados miembros, y que posteriormente será detallado.

En todo caso, no parece justificado apoyar una uniformización a nivel europeo en materia de familia y sucesiones con pretensiones exhaustivas y sistemáticas; sería suficiente, en línea con lo afirmado por J.BASEDOW¹⁴, adoptar medidas conforme a los artículos 61 á 65 del Tratado de Ámsterdam, es decir, orientadas a asegurar una adecuada cooperación judicial y

¹² En tal orientación, vid. CAMARA LAFUENTE,S., “Hacia un Código Civil Europeo: ¿Realidad o quimera?”, *La Ley*, 5 de marzo de 1999, nº4748, p.3.

¹³ Caso *Konstantinidis*, 30 de marzo de 1993, TJCE 1993,38; C-168/1991; Caso *Hubbard*, 1 de julio de 1993 (TJCE 1993, 111) (C-20/1992).

¹⁴ BASEDOW, J., “Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid” *ERPL* ,2001, p.47).

el reconocimiento de decisiones judiciales entre los Estados miembros en materia civil.

La delimitación del alcance material de la unificación del Derecho Privado Europeo exige optar entre alternativas que van desde unificar solo el Derecho de consumo, o unificar el Derecho contractual en su conjunto, y no solo los contratos de consumo, o unificar el régimen jurídico de los contratos y las obligaciones, tanto contractuales como extracontractuales, e incluso cuestiones conexas del Derecho patrimonial (derechos reales, garantías de crédito), o finalmente, unificar el Derecho privado de los Estados miembros en su conjunto y más allá incluso del ámbito meramente patrimonial.

9. El factor de integración política que representa la UE determina, en conclusión, una incidencia que supera el mero nivel económico, y que se proyecta cada vez con más intensidad sobre el actuar del día a día de los ciudadanos Comunitarios.

Dicho factor de integración genera la necesidad de elaboración de normas jurídicas que permitan materializar los retos que supone la misma, y la clave radica en determinar si, junto al ámbito del Derecho contractual y de Obligaciones, tal tarea legislativa ha de proyectarse o no sobre ámbitos del Derecho privado, tales como familia y sucesiones, que incorporan, al menos parcialmente, elementos que carecen de contenido patrimonial o económico, en un ámbito de actuación material legislativa especialmente sensible para los Estados, al tratarse de sectores profundamente enraizados en sus tradiciones jurídicas, y, en última instancia, en su peculiar o propia concepción sociológico-cultural de las diversas instituciones que se engloban en este sector.

Sin duda, la potencialidad de los Tratados de Ámsterdam y Niza permite adscribir dentro de su ámbito de actuación normativa tales materias, pero la prudencia aconseja, a mi juicio, avanzar cautelosamente en la eventual tarea de armonización en cuanto afecte a este peculiar ámbito. No cabe cuestionar la capacidad

normativa y el fundamento competencial de las instituciones de la UE para abordar tal reto normativo, pero no debe perderse de vista el enfoque claramente finalista que tal competencia presenta en el Tratado, y sin perjuicio de avanzar en ámbitos procedimentales y en ciertos aspectos sustantivos, no debe desconocerse la particularidad antes apuntada.

Sólo con un adecuado equilibrio entre ambas alternativas (el desarrollo íntegro del proyecto uniformizador o el avance sectorial, y a diferente velocidad, de las diversas materias) será posible lograr un consenso definitivo entre todos los operadores jurídicos y políticos implicados en el proceso.

Además, debe tenerse presente que la realidad jurídico-privada que ofrecen los nuevos diez Estados incrementa todavía más la heterogeneidad o diversidad normativa en este sector del Derecho Privado y este factor debe traducirse en una mayor cautela por parte de las instituciones Comunitarias a la hora de desarrollar este proceso de armonización legislativa, lo cual ha de permitir en todo caso garantizar la vigencia de nuestro ordenamiento foral, como exponentes de una peculiar concepción jurídica de la propiedad y la familia que han de ser respetadas.

