

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. II. El art. 65 TCE y el Derecho internacional privado de la Comunidad Europea. III. Caracteres de las normas de Derecho internacional privado comunitario. IV. Clases de normas de DIPr. de producción comunitaria. V. La construcción del Derecho internacional privado de la Comunidad Europea. 1. La tesis de la "conexión comunitaria". 2. Competencia judicial internacional. 3. Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales. A) Derecho aplicable y "teoría de la conexión comunitaria". B) Índices de aplicación espaciales del Derecho privado comunitario. C) El Derecho privado estatal armonizado aplicable. 4. Eficacia extraterritorial de decisiones.

I. INTRODUCCIÓN.

1. La cuestión de la existencia de un Derecho internacional privado (DIPr.) propio de la Comunidad Europea ha sido y es objeto de arduas polémicas doctrinales¹. Durante muchos años, la mayor parte de la doctrina sostuvo que la Comunidad Europea carecía de un DIPr. propio y se limitaba a unificar o armonizar algunas normas de DIPr. de los Estados miembros con el fin de ayudar a un correcto funcionamiento del "mercado interior"². Pero esta perspectiva, hoy día, no es defendible. Un

¹ Vid. en general, *Droit international et droit communautaire, (Actes du colloque, París, 5-6 abril 1990), París, 1991*; M.R. SAULLE, *Diritto comunitario e diritto internazionale privato*, Nápoles, Gianini, 1983; G. BADIALI, "Le droit international privé des Communautés européennes", *RCADI*, 1985, vol.191, pp. 9-182; T. BALLARINO, "La CEE e il diritto internazional privato", *Diritto comunitario e degli scambi internazionale*, 1982, pp. 1-13; A.V.M. Struycken, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *RCADI*, 1992, vol.232, pp. 257-383; E. JAYME, *Ein internationale Privatrecht für Europa*, Heidelberg, Decker and Müller, 1991; D. LASOK / P.A. STONE, *Conflict of Laws in the European Community*, Abingdon, Oxon, 1987. In the Spanish doctrine, vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Cuestiones de DIPr. en las Comunidades Europeas", *I Symposium sobre España y las Comunidades Europeas*, Univ. Valladolid, 1983, pp. 111-131; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "DIPr. y Dcho comunitario", *Revista de Instituciones Europeas*, 1990, v.17, pp. 785-826.

² Vid. *ad ex.* F.K. JUENGER, "Trends in European Conflicts Law", *Cornell Law Review*, 1975, vol.60, pp. 985-998; U. DROBNIG, "Conflict of Laws and the European Economic Community", *AJCL*,

recorrido histórico demuestra el estado actual de las cosas y la existencia real, en los primeros años de este siglo XXI, de un auténtico DIPr. comunitario.

2. En una primera fase, -que transcurre desde la fundación de la CEE hasta finales de los años sesenta del siglo XX-, el Derecho comunitario limitó su acción al Derecho público de la economía: eliminaba discriminaciones legales contra sujetos nacionales de Estados comunitarios que deseaban emprender o ejercer actividades económicas en otros Estados comunitarios. Sólo excepcionalmente se ocupaba del régimen de las relaciones de Derecho privado, relaciones entre particulares, como se apreciaba en el Derecho comunitario antitrust.

3. Una segunda fase toma nota del hecho de que el alejamiento del Derecho comunitario respecto del Derecho privado producía efectos negativos para la Europa de los negocios y para el buen funcionamiento del Mercado Interior. Por ello, surgieron tres iniciativas de acercamiento del Derecho Comunitario al Derecho Privado (H. Koch)³.

4. 1º) Era preciso establecer un régimen de libre circulación de decisiones judiciales, -fundamentalmente sentencias de condena-, entre los Estados miembros. Sólo así, la Justicia impartida en un país sería efectiva en todo el territorio de la Comunidad Europea. Para ello, era preciso también unificar las reglas de competencia judicial internacional de los Estados miembros en las materias patrimoniales. Pues bien: el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 cumplió con creces dicho doble objetivo.

5. 2º) Era necesario construir, en relación con los contratos internacionales, un sistema que fijara la Ley aplicable a dichos contratos internacionales con independencia del país comunitario cuyos tribunales conocieran del asunto. Se evitaba, así, que la Ley aplicable al contrato internacional fuera diferente según el país comunitario ante cuyos tribunales se planteara el litigio. Se eliminaba el denominado Forum Shopping. El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales cumplió con dicho objetivo.

1966-67, vol.15, pp. 204-229; Id., "L'apport du droit communautaire au droit international privé", *Ca-hiers droit européen*, 1970, pp. 526--543; Id., "Unification of National Law and the Uniformisation of the Rules of Private International Law", *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruselas, Larcier, 1981, pp. 1-12; K. LIPSTEIN (ED.), *Harmonisation of Private International Law in the EEC*, Londres, University of London, 1978; A. MARAZZI, "Diritto internazionale privato e Comunità Europea", *Il Diritto dell'Economia*, 1962, vol.8, pp. 791-800; U. VILLANI, "L'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato", *Rivista di diritto europeo*, 1981, pp. 373-393; A.L. DIAMOND, "Conflict of Laws in the EEC", *Current Legal Problems*, 1979, pp. 155-177; F. RIGAUX, "Droit international privé et droit communautaire", en *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 341-354.

³ H. KOCH, "Private International Law: A 'Soft' Alternative to the Harmonisation of Private Law?", *European Review of Private Law*, 1995, pp. 329-342.

6. 3º) El hecho de que cada país contara con sus propias normas de Derecho Privado incrementaba los costes para las empresas que desarrollaban actividades comerciales en varios países comunitarios. Se comienza a construir una armonización del Derecho civil y mercantil a base, sobre todo, de Directivas que armonizaban el Derecho privado de los diferentes Estados comunitarios en materias tan dispares como el contrato de agencia, las cláusulas abusivas de los contratos con consumidores, los contratos de adquisición de Time-Sharing, la responsabilidad derivada de los daños causados por los productos, etc.⁴

7. Una tercera fase toma cuerpo en el actual art. 65 TCE, en la redacción dada al mismo por el Tratado de Amsterdam de 2 octubre 1997, en vigor el 1 mayo 1999. En esta tercera fase, la Comunidad Europea toma conciencia de la necesidad de construir un "DIPr. propio de la Comunidad Europea", lo que merece un examen separado⁵.

II. EL ART. 65 TCE Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA.

7. El actual art. 65 TCE atribuye a las instituciones comunitarias la competencia para la elaboración de normas relativas a la cooperación judicial en materia civil, entre las que se incluyen: 1º) Las que tienen por objetivo mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles; 2º) Las que persiguen "fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción"; 3º) Las que tienden a 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.

