

**LOS TRATADOS DE AMSTERDAM Y NIZA:  
SU INCIDENCIA EN LA CODIFICACIÓN  
DEL DERECHO INTERREGIONAL DESDE  
LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CIVIL VASCO**

por JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO



# SUMARIO

## I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

## II. LA ESTRUCTURA COMUNITARIA

### 1. **Los parámetros normativos del Derecho Comunitario tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam**

1.1. EL TÍTULO IV DEL TRATADO DE ÁMSTERDAM: PROYECCIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 63-65

1.2. FUNDAMENTO NORMATIVO-COMPETENCIAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO POR PARTE DE LA UE

## III. LA ESTRUCTURA INTERNA

### 1. **La codificación del Derecho Civil Vasco**

### 2. **Respuesta Autonómica a la exigencia de regulación de los conflictos de leyes interlocales**

## IV. LA PROYECCIÓN DE LA DIMENSIÓN COMUNITARIA SOBRE LA ESTRUCTURA INTERNA DEL SISTEMA



## I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1. La *comunitarización* del Derecho Internacional Privado operada a través de las disposiciones contenidas en el Título IV del Tratado de Amsterdam, y el complemento que representa las novedades incorporadas por el Tratado de Niza puede acabar proyectando su incidencia sobre el ámbito material troncal del Derecho interregional. Las reflexiones contenidas en el presente estudio persiguen realizar una especie de prospección jurídica que permita 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. Tal y como ha destacado el Prof. González Campos<sup>1</sup>, el análisis de la diversificación de las reglas o normas de DIPr. en los diversos ordenamientos estatales exige tener presente, en el caso de Estados plurilegislativos, el factor de diversificación que representa la coexistencia de varios ordenamientos internos en vigor, con un ámbito de aplicación determinado, sea territorial o personal, que puede llegar incluso a generar (frente a lo que sucede en el caso del ordenamiento español) la existencia de varios sistemas de DIPr., tal y como se aprecia en Canadá, EEUU o Reino Unido. En sus reflexiones, el Prof. González Campos relativiza el alcance de esa diversificación materializada a través de normas destinadas a resolver esa específica categoría de los conflictos internos, ya que el factor histórico determina la diferente extensión del fenómeno: su alcance difiere de unos Estados a otros, y el concreto y autónomo bloque de constitucionalidad determinará el alcance de cada uno de ellos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Gonzalez Campos, J.D., «Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international Privé. Cours Général», *R.des C.*, t.287, 2002, p. 68.

<sup>2</sup> Gonzalez Campos, J.D., *op. cit.*, p. 87, compara así, por ejemplo, la situación de EEUU, Canadá, España y Reino Unido (ordenamientos jurídicos de base territorial) frente al caso del Líbano y otros Estados de Africa o Asia, de base personal.

Esa relativización se proyecta tanto sobre las soluciones a los conflictos de leyes internos como sobre el propio ámbito material de su extensión: así, en el caso del ordenamiento español, éste se centra en el ámbito del Derecho civil (y en particular, los sectores de familia y sucesiones), mientras que en EEUU o en Canadá la diversidad legislativa es más amplia, atendiendo a los poderes o competencias conferidos a los Estados miembros de la Federación por el texto Constitucional.

2. Teniendo presente la peculiar estructura territorial, normativa y orgánica de la CCAA Vasca<sup>3</sup> y la diversidad jurídica interna que le es propia, es preciso reflexionar sobre la posibilidad de elaborar un auténtico sistema normativo de Derecho Civil Foral Vasco, para lograr combinar las particularidades de cada uno de sus Territorios Históricos con la necesaria extrapolación a todo el País Vasco de ciertas instituciones forales que vertebran el desarrollo futuro del mismo.