En definitiva, todo operador jurídico debe sensibilizarse ante la nueva realidad normativa que se abre paso en este sector del Derecho de familia, y en particular en el sector del Derecho matrimonial, y las nuevas *herramientas normativas* abren posibilidades y escenarios desconocidos hasta el momento, que en nuestro particular contexto transfronterizo exigen sin duda una tarea de sensibilización y de obligado reciclaje formativo.

10. Para contextualizar correctamente mis observaciones es preciso señalar que las políticas relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, incluida su dimensión exterior, comprenden o abarcan las vertientes de los derechos fundamentales y la ciudadanía, el asilo y la migración, la gestión de las fronteras, la integración, la lucha contra el terrorismo y la

delincuencia organizada, la cooperación judicial y policial y el Derecho civil, a los que en breve se añadirá una estrategia común sobre drogas.

En este contexto, el estudio realizado por la Profra. A.BORRÁS¹⁵ deviene clave para conocer la evolución normativa en los Tratados, la nueva base jurídica del Título IV TCE reformado por el Tratado de Ámsterdam y el ámbito material del mismo.

Durante los últimos años la Unión Europea ha desempeñado un papel cada vez más importante en lo que se refiere a garantizar la cooperación policial, aduanera y judicial y el desarrollo de una política coordinada en materia de asilo, inmigración y controles en las fronteras exteriores.

Dicho desarrollo continuará con la consolidación de una zona común de libertad, seguridad y justicia, y el hipotético freno que sin duda representa la “vía muerta” en que se encuentra el proceso ratificador del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 no ha impedido hasta el momento su avance, ya que los anteriores Tratados de Maastricht, Amsterdam y Niza han creado progresivamente un marco jurídico común en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior.

En efecto, desde el Tratado de Ámsterdam la organización progresiva de un espacio de libertad, seguridad y justicia se ha convertido en un nuevo objetivo de la Unión Europea. En el Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 este objetivo pasó a ocupar el primer lugar de la agenda política de la Unión y se estableció un programa muy ambicioso. Dicho programa incluía orientaciones políticas y objetivos concretos, combinados con un detallado calendario de actuaciones.

¹⁵ BORRÁS, A., “La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, Bilbao, 2002, pp.285-318.

Cabe afirmar que hasta el momento se han conseguido logros sustanciales en la mayoría de los ámbitos relacionados con la justicia y los asuntos de interior, y que se persigue en definitiva la creación y consolidación de un espacio judicial europeo que respete las tradiciones y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en estrecha asociación con los operadores y los profesionales de la justicia¹⁶.

El pleno desarrollo de este principio del reconocimiento mutuo requiere en primer lugar un marco común de principios compartidos y de normas mínimas, especialmente para reforzar la confianza mutua.

En segundo lugar, es preciso consolidar la efectiva creación de dicho espacio judicial civil y mercantil, facilitando así a los ciudadanos y a los operadores jurídicos la cooperación y el acceso a la justicia.

Por ello, es preciso continuar y profundizar los trabajos previstos en el programa de reconocimiento mutuo. Los esfuerzos deberán concentrarse en los ámbitos en los que todavía no existen normas Comunitarias de reconocimiento mutuo (como, por ejemplo, consecuencias patrimoniales de la separación de parejas, casadas o no, o sucesiones y testamentos).

Otro ámbito troncal en este sector se adscribe al ámbito de la ejecución de las decisiones judiciales propiamente dicha. Sólo los procedimientos de ejecución rápidos y efectivos pueden permitir tanto al ciudadano como a las empresas el ejercicio real

¹⁶A partir del Consejo Europeo de Tampere, cada semestre se presenta una Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo denominada «Marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de “libertad, seguridad y justicia” en la Unión Europea». Los documentos de referencia son los siguientes: COM (2000)167 final de 24.3.2000 ; COM(2000) 782 final de 30.11.2000; COM(2001) 278 final de 23.05.2001; COM(2001) 628 final de 30.10.2001; COM(2002) 261 final de 30.05.2002; COM(2002) 738 final de 16.12.2002; COM(2003) 291 final de 22.05.2003; COM(2003) 812 final de 30.12.2003.

de sus derechos. En todo caso, debe tenerse presente que avanzar en el ámbito del reconocimiento mutuo requiere incrementar el grado de confianza recíproca entre los Estados miembros, recurriendo a la adopción de ciertas normas mínimas de procedimiento.