⁴ B.A. WORTLEY, "Harmonisation of Law in the European Economic Community", *Mélanges R.D.Kollewijn - J.Offerhaus, Leiden, Sijthoff*, 1962, pp. 529-536

⁵ Vid. "Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil" (DOCE C12 de 15 enero 2001). Vid. J. BASEDOW, "The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam", *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; J. BASEDOW, "European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam", in P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardley, New York, 2001, pp. 175-192; Ch. Kohler, "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, "El art.65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?", *AEDIP*, vol.I, 2001, pp. 89-115; F. Pocar, "La comunitarizzazione del DIPrivate: una *European conflict of laws revolution*", *RDIPP*, 2000, pp. 873-884; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "DIPr y Tratado de Amsterdam", *REDI*, vol. LI, 1999-II, p. 383 ss.; P. DE MIGUEL ASENSIO, "El Tratado de Amsterdam y el DIPr.", *La Ley Unión Europea*, 30 marzo 1998, pp. 1-3.

8. Lo más relevante del precepto es que, gracias al actual art. 65 TCE, estas normas de DIPr. pueden ser elaboradas por las instituciones comunitarias: es la comunitarización del DIPr., fenómeno estudiado por numerosa doctrina (F. Pocar, Th.M. de Boer, H. Gaudemet-Tallon, J. Basedow, K. Boele-Woelki, M. Helmsberg, H.U. Jessurun d'Oliveira, S. Knöfel, Ch. Kohler, S. Leible / A. Staudinger, E. Pérez Vera, K. Siehr, etc.)⁶. Sobre el fenómeno de la comunitarización del DIPr. cabe subrayar varios datos.

9. Primero. Extensión de la comunitarización del DIPr. Indica F. Pocar que para afrontar la cuestión debe distinguirse entre:

a) "Competencia interna de la Comunidad Europea". Ésta afecta a la formulación de normas que regulan el "espacio comunitario de libertad, seguridad y justicia", esto es, las llamadas "relaciones intracomunitarias". Pues bien, en relación con esta "competencia interna de la Comunidad Europea", la materia que puede verse "comunitarizada" es el sistema entero DIPr. en sus tres sectores: competencia judicial internacional, Derecho aplicable y validez extraterritorial de decisiones, y en relación tanto a cuestiones patrimoniales, como personales y familiares. El DIPr. pasaría así, a ser materia de "competencia compartida" entre la Comunidad Europea y los Estados miembros, de modo que cuando la Comunidad regulase un aspecto concreto de DIPr., los Estados perderían "competencias legislativas" en relación a

⁶ F. POCAR, "La comunitarizzazione del DIPrivate: una *European conflict of laws revolution*", *RDIPP*, 2000, pp. 873-884; TH.M. DE BOER, "Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century", in P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardsley, New York, 2001, pp. 193-214; H. GAUDEMET-TALLON, "Quel Droit International Privé pour l'Union Européenne?", in P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardsley, New York, 2001, pp. 319-338; J. Basedow, "The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam", *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; Id., "European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam", en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 175-192; K. BOELE-WOELKI, "Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe", *Liber Amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 61-77; P. DE MIGUEL ASENSIO, "El Tratado de Amsterdam y el DIPr.", *La Ley UE*, 30 marzo 1998, pp. 1-3; M. HELMSBERG, "Der Einfluß des EG-Rechts auf das IPR", *Wirtschafts-rechtliche Blätter*, 1997, 3, pp. 89-96, 1997, 4, pp. 137-147; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "The EU and a metamorphosis of Private International Law", *Reform and Development of Private International Law. Essays in honour of Sir P. North*, Oxford UP, 2002, pp. 111-136; S. KNÖFEL, "EC Legislation on Conflict of Laws: Interactions and incompatibilities between Conflict Rules", *ICLQ*, 1998, pp. 439-445; CH. KOHLER, "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, "El art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?", *AEDIP*, vol.I, 2001, pp. 89115; E. PÉREZ VERA, "El DIPr. y la UE", *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEP-DIRI, BOE, Un.Cantabria, Madrid, 2003, pp. 173-188; K. SIEHR, "European Private International Law and Non-European Countries", *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 289-300.

la materia regulada por instrumentos jurídicos comunitarios. Así pues, si todas las materias del DIPr. pueden verse afectadas por esta “comunitarización”, se produce el llamado efecto “trasvase comunitario”: en buena medida, el DIPr. está pasando de ser elaborado por los legisladores nacionales, a ser “fabricado” por instituciones comunitarias. No obstante, la “comunitarización del DIPr.” debe llevarse a cabo con pleno respeto a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

b) “Competencia externa de la Comunidad Europea”, que se concreta en la competencia para concluir acuerdos “con terceros países”. La existencia de competencia legislativa por parte de la Comunidad Europea en relación este “aspecto externo” es muy discutida. Algunos autores niegan que la Comunidad Europea tenga competencias legislativas en relación a este “aspecto externo”, porque los “intereses de la Comunidad Europea” no se ven afectados. Otros autores afirman, por el contrario, que tales intereses pueden verse afectados, por lo que la Comunidad Europea puede atribuirse dicha “competencia legislativa”. Una tesis intermedia, defendida por F. Pocar, entiende que cuando existe competencia de la Comunidad Europea en el “aspecto interno”, debe existir también en el “aspecto externo”.

En suma, como ha afirmado E. Pérez Vera, cabe decir que no se han visto cumplidos los augurios de algún autor español que vio en el nuevo art. 65 TCE una disposición que suponía un “avance muy limitado” que no suponía un “cambio radical de las perspectivas de europeización del DIPr.”. Los hechos han venido a confirmar que el DIPr. sí ha experimentado un cambio radical: se ha producido, nada menos, que la comunitarización del DIPr., como ha subrayado la doctrina de modo unánime. Y como destaca de nuevo E. Pérez Vera, lo que se aprecia es que “la producción del DIPr. comunitario desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam puede calificarse de espectacular tanto en cantidad como en calidad”⁷.

10. Segundo. Protagonismo del Reglamento comunitario. La vía preferida para llevar a cabo la comunitarización del DIPr. está siendo el Reglamento comunitario, como ya anticipó sagazmente hace años I.E. Schwartz⁸. Ello se demuestra en el amplio catálogo de Reglamentos comunitarios hoy en vigor y que han sido elaborados con base en el art. 65 TCE: Reglamento 1346/2000 de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia, Reglamento 1348/2000 de 29 mayo 2000 sobre a la notificación de documentos en materia civil o mercantil, Reglamento 1347/2000 de 29 mayo 2000 en materia matrimonial, -ya sustituido por el Reglamento 2001/2003 de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución

⁷ E. PÉREZ VERA, “El DIPr. y la UE”, *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Un.Cantabria, Madrid, 2003, pp. 173-188.