Es cierta la reflexión histórica de que todos los Derechos forales se formaron en un mundo de predominio rural, pero ello no ha impedido, por ejemplo a catalanes y aragoneses, elaborar y diseñar amplios cuerpos de leyes que se aplican a todos sus habitantes. Para el logro de tal fin es preciso dotar de contenido social a nuestras instituciones forales, convertir nuestras costumbres y principios en un instrumento útil al servicio de los destinatarios de las normas, mantener una coherencia frente a la trayectoria histórico-normativa, ya superada, e impulsarla hacia el futuro, y difuminar, sin eliminar sus elementos específicos, esos obstáculos que impiden concebir unitariamente unos y otros ordenamientos (el vizcaino, el alavés y el guipuzcoano).

Esa labor legislativa no debe basarse en una mera extensión imperativa del ámbito de tales instituciones forales, sino que ha de lograr fundamentar su aplicabilidad en atención a su propia calidad y sentido común, en cuanto ordenación razonable que opere como la verdadera fuerza persuasiva de nuestro sistema jurídico. No podemos olvidar que el Derecho Foral surge de la propia sociedad civil, conformando la realidad que se le ofrece y transformándola en norma.

Debe lograrse un Derecho Civil Foral Vasco vertebrado mediante unos principios decantados a través de la costumbre y que permitan ensamblar todo el ordenamiento jurídico vasco, y ha de ser un sistema de textura abierta, sin olvidar su impronta histórica, que no responda a meros conceptos de escuela dogmática y que pivote sobre la figura clave de la libertad civil.

Sólo así se logrará la necesaria síntesis cultural y el germen de unos cánones hermeneúticos propios que garanticen la adecuación de nuestras instituciones a los tiempos actuales. El contenido social de la reforma emprendida a través del anteproyecto de ley de Derecho Civil vasco no debe pasar desapercibido, en un contexto caracterizado, por ejemplo, por el traumático cierre de numerosas empresas familiares que integran el verdadero tejido industrial de nuestro país. Conforme a los datos facilitados por el Observatorio Europeo de PYMES, se

---

<sup>3</sup> Entre los numerosos estudios doctrinales realizados sobre tal vertiente cabe citar los trabajos de Fernandez, T.R., *Los Derechos Históricos de los Territorios Forales*, Madrid, 1985, y el realizado por Lojendio I.M.<sup>a</sup>, *La Disposición Adicional Primera de la Constitución Española*, Bilbao, 1988.

prevé que en los próximos tres años cerrarán en Europa un millón y medio de empresas familiares, y se perderán aproximadamente seis millones de empleos, por la escasa preparación del relevo generacional. De hecho, sólo el 15% de estas compañías logra pasar la barrera de la segunda generación, y sólo el 3% consigue llegar a la tercera.

Por ello, desplegar normativamente nuestra particular concepción del patrimonio familiar puede contribuir a aliviar en nuestro ámbito tales negativos augurios. No se trata de plantear soluciones originales. De hecho, existen precedentes que demuestran la existencia de prácticas históricas consistentes en la transmisión de los aperos de pesca o de labranza, o de molinos o de ferrerías (es decir, las verdaderas *industrias* de esa época histórica de gestación de nuestras instituciones forales), con lo cual existe y se aprecia el nexo o conexidad necesario para poder materializar su desarrollo actual.

Una breve reflexión sobre las raíces históricas del Derecho Civil Foral vasco y sobre el debate abierto en el proceso de elaboración de la Ley 3/92 permite además indagar en el sentido inspirador del Derecho Civil Foral que desde siglos rige en el País Vasco. La propia Exposición de motivos de la ley vasca 3/92 destaca la arcaica formulación que caracterizaba al Derecho Civil Foral, y su necesaria actualización, que no debía limitarse a un mero trabajo de recopilación, sino orientarse a acomodar el ordenamiento foral a las técnicas y necesidades de la sociedad actual, para dar forma nueva y adaptar al mundo de hoy el viejo Derecho foral, que en Vizcaya y Alava ha sido básicamente Derecho escrito, y en Guipúzcoa Derecho consuetudinario.