Por último, es preciso articular vías que permitan materializar de forma efectiva la aplicación concreta y eficaz de la legislación comunitaria adoptada, y desarrollar las actividades de la red judicial civil europea.

Finalmente, y en el marco del Derecho sustantivo o material la Comisión ya ha iniciado la elaboración de un *Marco Común de Referencia (MCR)* destinado a dar más coherencia al acervo comunitario y mejorar la calidad en el ámbito del derecho contractual europeo¹⁷.

11. Desde la vertiente de las instituciones europeas, la clave del análisis se sitúa en las conclusiones de la Cumbre de Jefes de Estados y de Gobierno que tuvo lugar en primavera de 1999, y la reunión de ministros de Justicia e Interior en Tampere, en otoño de 1999, celebrada a instancias de la Comisión Europea: la conclusión 39 de la Cumbre aludía a la necesidad de un estudio global sobre la necesidad de aproximar las legislaciones materiales de los Estados miembros en materia civil, para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles¹⁸.

En el seno del Consejo Europeo celebrado en Laeken, el 14 y 15 de diciembre de 2001, se planteó ya si tal necesidad de acercar legislaciones no debería dar lugar a un acuerdo sobre la

¹⁷ A más largo plazo, este Marco Común de Referencia (MCR) podría servir de base a un instrumento facultativo de Derecho contractual que las partes pudiesen elegir libremente en tanto que legislación aplicable a su contrato y, por consiguiente, garantizar mayor seguridad jurídica en las transacciones transfronterizas.

¹⁸ Sobre el particular, vid. FERNANDEZ ROZAS, J.C., "El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia consolidado por la Constitución Europea", *La Ley*, nº6097, 30 de septiembre de 2004, pp.1-8.

ampliación de la competencia de la UE para legislar en el ámbito del Derecho Privado, así como el cauce o instrumento normativo más idóneo para alcanzar tal objetivo¹⁹.

En particular, el principio de subsidiariedad opera como guía para determinar cómo deben ejercerse los poderes de la UE y revela la tensión entre la disposición de los Estados miembros a transferir nuevas competencias a la Comunidad y por otro su preocupación ante el hecho de que la Comunidad pueda utilizarlas en detrimento de las preferencias de los Estados individuales. Toda acción normativa Comunitaria debe producir beneficios claros respecto a las acciones legislativas a nivel nacional, y la proporcionalidad exige que las medidas adoptadas por las instituciones Comunitarias no excedan los límites de lo que es apropiado y necesario para alcanzar los objetivos legítimos de la legislación en cuestión, y su actuación se estructura en torno a premisas o parámetros de análisis como el de eficacia comparativa, el de suficiencia y el de su dimensión o alcance.

12. Conforme a las potencialidades que ofrece el vigente Tratado de Niza, es clave atender a las Conclusiones del Consejo Europeo reunido en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, al aprobar el denominado Programa de La Haya (una especie de “Tampere-II), Consejo que debatió en particular sobre:

- La preparación de la revisión intermedia de la Estrategia de Lisboa.
- El espacio de libertad, seguridad y justicia: el Programa de La Haya.
- La necesidad de comunicar *Europa* al ciudadano.

¹⁹ Vid. J.C.FERNANDEZ ROZAS, “El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea”, *La Ley*, nº6097, 30 de septiembre de 2004, pp.1-8, en el que se analiza el largo camino de lo intergubernamental a lo Comunitario, con análisis de los antecedentes de la cooperación entre los Estados miembros en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior, hasta los problemas de derivados de la última ampliación y por último las líneas generales establecidas en la Constitución Europea.

El ahora denominado *Programa de La Haya* persigue la consolidación definitiva del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, y se reafirma el carácter prioritario que atribuye a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en respuesta a una inquietud fundamental de los Estados que constituyen la Unión.

Desde el Consejo Europeo de Tampere de 1999 la política de la Unión en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior se ha desarrollado dentro del marco de un programa general, cuyo balance se contiene en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de fecha 2 de junio de 2005 (*COM-2004, 401 final*), por el que se formula, en relación al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, dicha evaluación del programa de Tampere y sus futuras orientaciones (*SEC-2004 680 y SEC 2004 693*).