⁸ I.E. SCHWARTZ, “Voies d'uniformisation du droit de la Communauté européenne: reglements de la Communauté ou conventions entre Etats membres”, *JDI Clunet*, 1978, vol.105, pp. 751-804.

de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOUE L 338 de 23 diciembre 2003)-, Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y Reglamento 1206/2001 de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

11. La utilización preferente del Reglamento comunitario comporta indudables ventajas, por varios motivos:

a) El Reglamento unifica plenamente las normas de DIPr. de los Estados miembros, y supone el abandono de la idea de una mera armonización de legislaciones nacionales. Ello suprime completamente el problema de la “diversidad de legislaciones nacionales de DIPr.”

b) El Reglamento comunitario constituye un “cuerpo legal orgánico” que evita los agudos problemas de Derecho de los Tratados tales como las reservas, denuncias, ratificaciones, etc. Estos problemas afectan, por ejemplo, al Convenio de Roma de 1980 y al Convenio de Bruselas de 1968 y hacen difícil, complicado e inestable el estado jurídico del DIPr. comunitario.

c) El Reglamento potencia la seguridad jurídica internacional, permitiendo a los particulares invocar directamente las normas contenidas en tal Reglamento y obligando a los jueces estatales a aplicarlo de oficio.

d) El Reglamento puede ser interpretado directamente por el TJCE a través del “recurso prejudicial de interpretación” (arts. 234 y 68 TCE), lo que supone grandes ventajas. Piénsese en la lamentable, triste y penosa situación del Convenio de Roma de 19 junio 1980, convenio que, aunque entró en vigor en abril 1991, todavía en febrero 2004 seguía sin poder ser interpretado vinculantemente por el TJCE porque los Protocolos de interpretación de dicho Convenio, firmados en 1988, nunca han entrado en vigor.

12. Tercero. Carencias técnicas del art. 65 TCE. El proceso de “comunitarización del DIPr.” no es, sin embargo, un camino de rosas. Así, Ch. Kohler ha señalado que el art. 65 TCE presenta diversos defectos de envergadura⁹: a) La elaboración de normas de DIPr. se prevé sólo “en la medida en que sea necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”; b) La atribución de competencia a las autoridades comunitarias para elaborar normas de DIPr. ya estaba prevista, en gran parte, en el antiguo art. 100 TCE; c) La iniciativa para la elaboración de estas normas está sujeta a un proceso semi-intergubernamental (art. 67 TCE), que reduce las posibili-

⁹ CH. KOHLER, "Interrogations...", 1999, pp. 1-30.

dades de acción de la Comisión europea; d) El recurso prejudicial al TJCE, -que permite una interpretación uniforme de las normas que se adopten-, se prevé en términos muy estrictos, pues sólo cabe formularlo por parte de instancias jurisdiccionales que dictan actos no susceptibles de ulterior recurso; e) Las normas elaboradas con base en el art. 65 TCE pueden no ser aplicables para el Reino Unido e Irlanda y no lo son para Dinamarca, -a tenor de los Protocolos respectivos que se prevén al efecto en el Tratado de Amsterdam-; f) Sigue abierta la vía del art. 293 TCE (antiguo art. 220 TCE), precepto que permite adoptar normas de DIPr. a través de Convenios internacionales, por parte de los Estados miembros; g) Un DIPr. comunitario elaborado a golpe de Reglamentos es un DIPr. elaborado sin control parlamentario nacional y, por tanto, poco democrático, ya que los Reglamentos no necesitan una previa ratificación controlada por los parlamentos de los Estados miembros (C. Brière¹⁰). Una vez elaborados, tales Reglamentos se “imponen” a los Estados comunitarios; h) Los Reglamentos elaborados sobre la base del art. 65 TCE han planteado el problema de la competencia exclusiva o no exclusiva sobre la elaboración del DIPr.: ¿es, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, competencia exclusiva de la Comunidad Europea, la elaboración de “normas de DIPr.”? Para responder a la cuestión, varios datos son relevantes. Primero: como es sabido, la materia de DIPr. que se regula mediante un Reglamento comunitario no puede ya verse afectada por una regulación posterior que se contenga en normas de producción interna de los Estados miembros, debido al principio de primacía comunitario que acompaña a los Reglamentos comunitarios. Segundo: los Reglamentos aludidos suelen “impedir” la celebración de convenios internacionales entre los Estados miembros y terceros Estados en las “materias reguladas por tales Reglamentos”. Tercero: a pesar de la opinión contraria y errónea de ciertos autores, lo cierto es que lo anterior no ha impedido que los Estados miembros sigan celebrando convenios internacionales con terceros Estados en materias de DIPr. que no afectan a los objetivos comunitarios. Así, por ejemplo, con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y del Reglamento 44/2001, España ha concluido un Convenio bilateral con Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, con fecha 24 septiembre 2001.

13. En esta tercera fase de “comunitarización del DIPr.”, la Comunidad Europea ha adoptado un “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” (DO C12 de 15 enero 2001), que avanza propuestas para la construcción de un auténtico “DIPr. comunitario”.

¹⁰ C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, París, LGDJ, 2001.

III. CARACTERES DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO.

14. Las normas de DIPr. comunitario presentan los siguientes caracteres.

15. 1º) Principio de primacía. Tales disposiciones gozan de “aplicación preferente” en caso de colisión con normas de producción interna o con normas contenidas en Convenios internacionales: las relaciones entre el DIPr. de producción interna y convencional, y el DIPr. de producción comunitaria son competenciales y no de jerarquía¹¹. El TJCE ha proclamado, incluso, la supremacía de las normas de Derecho comunitario sobre las normas contenidas en las Constituciones estatales. Pero, desde el prisma de la regulación de las relaciones entre particulares, esta afirmación es muy criticable y carece de base sólida, al menos en el Derecho español, en el que la Constitución es una norma jerárquicamente superior a todas las demás normas del ordenamiento. Hace ya años, el Tribunal Constitucional alemán y el italiano no dudaron en proclamar la superioridad de la Constitución alemana e italiana sobre el Derecho comunitario.

16. 2º) Principio de aplicabilidad inmediata. Las disposiciones comunitarias se integran en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, sin necesidad de fórmulas de introducción en tales sistemas -ad ex. no necesitan ser “ratificadas”-.

17. 3º) Principio de aplicabilidad directa (o “efecto directo”). Dicho principio se concreta en “el derecho para cualquier persona de pedir a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias”, según la clásica definición de R. Lecourt, siempre que la disposición invocada se preste, por su misma naturaleza, a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus nacionales. Debe ser una disposición clara y precisa, completa y jurídicamente perfecta, e incondicional, según ha perfilado el TJCE.