Este necesario y ambicioso proyecto de renovación y desarrollo legislativo del Derecho Civil Vasco permite, atendiendo al proceso de unificación/armonización legislativa impulsado desde la UE, 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. Borrás<sup>4</sup>, al considerar que la modernización del Derecho no implica necesariamente pasar por la unificación, y que la pluralidad de legislaciones internas constituye una riqueza y un patrimonio cultural que debe ser conservado. La modernización normativa no tiene por qué implicar la pérdida automática de las tradiciones e instituciones jurídicas preexistentes, sin que ello signifique renunciar a la modernización necesaria.

En definitiva, ese proceso de modernización no implica un obligado acercamiento hacia modelos normativos supuestamente más avanzados. Es cierto que en el contexto de la UE existe la necesidad de una cierta aproximación entre 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.

---

<sup>4</sup> Borrás, A., «Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International Privé actuel», *R. des C.*, 1994-V, t. 249.

Las reflexiones de la profra. A. Borrás anticipaban ya en su estudio<sup>5</sup> toda una serie de atinadas respuestas al debate abierto ahora, en los últimos meses, en torno al alcance material del 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 fenómeno plurilegislativo, 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. Desde la vertiente del DIPr., la clave en toda reflexión doctrinal ha de ser la interacción entre estructuras, que se mantienen como nivel básico o como parámetro de obligada referencia. El factor protagonista es el incremento del nivel de interacciones, ya que, en particular, la estructura Comunitaria incide sobre la dimensión interna del sistema de DIPr. y sobre la estructura externa-general (el bloque convencional general, ya que tanto el Tratado de Amsterdam como el de Niza trasladan su incidencia al problema general de los Tratados, en su proceso de ratificación, y podrá implicar necesarias revisiones de los Convenios). La citada estructura Comunitaria se muestra así como condicionante o determinante de todo el sistema, como auténtica *estructura motor* que condiciona el sistema estatal de DIPr.

Asistimos así a una verdadera revolución del DIPr. que se traduce en una nueva *planta* de nuestra disciplina, frente a la anterior reforma radical de nuestro sistema que vino de la mano de la masiva incorporación de tratados internacionales en los años 80 y de la incidencia directa de los valores Constitucionales en el sistema de DIPr.; tal y como ha destacado la Profra. A. Borrás<sup>6</sup>, el Tratado de Amsterdam ha supuesto en el ámbito del DIPr. el cambio más importante que se ha producido durante el siglo xx.

El sistema español de DIPr. sigue por tanto configurado en torno a esas tres grandes estructuras, cuyas reglas-base y repercusión en la función del sistema genera una serie de interacciones entre las tres estructuras que vertebran el sistema: la interna, la Comunitaria y la dimensión Internacional general o extracomunitaria. Cada una de ellas integra, en realidad, un subsistema, con normas distintas, principios y caracteres propios, e incidencia en los específicos problemas de aplicación<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> A. Borrás, *op. cit.*, p. 186.

<sup>6</sup> A. Borrás, «Derecho Internacional Privado y Tratado de Amsterdam», *REDI*, vol. LI, 1999-2, p. 383.

<sup>7</sup> Sobre el particular, y la necesidad de agrupar, en atención a sus caracteres específicos, dentro cada sistema estatal, aquellos elementos que integran las diferentes estructuras normativas, para analizar a continuación los problemas particulares derivados de las relaciones entre tales estructuras, *vid.*

El estudio de cada subsistema parte de las que cabe denominar reglas-base de cada estructura, para definir a continuación su ámbito *ratione materiae*, y terminar analizando la interacción existente entre los diferentes subsistemas.

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 Amsterdam, y el 1 de febrero de 2003, del de Niza. Tal y como ha señalado el Prof. J.D. González Campos<sup>8</sup>, cabe hablar de la existencia de dos DIPr., antes y después del mencionado Tratado de Amsterdam.