El objetivo del Programa de La Haya es la mejora de la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros de garantizar los derechos fundamentales, las salvaguardias procesales mínimas y el acceso a la justicia, proporcionar a quienes la necesiten la protección de acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y otros tratados internacionales, regular los flujos de migración y controlar las fronteras exteriores de la Unión, luchar contra la delincuencia organizada transfronteriza y reprimir la amenaza del terrorismo, explotar el potencial de Europol y Eurojust, proseguir con el establecimiento del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados tanto en materia civil como penal y eliminar obstáculos legales y judiciales en los litigios en asuntos civiles y familiares con repercusiones transfronterizas.

El Programa tiene presente las pautas marcadas por el precedente programa de Tampere, y se aprecia una operatividad específica de los principios generales de subsidiariedad, proporcionalidad, solidaridad y respeto a los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

El Consejo Europeo destaca la necesidad de seguir mejorando el trabajo de creación de una Europa de los ciudadanos y la función esencial que desempeñará a este respecto la creación de un espacio europeo de justicia. Deberá proseguir el esfuerzo por facilitar el acceso a la justicia y la cooperación judicial, así como la plena utilización del reconocimiento mutuo. Es particularmente importante que las fronteras entre los países de Europa dejen de ser un obstáculo a la resolución de las cuestiones de Derecho civil o a las demandas y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles.

La cooperación judicial tanto en materia civil podría verse potenciada mediante la consolidación de la confianza mutua y mediante el desarrollo paulatino de una cultura judicial europea basada en la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y en la unidad del Derecho europeo.

En una Unión Europea ampliada, la confianza mutua se fundará en la certidumbre de que todos los ciudadanos europeos tienen acceso a un sistema judicial que se atiene a normas de calidad elevadas. A fin de facilitar la aplicación plena del principio de reconocimiento mutuo, deberá establecerse un sistema que prevea una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación de las medidas de la UE en el ámbito de la justicia, dentro del pleno respeto de la independencia del poder judicial y en consonancia con todos los mecanismos europeos existentes.

Y la consolidación de esa confianza recíproca requiere de las autoridades judiciales y de los distintos ordenamientos jurídicos un esfuerzo expreso de mejora de la comprensión mutua. Por ello, la Unión deberá respaldar la constitución de redes de organizaciones e instituciones judiciales, como la red de Consejos del Poder Judicial, la red europea de Tribunales Supremos y la Red europea de formación judicial.

13. El Derecho civil, que incluye el Derecho de familia, afecta a los ciudadanos en su vida diaria. Por ello, el Consejo Europeo atribuye gran importancia a la continuación del desarrollo

de la cooperación judicial en materia civil y la culminación total del programa de reconocimiento mutuo adoptado en 2000. El principal objetivo político en este ámbito consiste en que las fronteras entre los países europeos dejen de constituir un obstáculo a la resolución de los asuntos de Derecho civil o a las demandas y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles.

Por lo que respecta al Derecho de familia y al Derecho de sucesiones, el Consejo invita a la Comisión a que presente, en particular, las siguientes propuestas:

-Un proyecto de instrumento sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de obligaciones alimenticias, incluidas las medidas cautelares y la aplicación provisional, (ya elaborado, en 2005).

-Un libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de sucesión, incluida la cuestión de la competencia, el reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones en este ámbito, un certificado de herencia europeo y un mecanismo que permita el conocimiento preciso de la existencia de las últimas voluntades y testamentos de los residentes de la Unión Europea (“Libro Verde sobre Sucesiones y Testamentos”, elaborado por la Comisión, SEC (2005)270, de fecha 1 de marzo de 2005), donde expresamente se destaca, en cuanto a la técnica normativa a emplear, que “al no ser posible la plena armonización de las normas de Derecho material de los Estados miembros, conviene actuar desde el punto de vista de las normas de conflicto de leyes”.

-Un libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, que incluya la cuestión de la jurisdicción y el reconocimiento mutuo en 2006.