IV. CLASES DE NORMAS DE DIPR. DE PRODUCCIÓN COMUNITARIA.

18. Las normas de DIPr. comunitario son de diferentes clases, lo que produce una auténtico “diálogo entre las fuentes” del Derecho comunitario (E. Jayme / Ch. Kohler)¹². Pueden distinguirse las siguientes.

¹¹ Sobre este aspecto, vid. M.J. Lunas Díaz, “El principio de primacía comunitario y el DIPr.”, *Revista de Derecho comunitario Europeo*, 1998, pp. 473-499.

¹² E. JAYME / CH. KOHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 1995 - Der Dialog der Quellen”, *IPRax*, 1995, 6, pp. 343 y ss.; J. PIPKORN, “Les méthodes du rap-prochement des législations a l'intérieur de la CEE”, in P. BOUREL *et al.*, *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruselas, Larcier, 1981, pp. 13-29.

19. 1º) Disposiciones de DIPr. contenidas en el Derecho originario -básicamente TCE-. El TCE contiene, desde el prisma del DIPr., varios tipos de normas:

a) Disposiciones generales que condicionan las soluciones de los ordenamientos de los Estados miembros en ciertas áreas, y por tanto, ciertas soluciones del DIPr. de los Estados miembros. Así, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad recogido en el art. 12 TCE (M. Helmborg, W.H. Roth, S. Sánchez Lorenzo, etc.)¹³, y los principios de libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios y libertad de establecimiento¹⁴. Especial importancia ha tenido la libertad de establecimiento de personas jurídicas, que ha terminado con la “teoría de la sede” (Sitztheorie) en los sistemas de DIPr. de los Estados miembros gracias a la STJCE 9 marzo 1999, *Centros Ltd vs. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*¹⁵.

b) Disposiciones de Derecho de Extranjería y Derecho Administrativo, que proyectan ciertos “condicionantes” sobre las soluciones de DIPr. que puede arbitrar el sistema español (arts. 43, 48, 28, 30, 86 TCE, etc.), pero que son, en todo caso, aspectos ajenos al contenido del DIPr., pues se refieren al “goce de derechos por extranjeros”.

c) Disposiciones que establecen el régimen jurídico de ciertas situaciones privadas internacionales. Estas normas, -escasas en el TCE-, son las que interesan directamente al DIPr. Así, el Derecho de la “defensa de la competencia” (arts. 81-82 TCE).

20. 2º) Disposiciones de DIPr. contenidas en Reglamentos comunitarios (arts. 249-254 TCEE). Son disposiciones con aplicabilidad directa, -normas self-execu-

¹³ M. HELMBERG, "Der Einfluß des EG-Rechts auf das IPR", *Wirtschafts-rechtliche Blätter*, 1997, 3, pp. 89-96, 1997, 4, pp. 137-147; W.H. ROTH, "The influence of Community Law on Private International Law", *RabelsZ.*, 1991, pp. 623-673; INSTITUT UNIVERSITAIRE INTERNATIONAL DE LUXEMBOURG, *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruselas, Larcier, 1981; S. SÁNCHEZ LORENZO, "La incidencia del principio de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1996, pp. 61-82.

¹⁴ En general, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Tendencias de la regulación del comercio en Europa", in *Nueva ordenación del comercio minorista en España*, Madrid, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1996, pp. 255-321; M. FALLON, "Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à F.Rigaux)*, Bruselas, 1993, pp. 187-221; L. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation", *RCDIP*, 1993, pp. 401-424;

¹⁵ CH.V. BAR (ed.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Colonia/Berlín/Bonn/Munich, 1990; P. Behrens (ed.), *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen un europäischen Recht*, 2ª edic., 1997; Id. "Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros Urteil des UGH", *IPrax* 5/99, pp. 323 ss.; Id., "Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenzen im Lichte der Niederlassungsfreiheit im Europäis-

ting-. No precisan desarrollo normativo posterior por parte de los Estados. Su eficacia es tanto "vertical", -relaciones entre el Poder Público y los particulares-, como "horizontal", -relaciones entre particulares-, dependiendo de la norma en concreto. Presentan un carácter general y vinculante para los Estados. Las normas de DIPr. contenidas en Reglamentos comunitarios son también, por el momento, escasas, pero están en claro aumento. El ejemplo más relevante es el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, aunque hay otros supuestos: Reglamento CE 40/94 del Consejo, de 20 diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria. En el futuro aumentará el número de Reglamentos que tratan materias de DIPr., como consecuencia del nuevo art. 65 TCE, introducido por el Tratado de Amsterdam.

21. 3º) Disposiciones de DIPr. contenidas en Directivas comunitarias (arts. 94-95 TCE). Se trata de normas dirigidas a los Estados miembros que contienen los objetivos y resultados a alcanzar por éstos¹⁶. Los Estados deben desarrollar los mandatos de las Directivas en sus normas de producción interna. Sin embargo, como es sabido, las Directivas pueden presentar, en determinados supuestos, una aplicabilidad directa, -son susceptibles de ser invocadas por sus beneficiarios ante el juez nacional-, tal y como ha destacado el TJCE. Así sucederá cuando el Estado no haya desarrollado la Directiva en el plazo fijado, siempre que la Directiva contenga disposiciones claras y precisas, contenga derechos subjetivos para el que la invoca y se refiera a relaciones "verticales", entre el Estado y los individuos.

Las Directivas se emplean frecuentemente con el objetivo de armonizar materias de Derecho civil y mercantil en los Estados miembros, -multipropiedad, protección de los consumidores, desplazamientos temporales de trabajadores, seguros, propie-

chen Binnenmarkt", ZGR 1994, pp. 1-25; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE (Algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la STJCE 9 marzo 1999)", RDM, n.232, abril-junio 1999, pp. 645-686; Id., "La Sentencia del TJCE "Centros": el status quaestionis un año después", Not. UE, 2000; W.F. Ebke, "Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-urteil des EuGH", JZ 1999, pp. 656 ss.; O. SANDROCK, "Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG-Vertrag: Wasser, Öl und Feuer", RIW, 1989, pp. 505-513; Id., "Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen", FS BEITZKE, pp. 669-696; P. V. WIL-MOWSKY, "Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in einem Gemeinsamen Markt", RabelsZ 56 (1992), pp. 521-546.

¹⁶ H. BATIFFOL, "Remarques sur l'opposition des directives aux règles en droit international privé", *Studi in memoria di M.Giuliano*, Padua, 1989, pp. 27-36; N. BOUZA VIDAL, "Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la CEE", *Iniciación al estudio del Derecho comunitario europeo*, Madrid, CGPJ, 1984, pp. 155-181; M.V. CUARTERO RUBIO, "Técnicas de unificación del Derecho internacional privado en la CEE", *España y la codificación internacional del DIPr. (III Jornadas de DIPr., San Lorenzo de El Escorial Madrid, 13/14 diciembre 1991)*, pp. 247-256.

dad intelectual, etc.-. Pues bien, tales Directivas suelen incorporar normas de DIPr. que regulan situaciones privadas internacionales, aunque la misión de estas normas no es “armonizar” el DIPr. de los Estados partes, sino asegurar la aplicación del “Derecho material armonizado” a ciertos supuestos internacionales, como se verá infra. La utilización de Directivas está circunscrita a ciertos ámbitos materiales marcados por el TCE. En concreto, el art. 94 TCE se refiere a las “Directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común”.