Desde la vertiente del sistema español de DIPr. estaríamos en presencia de tres grandes bloques normativos: la CE, el Derecho Comunitario y los Convenios internacionales (la codificación internacional). Esta estructuración tripartita introduce un nuevo factor de relatividad en la apreciación del elemento de extranjería, ya que, en el marco del DIPr., el elemento extranjero no va a tener la misma entidad si se vincula a un Estado miembro de la Unión Europea que si se vincula a un tercer Estado, de forma que, dentro del ámbito material que comprende el subsistema Comunitario, las situaciones supraestatales intracomunitarias presentan un grado relativo de homogeneidad, frente a la mayor heterogeneidad de las situaciones que desbordan el marco de la integración Comunitaria.

Toda reflexión teórica sobre este extremo debe tener presente que tras la entrada en vigor de los Tratados de Amsterdam 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 efecto, el elemento normativo clave en la estructura del sistema español de DIPr. queda integrado hoy día por el Derecho Comunitario. La incorporación de España al fenómeno de integración que representa la Unión Europea ha conllevado una mayor complejidad en el entramado normativo de nuestro ordenamiento jurídico, y una alteración de los aspectos básicos del sistema de DIPr., incidiendo directamente en su desarrollo y en la tendencia hacia una disminución de la pluralidad normativa de los Estados miembros, dirigida a alcanzar una armonización o unificación normativa, todavía no lograda en numerosos sectores<sup>9</sup>.

---

J.D. Gonzalez Campos, «Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international Privé. Cours Général», *R.des.C.*, t.287, 2002.

<sup>8</sup> En el Seminario celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid, el 27 de mayo de 1999 sobre el Tratado de Amsterdam y el DIPr., y en su exposición sobre «El nuevo art. 65 del TCE tras el Tratado de Amsterdam y el DIPr. de los Estados miembros de la C.E.».

<sup>9</sup> Tal y como destacaron los coautores de la *Legislación Básica de Derecho Internacional Privado*, los Profs. A. Borrás, N. Bouza, J.D. Gonzalez Campos y M. Virgós, en el prólogo a la Décima Edición de esta fundamental obra de consulta (Madrid, 2000), p. 25, el Tratado de Amsterdam significa una evolución importante en la dimensión comunitaria del DIPr., dotándole de un nuevo marco jurídico cuyas consecuencias en el ámbito del DIPr. abre perspectivas que eran inimaginables en fechas

4. En el marco del proceso de construcción europea cabe cuestionar si realmente la diversidad legislativa constituye un obstáculo para las relaciones transfronterizas<sup>10</sup>: 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 sistemas de transmisión de propiedad o el régimen de garantías reales) frente al ámbito del Derecho civil englobado, entre otros, por el Derecho 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.

Sin embargo, esta reflexión no oculta una realidad ya evidenciada en el desarrollo normativo surgido tras la previsión del título IV del Tratado de Amsterdam: las regulaciones nacionales en esos ámbitos de familia y sucesiones pueden potencialmente incidir sobre algunas de las libertades establecidas en los Tratados, y ello explica que tanto el Parlamento Europeo como varios Comités de la Comisión hayan dedicado reflexiones a la posible extensión del proceso normativo unificador a estos sectores, atendiendo por ejemplo al dato de que en el marco del establecimiento de un mercado interior europeo los derechos de familia de los trabajadores emigrantes inciden en el logro de la libre circulación de trabajadores, o las consecuencias de las diferentes regulaciones del régimen económico matrimonial en la responsabilidad por deudas frente a terceros en el caso de empresarios individuales, o la incidencia de las normas de sucesiones en la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, llegando a recomendar modificaciones del Derecho de sucesiones con el propósito de facilitar la continuidad societaria en la explotación de negocios o industrias.