-Un libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (SEC 2005/331), de fecha 14 de marzo de 2005, COM/2005 82 final), del que cabe inferir las dificultades de afrontar u proceso, descartado, de armonización material o sustantiva de las legislaciones nacionales.

En materia de Derecho contractual²⁰, y como luego señalaré, se elimina a vieja pretensión unificadora, para indicar que deberá mejorarse la calidad del Derecho comunitario actual y futuro mediante medidas de refundición, codificación y racionalización de los instrumentos jurídicos vigentes y mediante la definición de un marco de referencia común, que permita estudiar la posibilidad de desarrollar para toda la UE cláusulas y condiciones tipo de Derecho contractual que puedan ser utilizadas por las empresas y las asociaciones sectoriales de la Unión.

Otros recientes ejemplos que revelan la extraordinaria potencialidad del nuevo escenario que abre la creación y consolidación del espacio judicial europeo y su proyección específica en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil quedan integrados por la Directiva 2004/80/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004 (*DOCE*, 6 de agosto de 2004, L-261), sobre indemnización a las víctimas de delitos, y la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (*DOCE*, 30 de abril de 2004, L-143), sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, normas que combinan regulaciones en materia de cooperación de autoridades, definiciones sectorializadas sobre la noción de realidad transfronteriza, determinación de ley aplicable mediante técnicas conflictuales materialmente orientadas y delimitación de autoridades competentes, o, para finalizar este ejemplificativo pero revelador elenco, la Decisión Marco 2005/667/JAI, del Consejo, de fecha 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques (*DOCE*, L255, de 30 de septiembre de 2005), y la Directiva 2005/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (*DOCE*, L255, de 30 de septiembre de 2005).

²⁰ Sobre el particular, vid. J.C. FERNANDEZ ROZAS, "La Unificación del Derecho Mercantil Internacional en los procesos de integración económica: la experiencia europea", *La Ley*, pp.1-8, conteniendo un análisis de las técnicas de unificación en la Unión Europea.

En conclusión, cinco años después del Consejo Europeo de Tampere en el que se acordó un programa que sentaba las bases para importantes logros en el espacio de libertad, seguridad y justicia, ha llegado el momento de establecer un nuevo programa que permita a la Unión avanzar sobre dichos logros y hacer frente con eficacia a los nuevos retos que le esperan. A tal efecto, el Consejo ha aprobado un nuevo programa plurianual para los próximos cinco años, que se conocerá como Programa de La Haya.

Dicho programa refleja las ambiciones expresadas en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y tiene en cuenta la evaluación previa realizada por la Comisión, que a su vez fue acogida con satisfacción por el Consejo Europeo de junio de 2004, así como la Recomendación sobre la utilización de la votación por mayoría cualificada y el procedimiento de codecisión aprobada por el Parlamento Europeo el 14 de octubre de 2004.

Es preciso, en definitiva, seguir mejorando el trabajo de profundización en una Europa de los ciudadanos y la función esencial que desempeñará a este respecto la consolidación de un espacio europeo de justicia no debe olvidarse. Por ello, debe proseguir el esfuerzo orientado a facilitar el acceso a la justicia y la cooperación judicial, así como la plena utilización del reconocimiento mutuo, y es particularmente importante que las fronteras entre los países de Europa dejen de ser un obstáculo a la resolución de las cuestiones de Derecho civil o a las demandas y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles.

Así puede gráficamente apreciarse en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el citado programa de La Haya (Documento COM/205/184 final, de fecha 10 de mayo de 2005), en el que se definen las diez prioridades para los próximos años, bajo lo que se denomina “Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia”, y la misma orientación se aprecia en el detallado “Plan de Acción del Consejo y la Comisión

por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” (Documento 2005/C 198/01, DOCE C 198, de fecha 12 de agosto de 2005).

14. Frente a una ciertamente asentada orientación doctrinal que entiende la codificación como el mejor de los caminos para conseguir la integración europea, al estimar que no se puede avanzar en tal proceso solamente a través de Directivas o de Reglamentos, y que la mejor manera de satisfacer las necesidades del mercado único europeo es conseguir que exista un Código único que regule las relaciones que en el mismo se desenvuelven, la realidad normativa y el impulso político institucional en el seno de las instituciones de la UE muestra una realidad y unos proyectos futuros mucho más modestos.