El método empleado por las Directivas suscita dificultades. Se detectan defectos en el desarrollo de la Directiva por parte de los Estados miembros: copia literal del contenido de la Directiva en la norma interna de desarrollo, retrasos en la adaptación del Derecho nacional, discrepancias sustanciales entre el texto de la Directiva y el texto nacional de desarrollo, dificultades interpretativas, etc.

22. 4º) Los llamados Convenios comunitarios. Esta expresión hace referencia (A. Borrás Rodríguez)¹⁷: a) A los Convenios concluidos por los Estados miembros de la Comunidad Europea y previstos en el art. 293 TCE - ad ex. Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil-; b) A los Convenios celebrados entre Estados comunitarios que, aunque no se hallen previstos en el citado art. 293 TCE, se dirigen a satisfacer objetivos ligados a la Comunidad Europea, -ad ex. Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales-; c) A los llamados “Convenios CPE”, Tratados internacionales gestados en el marco de la cooperación política europea -ad ex. Convenio de 25 mayo 1987 relativo a la supresión de la legalización de documentos en los Estados miembros de las Comunidades Europeas-.

En la medida en que tales Convenios regulan situaciones privadas internacionales, son relevantes para el DIPr. Estos “Convenios comunitarios” gozan de los caracteres básicos del Derecho comunitario. Se han gestado en un “contexto comunitario”, su interpretación suele confiarse al TJCE, y sólo participan en ellos los Estados comunitarios. Son, por tanto, Convenios internacionales pero, a la vez, Derecho Comunitario, -aunque no Derecho comunitario originario-.

¹⁷ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Los convenios complementarios entre los Estados miembros de la CEE”, *Not.CEE*, 1986, n.12, pp. 115-118; M.V. CUARTERO RUBIO, “Técnicas...”, 1991, pp. 247-256; I.F. FLETCHER, *Conflict of Laws and European Community Law. With Special Reference to the Community Conventions on Private International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1982; P. Fois, “I conflitti tra le convenzioni di diritto internazionale privato e l'ordinamento comunitario”, *Studi in memoria di M.Giuliano*, Padova, Cedam, 1989, pp. 435-451.

V. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA.

1. La tesis de la “conexión comunitaria”.

23. Aunque la cuestión de saber si existe un “DIPr. de la Comunidad Europea” es objeto, en la actualidad, de enconadas polémicas doctrinales, puede afirmarse que, hoy día, lenta pero inexorablemente, se está construyendo un DIPr. propio de la Comunidad Europea. En efecto: existe ya una perspectiva de creación de normas comunitarias de “conflicto de jurisdicciones, conflicto de leyes y validez extraterritorial de decisiones”, reflejado en el importante y antes citado “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” (DOCE C12, de 15 enero 2001), que comprende materias tanto de Derecho Patrimonial, como de Derecho de Familia.

24. La elaboración de un DIPr. de la Comunidad Europea se ha construido parcialmente sobre una ya famosa y no menos polémica teoría: la “teoría de la conexión comunitaria”. Afirma esta teoría que el DIPr. comunitario debe distinguir entre las situaciones privadas internacionales suficientemente conectadas con el espacio jurídico comunitario, -las llamadas “situaciones comunitarias”-, y las situaciones privadas internacionales que no afectan al espacio jurídico comunitario -conocidas como “situaciones extracomunitarias”-. Ello comporta varias consecuencias en los tres sectores del DIPr., consecuencias que conviene examinar con cautela y separadamente.

2. Competencia judicial internacional.

25. Siguiendo la “teoría de la conexión comunitaria”, los tribunales de los Estados comunitarios sólo deberían conocer de los litigios que suscitan las “situaciones comunitarias”. Por consiguiente, tales tribunales no deberían conocer de los litigios suscitados por las “situaciones extracomunitarias”.

26. En relación con las “situaciones comunitarias”, las normas comunitarias de competencia judicial internacional indican no sólo que los tribunales de los Estados miembros son competentes para conocer de las mismas, sino los tribunales de qué Estado miembro son competentes para conocer del litigio. Por tanto, en relación con este aspecto, las normas comunitarias siguen fielmente la “teoría de la conexión comunitaria”. Véase un ejemplo: una empresa con sede social en USA demanda por incumplimiento de contrato a ejecutar en España, a una empresa con sede social en Francia. El caso está “conectado” con la Comunidad Europea. Es una “situación comunitaria”. Los tribunales de los Estados comunitarios deben conocer del asunto. Pues bien: el Reglamento 44/2001 indica que la demanda puede ser presentada tanto en España (art. 5.1 R.44/2001), como en Francia (art. 2 R.44/2001). Por tanto, ello garantiza el acceso a la jurisdicción de los particulares y la tutela judicial efec-

tiva: los particulares tienen el derecho subjetivo consistente en que tribunales de Justicia de Estados suficientemente conectados con el caso, resuelvan sus pretensiones jurídicas.

27. En relación con las “situaciones extracomunitarias”, sin embargo, los instrumentos legales comunitarios no siguen fielmente la “teoría de la conexión comunitaria”. En efecto, los instrumentos legales comunitarios que regulan la competencia judicial internacional, adoptan dos enfoques diferentes, pero ninguno de ellos sigue la “teoría de la conexión comunitaria”.

28. Primer enfoque. Algunas normas comunitarias sobre competencia judicial internacional, -ad ex. art. 4 R.44/2001-, señalan que, en el caso de “situaciones extracomunitarias”, corresponde a las normas de competencia judicial internacional de producción interna de cada Estado, indicar si tales situaciones pueden ser conocidas por los tribunales de dicho Estado comunitario. Por tanto, puede suceder que un tribunal de un Estado miembro sea competente en relación a un litigio suscitado por una “situación extracomunitaria”. Ejemplo: una empresa con sede social en Japón demanda por incumplimiento de un contrato que debía ejecutarse en Rusia, a una empresa con sede social en Moscú. Teóricamente es una “situación extracomunitaria”, -el demandado está domiciliado fuera de la UE y también el demandante está domiciliado fuera de la UE-, por lo que ningún tribunal de ningún Estado comunitario debería conocer del asunto. Sin embargo, ello no es así: el art. 4 R.44/2001 indica que en los casos de “situaciones extracomunitarias”, los tribunales españoles pueden declararse competentes si así lo permiten las normas de producción interna españolas sobre competencia judicial internacional. Por ello, visto que el contrato se firmó en España, los tribunales españoles conocerán del asunto (art. 22.3 LOPJ).