Otra palpable prueba de la potencial proyección del proceso unificador europeo sobre ambos sectores es el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, denominado *Reglamento Bruselas-II*. Se trata de un hito más en el proceso de reconocimiento de la incidencia que para el logro de los fines de la UE puede tener también el Derecho de familia, como también puede apreciarse en la inclusión de la protección de la familia en la Carta de Derechos fundamentales de la UE, adoptada en Niza en diciembre de 2000 y en el reciente Reglamento *Bruselas-II bis*.

## II. LA ESTRUCTURA COMUNITARIA

1. Toda reflexión teórica sobre este extremo debe tener presente que tras la entrada en vigor de los Tratados de Amsterdam y de Niza la influencia del subsistema Comunitario no se proyecta únicamente *ad intra*, sino que adquiere es-

---

todavía recientes, y estamos asistiendo a los primeros pasos de la «comunitarización» del DIPr., por lo que han de tenerse en cuenta sus efectos de cara al futuro de acuerdo con otras normas de Derecho Comunitario, tanto *ad intra* de la Comunidad Europea como *ad extra*.

<sup>10</sup> En tal sentido, M.<sup>a</sup>A. Parra Lucán, «Apuntes sobre la unificación del Derecho Privado en Europa: ¿Es posible un Código Civil Europeo?, *Ac.civ.*, n.º 36, 30-septiembre a 6-octubre 2002, marginal 1165.

pecial relevancia también en una dimensión *ad extra*, condicionando de forma relevante el sistema autónomo y la política convencional de los Estados integrantes de la UE en aquellas materias que queden comprendidas dentro de las previsiones del art. 65.

Su repercusión resulta apreciable desde la perspectiva del sistema de fuentes, que se ve alterado por el protagonismo de este calificado Derecho institucional, y se proyecta sobre la interpretación y aplicación del bloque normativo autónomo, ya que las situaciones intracomunitarias quedan directamente afectadas por los principios de integración. Por ello, la señalada complejidad adicional que tal fenómeno de integración representa para el sistema español de DIPr. se aprecia en los problemas derivados de eventuales contradicciones entre tal Derecho de origen institucional y el contenido del Derecho de origen autónomo y convencional, así como en la necesidad de delimitar previamente aquellas situaciones que quedan comprendidas en el ámbito del Derecho autónomo y convencional frente a las que se ubican en la órbita del fenómeno Comunitario de integración.

La interacción entre bloques o subsistemas plantea específicos problemas en este ámbito, y deberá permanentemente atenderse a la proyección o dimensión *ad intra* y *ad extra* de ese entramado normativo. El proceso de integración política y económica supraestatal que constituyó el motor y motivación de la UE en sus orígenes genera de forma paralela un progresivo avance en la armonización de las diferentes legislaciones internas de los Estados miembros. Este objetivo de armonización se materializa a través de específicos procedimientos normativos, con especial relevancia para nuestra disciplina<sup>11</sup> y que va ampliando su contenido material. En todo caso, el Derecho comunitario se proyecta así sobre el sistema español de DIPr. al imponer, por un lado, ciertos contenidos (a través del Derecho uniforme elaborado), fijar ciertos límites y parámetros al legislador interno, articulando en definitiva un subsistema de DIPr. intracomunitario con funciones y principios propios.

2. El tradicional ámbito de intervención de este subsistema se ha proyectado, *ratione materiae*, fundamentalmente sobre el Derecho patrimonial, pero tras la entrada en vigor de los Tratados de Amsterdam y de Niza (si bien en un marco evolutivo ya anterior al nuevo Tratado) 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

---

<sup>11</sup> Sobre el particular, A.V.M. Struycken, «Les Conséquences de l'intégration Européenne sur le développement du Droit International Privé», *R.des C.*, 1992-I, t.232, p. 270, subrayaba ya antes del Tratado de Amsterdam la concepción de la UE como «Communauté de Droit», articulándose como «un ordre juridique fort et exigeant. Il transforme profondément le Droit des Etats et la condition des justiciables. Il fait prévaloir sa primauté sur le Droit des Etats membres», para concluir (p. 284) afirmando que «L'Union Européenne, qui est l'objectif et le fruit de l'intégration des Etats membres, ne peut que stimuler vigoureusement le développement coordonné du Droit international privé de ces Etats».

problemas de interacción y ajuste con principios fundamentales de determinados ordenamientos jurídicos nacionales.