Se sigue cuestionando en foros académicos si es verdaderamente posible alcanzar una unificación del mercado en Europa, como paso previo a la unión política, si las reglas jurídicas a las que deben someterse los operadores no son también las mismas, y si es necesario buscar una solución a la diversidad de legislaciones de los Estados miembros de la Unión, teniendo en cuenta que ni siquiera un sistema unificado de normas de conflicto es suficiente para lograr ese objetivo de unidad del mercado.

El clásico argumento sustentado en el factor de seguridad jurídica reivindica igualmente como deseable la plena unificación jurídica en Europa, al implicar además una reducción de los costes de transacción. Sin duda estas orientaciones pueden defenderse en el terreno del Derecho contractual, y en general en el Derecho de obligaciones, en cuanto ámbitos clave para conseguir el mercado único.

Posteriormente reflexionaremos sobre las alternativas metodológicas para afrontar este reto unificador²¹ (en cuanto a las

²¹ Sobre el particular, vid. FERNANDEZ ROZAS, J.C., “Alternativa Conflictual o material en la búsqueda de un Derecho Contractual Europeo más coherente”, *La Ley*, nº6199, 28 de febrero de 2005.

técnicas normativas aplicables es interesante analizar la Comunicación conjunta del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión, fruto de un Acuerdo institucional, sobre el sugerente deseo de “Legislar mejor” (Doc. 2003/C 321/01, DOCE C 321, de fecha 31 de diciembre de 2003, donde expresamente se propone recurrir a métodos de regulación alternativos) pero cabe avanzar que parece más deseable un desarrollo de mecanismos normativos de *soft law*, es decir, Derecho no imperativo que logre materializar esa uniformización jurídica a través del poder de persuasión derivado de su autoridad científica, en cuanto guía para el operador jurídico, en línea con la orientación seguida a través de los Principios de los contratos comerciales internacionales elaborados por Unidroit (1994), o los Principios de Derecho contractual europeo elaborados por la *Comisión Lando* (Comisión sobre Derecho contractual europeo, presidida por el profesor danés Ole LANDO).

Todo este debate está provocando una sugerente y deseable consecuencia, concretada en la ingente actividad comparativista, a través de múltiples y diferentes estudios de Derecho comparado en ámbitos específicos de Derecho de obligaciones y contratos, como los desarrollados por el grupo de Christian Von Bar, o el grupo de Tilburg, o el Grupo de estudios sobre un Código Civil europeo, como continuador de la Comisión Lando, liderado por el propio O. Lando, Alpa, Drobnig, Goode, Hartkamp y Von Bar; por último, cabe citar, sin afán de exhaustividad, al grupo de Pavía, que también ha publicado un proyecto preliminar de un Código Europeo de contratos.

15. Las Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 y de 6 de mayo de 1994 plantearon por primera vez (al aludir a la solicitud de que se diera comienzo a los trabajos indispensables para la elaboración de un Código Europeo común de Derecho privado), desde un punto de vista institucional, la elaboración de un *Código Europeo de Derecho privado*.

Posteriormente, el 15 de noviembre de 2001 el propio Parlamento Europeo aprobó la tercera Resolución relativa al

procedimiento de armonización del Derecho privado de los Estados miembros, y desde la vertiente de las instituciones europeas, la clave se sitúa en las conclusiones de la Cumbre de Jefes de Estados y de Gobierno en primavera de 1999, y la reunión de ministros de Justicia e Interior en Tampere, en otoño de 1999, celebrada a instancias de la Comisión Europea: la conclusión 39 de la Cumbre aludía a la necesidad de un estudio global sobre la necesidad de aproximar las legislaciones materiales de los Estados miembros en materia civil, para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles.