29. Segundo enfoque. Otras normas comunitarias sobre competencia judicial internacional, -ad ex. art. 7.1 R.2201/2003-, señalan que, en el caso de no sea competente ningún tribunal de un Estado miembro, la competencia judicial internacional se regulará por las normas de producción interna del Estado en cuestión. Por tanto, puede suceder que un tribunal de un Estado miembro sea competente en relación a un litigio suscitado por una “situación extracomunitaria”. Ejemplo: una mujer canadiense reside habitualmente en Andorra. Su marido norteamericano reside habitualmente en Nueva York. Ambos desean divorciarse. El caso no está “conectado con la Comunidad Europea”. Pero la teoría de la “conexión comunitaria” no es seguida por el citado art. 7.1 R.2201/2003: en efecto, el marido y la mujer pueden, por ejemplo, someterse a los tribunales españoles, visto que tienen una casa de vacaciones en Menorca, y decidir litigar en España. Y los tribunales españoles serán competentes para conocer del divorcio gracias a la sumisión de las partes al efecto, que se contempla como foro de competencia judicial internacional en el art.

22.2 LOPJ, precepto que sigue siendo aplicable gracias a la dicción del art. 7.1 R.2201/2003.

30. El alejamiento de la “teoría de la conexión comunitaria” por parte de las normas comunitarias que regulan la competencia judicial internacional debe ser juzgado con severidad. En efecto: en estos casos, los tribunales de los Estados comunitarios no deberían conocer del litigio. La tutela judicial efectiva no se vería lesionada, porque los particulares deben y pueden litigar en un “Estado no comunitario”, más próximo al litigio. Por tanto, las normas del DIPr. comunitario deberían contener una “regla de no competencia” que impidiese a los tribunales comunitarios conocer de “supuestos alejados de la Comunidad Europea”, y más conectados con terceros países. Pero como ya se ha visto, ello no es así, puesto que en estos litigios extracomunitarios, las normas del DIPr. comunitario no contienen esta mencionada regla de “no competencia”, que sería lo lógica y razonable. Se adopta un enfoque político. En efecto, la cuestión de decidir si los tribunales de un país comunitario son o no competentes se decide con arreglo a las normas de producción interna del Estado cuyos tribunales conozcan del asunto. Tales normas indicarán si dichos tribunales son competentes o no lo son: vid. art. 4 R.44/2001 y art. 7 R.2201/2003.

31. Las consecuencias de la pervivencia de las normas de producción interna en relación con las “situaciones extracomunitarias” son negativas, por varias razones.

Primera: dichas normas pueden contener foros exorbitantes, foros que atribuyen un volumen desmesurado de competencia judicial internacional a los tribunales del Estado.

Segunda: dichas normas pueden contener también foros discriminatorios, que privilegian el acceso a la jurisdicción de los nacionales del Estado comunitario sobre los demás sujetos.

Tercera: tales foros de competencia judicial internacional pueden obligar a conocer a los tribunales de ciertos Estados comunitarios de litigios alejados de la órbita comunitaria (litigios extracomunitarios). Es una solución sin sentido lógico, enfrentada al principio de proximidad suficiente que preside la construcción de todo sistema coherente de competencia judicial internacional. En otras palabras: deben conocer los tribunales de los países conectados con el caso (Minimum Contact Test), y no otros tribunales de países no suficientemente conectados con el supuesto. Ello daña la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24 de la Constitución Española.

Cuarta: es una solución política porque la Comunidad Europea no ha querido herir la sensibilidad de los Estados miembros eliminando completamente la aplicación de las normas nacionales de competencia judicial internacional. Pero lo cierto

es que la eliminación de estas normas sería lógica si se quiere establecer un sistema de competencia judicial internacional basado en el principio de tutela judicial efectiva y en el principio de proximidad.

3. Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales.

A) Derecho aplicable y "teoría de la conexión comunitaria".

32. En el plano del Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales, los instrumentos legales comunitarios sí están siguiendo más de cerca la "teoría de la conexión comunitaria". Para analizar la cuestión, hay que subrayar varios datos.

33. Primero. La Comunidad Europea está elaborando un cuerpo de reglas especiales de DIPr. que regula el proceso civil internacional¹⁸: normas de DIPr. material. Ejemplos no faltan: Reglamento CE 1348/2000 de 29 mayo 2000 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil y Reglamento núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

34. Segundo. La Comunidad Europea está elaborando, lenta pero inexorablemente, un cuerpo de normas de Derecho privado que armonizan las legislaciones sustantivas de los Estados miembros en varias materias: derechos de autor, multi-propiedad, contrato de agencia, responsabilidad por daños derivados de los productos, protección del consumidor, protección de datos personales frente al uso de la informática, viajes combinados, etc. Existe, pues, un Derecho privado material comunitario, aunque todavía en status nascendi, incompleto y "en movimiento continuo" (G. Broggin, R. Hayder, P. Lalive)¹⁹. Así las cosas, existe un Derecho privado sustantivo = material de la Comunidad europea. Un conjunto de reglas de Derecho privado, que resuelven las relaciones jurídicas entre particulares en numerosos sectores.

¹⁸ J. DE MIGUEL ZARAGOZA, "Nuevas estrategias de cooperación judicial en el Tratado de la Unión Europea", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm.1708 de 25 mayo 1994, pp. 2824-2837.

¹⁹ G. BROGGINI, "Conflitto di leggi, armonizzazione e unificazione nel diritto europeo delle obbligazioni e delle imprese", *RDIPP*, 1995, pp. 241-264; R. HAYDER, "New Paths in EC Harmonisation of Law? The Impact of the Single European Act of 1986", *RabelsZ.*, 1989, pp. 622-698; P. LALIVE, "Harmonisation et rapprochement des législations européennes", *L'intégration européenne (Conférences prononcées a l'occasion de la Journée d'étude du 23 février 1963), Mémoires publiés par la Faculté de droit de Geneve*, Ginebra, Librairie de l'Université, 1964, pp. 43-77;

B) Índices de aplicación espaciales del Derecho privado comunitario.

35. Pues bien: el legislador comunitario trata de asegurar que esta normativa material de Derecho privado se aplique en los supuestos “conectados con la Comunidad Europea” (M. Fallon)²⁰.

36. No se trata de elaborar un Derecho privado universal, aplicable a todos los litigios entre particulares, con independencia de sus caracteres y vinculaciones con los diferentes Estados del mundo. Ello sería absurdo, -la Comunidad Europea desea elaborar un Derecho privado comunitario, no universal-, e inconveniente para los particulares, -que podrían ver aplicada una normativa comunitaria a casos no vinculados con la Comunidad Europea, quebrándose la “previsibilidad” del Derecho aplicable.

37. Se trata, por tanto, de elaborar un Derecho privado comunitario. Por tanto, dicho Derecho privado sólo debe aplicarse a las situaciones vinculadas con la Comunidad Europea, de modo que los particulares puedan prever que el Derecho privado comunitario es aplicable a la situación. En otras palabras: el Derecho privado elaborado por la Comunidad Europea se aplica sólo si se aprecia la existencia de una conexión comunitaria (M. Desantes Real)²¹.

38. Esta conexión comunitaria puede venir especificada de diferentes maneras.

39. 1º) Por las mismas normas comunitarias (vinculación comunitaria legal). En estos casos, la normativa comunitaria especifica los casos que presentan vinculación comunitaria, -casos intracomunitarios-, y los casos que no presentan tal vinculación -casos extracomunitarios-. Sólo los primeros serán regulados por el Derecho privado comunitario. Así, véanse tres ejemplos:

a) El art. 9 de la Directiva 94/47/CE sobre Time-Sharing de 26 octubre 1994, indica que dicha Directiva, -que protege al adquirente de Time-Sharing-, se aplica siempre que el inmueble esté situado en el territorio de la Comunidad Europea. La conexión comunitaria es, en este caso, la situación del inmueble en un país comunitario.

b) El art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE de 5 abril 1993 del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, precisa que la protección establecida por la Directiva es aplicable “cuando el contrato mantenga

²⁰M. FALLON, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", *RCADI*, vol.235, 1995, pp. 9-282.

²¹ M. DESANTES REAL, "España ante el proceso de elaboración del DIPr. *intracomunitario*", *España y la codificación internacional del DIPr.* (III Jornadas DIPr.), pp. 203-224.

una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”. La conexión comunitaria es aquí, más difusa: se trata de la vinculación con el territorio de un país comunitario.

c) El art. 7.2 de la Directiva 1999/44/CE de 25 mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, indica que la protección al consumidor es aplicable cuando el contrato “presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros”. La conexión empleada en este caso es la vinculación con el territorio de la Comunidad Europea.

40. 2º) Por la jurisprudencia del TJCE (vinculación comunitaria jurisprudencial). Otras veces la normativa comunitaria armoniza el Derecho de los Estados miembros pero no señala el ámbito de aplicación espacial de la normativa armonizada.

Una primera opción sería pensar que se trata de un Derecho aplicable a todo supuesto, con independencia de sus “vinculaciones espaciales”. Pero esta tesis es errónea, ya que llevaría a construir un Derecho privado universal, no un Derecho privado comunitario, y no puede ser ésa la intención del legislador comunitario.

Una segunda opción es entender que la normativa carece de un indicador espacial de aplicación. Y carece del mismo por un error de previsión del legislador comunitario, que no se planteó el problema. No siempre el legislador comunitario es un buen jurista. Por eso, ante el injustificado silencio de la normativa comunitaria, debido a la impericia del legislador, el TJCE fija cuál es la conexión comunitaria. Se entiende que existen, en la normativa armonizada, “mandatos no escritos de DIPr.” (S. Leible / A. Staudinger) que marcan el ámbito espacial de la normativa unificada²².

Así, la importante STJCE 9 noviembre 2000, as. C-381/98, Ingmar GB Ltd vs. Eaton Leonard Technologies Inc., constató que las normas de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 diciembre 1986 sobre contrato de agencia, unificaban la normativa de los Estados miembros relativas a dicho contrato, pero no contaban con un indicador de su aplicación espacial. Ante el error = olvido del legislador, el TJCE tuvo que poner remedio a la cuestión, para no hacer de la Directiva un Derecho privado universal y para asegurar la aplicación de la misma a los supuestos conectados con la Comunidad Europea. Por ello, el TJCE estableció en la sentencia citada que las normas de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 diciembre 1986 que protegen al agente, se aplican siempre que el agente comercial ejerci-

²² S. Leible / A. Staudinger, "El art.65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?", Anuario Español de Derecho internacional privado, vol.I, 2001, pp. 89-115.

te su actividad en un Estado miembro, con independencia del país de establecimiento del empresario y de la Ley que rija el contrato. La conexión comunitaria quedó fijada por el TCJE: se trata de la prestación de los servicios del agente en el territorio de la Comunidad Europea. Por eso, en el caso objeto de la sentencia citada, el TJCE declaró que la Directiva 86/653/CEE era aplicable a un agente comercial independiente que ejercía su actividad en un Estado miembro, el Reino Unido, por cuenta de una sociedad norteamericana y en virtud de un contrato de agencia sometido al Derecho de California. Resultaron irrelevantes tanto el dato de cuál era la Ley que regulaba el contrato como el país donde radicaba el empresario.

41. El DIPr. de la Comunidad Europea se expresa, necesariamente, en forma de normas de conflicto unilaterales: se trata de decidir, simplemente, si el Derecho Privado Comunitario es o no es de aplicación a un supuesto, si existe o no la conexión comunitaria. Como expresa J. Basedow, se trata de una "new technique of a unilateral delineation of the scope of Community Acts"²³. La norma no crea ninguna laguna legal. Es lo mismo que ocurre con el Derecho comunitario antitrust (arts. 81-82 TCE): se trata de decidir si el Derecho privado material comunitario se aplica o no a la cuestión de que se trate, no de precisar la Ley aplicable a la situación privada internacional²⁴.

C) *El "Derecho armonizado" aplicable.*

42. Una vez establecido que el supuesto presenta conexión comunitaria, -y que por tanto va a ser regulado por el Derecho privado comunitario-, se plantea un nuevo problema. ¿Qué Derecho estatal armonizado regulará el litigio con conexión comunitaria? La cuestión es importante por varias razones.

Primera. El Derecho de cada país comunitario desarrolla la misma Directiva. Pero cada país puede desarrollar la Directiva con criterios diferentes, de modo que el Derecho estatal de desarrollo de la Directiva comunitaria puede ser diferente de país a país (P. Legrand, W. van Gerven)²⁵.

²³ J. BASEDOW, "European Conflict...", 2001, pp. 175-192.

²⁴ L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA/A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, 2ª ed. Madrid, 1995, pp. 255-422; B. GOLDMAN, "Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence", *RCADI*, 1969, vol. 128, pp.637-729; G. VAN HECKE, "Le droit anti-trust: aspects comparatifs et internationaux", *RCADI*, 1962, t. 106, pp. 16-356; Id., "L'effet sur le marché comme facteur de rattachement du droit de la concurrence", *Études P. Lalive*, Bale, Francfort sur le Main, 1993, pp. 73-79; L. IDOT, "Quelques pistes pour la résolution des conflits de droits de concurrence en matière de distribution", *DPCI*, 1993, pp. 214-242; Id., "Les conflits de lois en droit de la concurrence", *JDI Clunet*, 1995, pp. 321-341; M.A. RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust*, Zurich, 1991.