Esta Resolución subrayó en su apartado 9º que la Comunicación de la Comisión se limita al Derecho contractual (a pesar de que el mandato del Consejo en Tampere ofrecía un marco más amplio), y cuestiona que no se aborden cuestiones aspectos vinculados al Derecho de familia. La Resolución del Parlamento omite (a diferencia de la resolución de 26 de mayo de 1989) calificar como “código” el instrumento que deba utilizarse para conseguir la armonización, optando por la viabilidad de Reglamentos²².

En realidad, dicha Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001 sobre armonización de Derecho civil y mercantil de los Estados miembros constituyó a su vez una respuesta a la Comunicación de la Comisión sobre Derecho contractual europeo, exigiendo la elaboración y adopción de un *corpus* de reglas sobre Derecho de los contratos de la UE, en varias etapas, a partir de 2010, y las cuestiones claves a delimitar pasan por la propia fundamentación jurídica de la competencia de la UE para proceder a una europeización del derecho contractual, el ámbito material de Derecho comparado, la metodología a emplear y la terminología a utilizar para una hipotética uniformización del Derecho de los contratos en Europa.

²² C.VON BAR, “Le Groupe d’ études sur un Code Civil Européen”, *RIDC*, 2001-1, pp.127-141, realiza una acertada recapitulación de lo pasos dados hasta el momento en ese proceso.

El paso siguiente en este *iter* de propuestas hacia una armonización normativa fue la publicación el 13 de septiembre de 2001 de una *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo*, con la intención de ampliar el debate sobre el Derecho contractual europeo entre las instituciones políticas de la Unión y los consumidores, académicos, empresarios y profesionales de la justicia.

La citada Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo planteó dos grandes cuestiones: en qué medida la disparidad de ordenamientos en el seno de la UE puede plantear problemas en el proceso de creación de un mercado único, y en caso afirmativo, cuáles, y en segundo lugar cuál es la política a seguir en materia de armonización normativa en este sector del Derecho privado.

La Comunicación propuso cuatro grandes opciones, no excluyentes y que admiten combinaciones entre ellas, o su ampliación futura, sin carácter exhaustivo: por un lado, abandonar al mercado la tarea de aproximación de legislaciones, generando una competencia entre ordenamientos jurídicos en la búsqueda de *cuotas* de mercado; en segundo lugar, redactar unos principios comunes a todas las legislaciones, no vinculantes; en tercer lugar, mejorar la calidad de la legislación existente, y por último, promulgar una nueva legislación Comunitaria, que cubra exhaustivamente todos los ámbitos²³.

Otro eslabón de esta cadena de propuestas viene integrado por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al consejo, relativa al logro de *Un Derecho contractual Europeo más coherente. Plan de Acción (Doc. 2003/C63/01, DOCE de*

²³ Vid. H.J.SONNENBERGER, “L’harmonisation ou l’uniformisation européenne du droit des contrats sont-elle nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles? – Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la Résolution du parlement européen du 15 novembre 2001”, *RCDIPR*, n°91, 2002-3, pp.405-434.

15 de marzo de 2003), mediante la cual la Comisión propuso una serie de medidas, presentó sus conclusiones respecto al proceso de consulta y debate iniciado y sugirió una serie de pautas metodológicas que debían orientar la elaboración de ese marco contractual europeo.

Cabe recordar que en el seno del Consejo Europeo celebrado en Laeken, el 14 y 15 de diciembre de 2001, se planteó ya si tal necesidad de acercar legislaciones no debería dar lugar a un acuerdo sobre la ampliación de la competencia de la UE para legislar en el ámbito del Derecho Privado, así como el cauce o instrumento normativo más idóneo para alcanzar tal objetivo.

En particular, el principio de subsidiariedad opera como guía para determinar cómo deben ejercerse los poderes de la UE y revela la tensión entre la disposición de los Estados miembros a transferir nuevas competencias a la Comunidad y por otro su preocupación ante el hecho de que la Comunidad pueda utilizarlas en detrimento de las preferencias de los Estados individuales. Toda acción normativa Comunitaria debe producir beneficios claros respecto a las acciones legislativas a nivel nacional, y la proporcionalidad exige que las medidas adoptadas por las instituciones Comunitarias no excedan los límites de lo que es apropiado y necesario para alcanzar los objetivos legítimos de la legislación en cuestión, y su actuación se estructura en torno a premisas o parámetros de análisis como el de eficacia comparativa, el de suficiencia y el de su dimensión o alcance.