²⁵ P. LEGRAND, "European Legal Systems are not Converging", *ICLQ*, vol.45, 1996, pp. 52-81; W. VAN GERVEN, "Bridging the gap between community and national laws: Towards a principle of homogeneity?", *CMLR*, 1995, pp. 679-702.

Segundo. No es lo mismo litigar sobre la base de un Derecho nacional que sobre la base de un Derecho extranjero. En este segundo caso, habrá que probar el Derecho extranjero aplicable, lo que supone un coste normalmente para el demandante de tutela judicial (vid. art. 281.2 LEC 1/2000).

43. Lo más frecuente es que las normas comunitarias sólo se preocupen por establecer la conexión comunitaria. Por tanto, se detienen en ese punto y no precisan qué Ley estatal es aplicable. Por eso se dice que estas normas de DIPr. son normas comunitarias con una conexión indefinida, porque indican que la normativa comunitaria es aplicable, pero no precisan la Ley de qué Estado miembro debe aplicarse.

Como consecuencia de lo anterior, cada Estado comunitario fija, entonces, los criterios de aplicación de la normativa estatal que desarrolla la Directiva. Resultado: las normas de DIPr. de la Comunidad Europea no proceden a unificar el DIPr. de los Estados miembros, que, de hecho, difieren incluso en relación a materias de Derecho privado unificadas por vía de Directiva comunitaria. Por ello, no es raro encontrar casos en los que las normas de conflicto de un país comunitario son diferentes de país a país aunque desarrollen una misma Directiva (K. Boele-Woelki, C. Kessedjian, K. Kreuzer, S. Knöfel)²⁶. En el fondo se ha olvidado la idea de codificar el DIPr. de los Estados miembros, idea antigua y superada por la misma existencia de un DIPr. comunitario propiamente dicho (F. Schokweiler)²⁷.

44. Más escasas son las normas comunitarias que precisan directamente el país comunitario cuya legislación es aplicable. Son normas con conexión comunitaria directa. Un ejemplo es el art. 4 Directiva 95/46/CE de 24 octubre 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. El precepto indica, básicamente, que los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales de desarrollo de la Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando el establecimiento del responsable del fichero esté situado en su territorio.

45. La cuestión estriba ahora en saber si las normas de DIPr. de los Estados miembros que desarrollan la normativa comunitaria deben ser también unilaterales. Aquí, el problema es diferente: si concurre conexión comunitaria, las normas esta-

²⁶ K. BOELE-WOELKI, "Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe", *Private Law in the International Arena, Liber Amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 61-77; K. KREUZER, "Lex com-munis europea de collisione legum: Utopie ou nécessité?", *España y la codificación internacional del DIPr. (III Jornadas de DIPr., El Escorial 13/14 dic. 1991)*, 1993, pp. 225-246; S. Knöfel, "EC Legislation on Conflict of Laws: Interactions and incompatibilities between Conflict Rules", *ICLQ*, 1998, pp. 439-445;

²⁷ F. SCHOKWEILER, "La codification du droit international privé dans la communauté européenne", *E pluribus Unum / Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp. 391-404.

tales deben señalar qué Ley estatal, -de un Estado miembro-, regula la situación. Por lo tanto, lo preferible es que sean bilaterales, para evitar lagunas de regulación y para que los particulares sepan, con anticipación, qué Ley estatal va a regular el litigio.

46. Por desgracia, muchos legisladores estatales se limitan, con torpeza, a “copiar” la norma comunitaria, expresada en forma unilateral. Crean, así, falsas normas de conflicto unilaterales, con los problemas que ello comporta. Un ejemplo aclarará las cosas. Un tribunal español conoce de una demanda por incumplimiento de un contrato de multipropiedad que recae sobre un bien sito en Italia. La conexión comunitaria exigida por la Directiva se cumple: el bien está sito en el territorio de un país comunitario, luego por tanto la protección brindada por la Directiva Time-Sharing es aplicable. ¿Pero qué Ley estatal debe regular el caso, la española o la italiana? Visto que el legislador español ha “copiado” la norma de DIPr. de la Directiva, ha generado una falsa norma de conflicto unilateral, ya que la norma dice que la Ley española se aplicará cuando el bien inmueble esté sito en España (Disposición Adicional Segunda de la Ley 42/1998 de 15 diciembre sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias). Estando sito en Italia, ¿qué Ley se aplicará? No queda más remedio que bilateralizar la norma y aplicar la Ley italiana al supuesto.

4. Eficacia extraterritorial de decisiones.

47. La “teoría de la conexión comunitaria” ha llevado al legislador comunitario a distinguir entre decisiones que afectan al espacio jurídico comunitario y decisiones que no afectan a dicho espacio.

48. Las primeras son las dictadas por autoridades de los Estados miembros. Pues bien: el Derecho comunitario cuenta con poderosos instrumentos para lograr que las decisiones públicas dictadas por las autoridades de los países comunitarios sean efectivas en los demás países comunitarios: Reglamento 44/2001, Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, y Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial, que será sustituido plenamente desde el 1 marzo 2005 por el Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.1347/2000 (DOUE L 338 de 23 diciembre 2003). En el futuro, y en el marco del llamado “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” (DOCE C 12, de 15 enero 2001), es posible que se elaboren más normas comunitarias sobre los efectos de resoluciones dictadas en países miembros.

49. Las segundas son las dictadas por autoridades de terceros Estados. Hasta el presente, el legislador comunitario ha estimado que tales decisiones no inciden en

el espacio jurídico comunitario. Por ello, el Derecho comunitario no regula la eficacia en la Comunidad Europea de decisiones procedentes de terceros países.

50. Pero la división anterior, aunque sea la seguida de lege lata por el legislador comunitario, no convence. Así, autores como J. Basedow²⁸, han sugerido la conveniencia de elaborar normativas comunitarias que contemplen la eficacia en la Comunidad Europea de decisiones dictadas por autoridades de terceros países, ya que tales decisiones pueden afectar a la libre circulación de las personas en la Comunidad Europea. Así pues, el criterio para diferenciar “situaciones comunitarias” de “situaciones extracomunitarias” en el plano de la eficacia extraterritorial de decisiones no puede ser el del “país de origen de la decisión”.

²⁸ En este sentido vid., J. Basedow, "European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam", in P.J. Borchers / J. Zekoll (Eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardsley, New York, 2001, pp. 175-192; K. Siehr, "European Private International Law and Non-European Countries", in P.J. Borchers / J. Zekoll (Eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardsley, New York, 2001, pp. 289-300;