Posteriormente, la publicación el 11 de julio de 2001 de una *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo*, tuvo como objetivo ampliar el debate sobre el Derecho contractual europeo entre las instituciones políticas de la Unión y los operadores jurídicos. Así, y en el denominado *Libro Verde del Derecho Contractual Europeo (COM-2001 398 final)*, la Comisión plantea las líneas generales de diversas opciones sobre la futura

actuación Comunitaria en el campo del Derecho de los contratos²⁴.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión de 15 de marzo de 2003 por la que se establece un Plan de acción de cara al logro de un *Derecho contractual europeo más coherente* incluyó medidas orientadas a aumentar la coherencia del acervo comunitario en este ámbito del Derecho contractual, a promover la elaboración de cláusulas contractuales de carácter general a nivel Comunitario y a analizar, junto a enfoques o soluciones sectoriales, la posibilidad de elaboración de un instrumento facultativo. La base de todo ese plan de acción radica en la combinación de medidas reglamentarias y no reglamentarias dirigidas a superar los obstáculos y factores disuasorios de las transacciones transfronterizas derivadas de las divergencias de los Derechos contractuales nacionales o de la complejidad jurídica de dichas divergencias.

Y el ciclo se cierra, por el momento, con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de fecha 11 de octubre de 2004, con clara vocación prospectiva, al denominarse “Derecho contractual europeo y revisión del acervo:

²⁴ Sobre el particular, vid. el trabajo de C.VON BAR, O.LANDO, S.SWANN, “Communication on European Contract Law: joint response of the Commission on European Contract law and the study group on a European Civil code”, *Europ.Rev.of Priv.Law*, 2002-2, pp.183-248, que incorpora la respuesta común de ambos grupos de estudio a la Comunicación de la Comisión, y expone las dificultades a que se exponen las empresas y los operadores, y los consumidores en la verificación del derecho privado extranjero y las ramificaciones económicas de la diversidad o pluralidad legislativa para el mercado interno de la UE. El estudio realizado preconiza la elaboración de principios de Derecho patrimonial Europeo, como premisa para una legislación futura, y considera que la mejora de técnica y de calidad del Derecho comunitario es interesante, pero no suficiente para atender a los retos que plantean. La propuesta concluye con un plan por etapas hacia una armonización de los ámbitos troncales del derecho privado, articulado a través de unas medidas orientadas hacia la promoción de un texto no vinculante bajo la forma de *Restatement of European Patrimonial Law*, para posteriormente, tras un estudio de Derecho comparado, dar efecto o materializar el *Restatement* como Derecho dispositivo, a disposición de la autonomía de la voluntad.

perspectivas para el futuro”. Y el escenario queda circunscrito a tres grandes proyectos, que quedan lejos, sin duda, del proyecto originario de elaboración de un Código Europeo de contratos: por un lado, marcar pautas para la elaboración del “Marco común de Referencia (MCR)” para mejorar la coherencia del acervo actual y futuro, junto a planes específicos en materia de política de protección de consumidores.

En segundo lugar, describe las actividades previstas para promover las cláusulas contractuales tipo de ámbito Comunitario, y por último continuar la reflexión sobre la oportunidad de adoptar un instrumento facultativo.

Y la relativa “modestia” de los objetivos propuestos permite apreciar que pare descartada definitivamente la idea o proyecto globalmente unificador del derecho material de Obligaciones y contratos en el seno de la UE. El pretendido *ius commune europeum* queda de esta forma delimitado en cuanto a su extensión, en clave sectorial o fragmentada, como de hecho se ha venido haciendo, en sectores como el bancario, el bursátil, el derecho societario, el de propiedad industrial, protección de consumidores o el Derecho procesal, entre otros.

Este es el camino a seguir: avanzar a través de de desarrollos sectoriales, siendo consciente de las dificultades que plantea marcar unos objetivos de “máximo” en relación a la armonización material, y deberá seguirse con cautela cada paso normativo orientado en esta dirección.

Juan Jose Alvarez Rubio