Puede considerarse asentada la orientación doctrinal<sup>12</sup> 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.

Se estima así que no es posible alcanzar una verdadera 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 que 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<sup>13</sup>.

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 unificador, 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.

El expresado debate se enmarca en un contexto normativo caracterizado por el dato evidente de que las Instituciones Comunitarias están desarrollando una inten-

---

<sup>12</sup> En tal sentido, *vid.* J.L. de los Mozos, «El Anteproyecto de Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía», *La Ley*, n.º 5629, 9 de octubre de 2002, pp. 1-12.

<sup>13</sup> Sobre el particular, *vid.* E. Arroyo i Amayuelas; A. Vaquer Aloy, «Un nuevo impulso para el Derecho Privado Europeo», *La Ley*, n.º 5482, 14-febrero-2002, p. 2; en similar orientación, J.P. Gridel, «Sur l'hypothèse d'un Code Européen des contrats: les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie)», *Gaz. du Pal.*, n.º 52-53, febrero-2003, pp. 3-25.

sa labor normativa, debido a que el ámbito jurídico civil se aleja de los instrumentos de cooperación entre Estados y se incluye, como el resto de las materias comunitarizadas, entre las políticas de la Unión: las competencias normativas de los órganos Comunitarios han ido en aumento, y la inclusión de la Justicia Civil entre las políticas de la Unión ha tenido como consecuencia que el Consejo, la Comisión y el Parlamento adquieran en este ámbito las mismas competencias que en el resto de las políticas de la Unión. Desde el Tratado de Amsterdam la colaboración entre los Estados miembros en el ámbito de la Justicia Civil no se articula ya a través de los mecanismos del llamado Tercer Pilar, contenido en el título VI del TUE<sup>14</sup>.

## 1. Los parámetros normativos del Derecho Comunitario tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam

### 1.1. EL TÍTULO IV DEL TRATADO DE AMSTERDAM: PROYECCIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 63-65

1. La auténtica *nueva planta* del DIPr. que se está gestando tras las modificaciones introducidas por los Tratados de Amsterdam 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 parece 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. Como posteriormente se comentará, esa *comunitarización* proyecta además sus efectos en una doble dimensión *ad intra* y *ad extra*, al crear por un lado una regulación normativa uniforme y al limitar, por otro lado, la competencia de los respectivos Estados para concertar acuerdos con otros Estados en relación a materias que han sido objeto de regulación a través del correspondiente acto comunitario<sup>15</sup>.

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. Sin duda, y salvo que se logre precisar la indefinición competencial que consagra el Tratado, el futuro más próximo puede llegar a deparar un verdadero laberinto normativo, al confluir sobre un mismo ámbito material reglas de fuente autónoma y las derivadas del ejercicio de la competencia Comunitaria reconocida en el art. 65 del Tratado de Amsterdam. Además, ese proceso *de comunitarización* suscita nuevos interrogantes en torno a la persis-

<sup>14</sup> Junto a los estudios que a continuación se detallarán, *vid.* A. Gutierrez Zarza, «Fuentes Comunitarias del Derecho procesal Español», *La Ley*, 13 de marzo de 2002, n.º 5501, pp. 1-9.

<sup>15</sup> Sobre el particular, A. Borrás, *op. cit.*, p. 393.

tencia, en el contexto Comunitario, de los dos clásicos presupuestos del DIPr., lo cual obliga a relativizar toda construcción que orientada en torno a los parámetros tradicionales de nuestra disciplina se pretenda proyectar sobre la nueva realidad normativa, en la que ese fraccionamiento jurídico queda difuminado ante el proceso de reglamentación uniforme de fuente Comunitaria, que restringe y mediatiza el alcance de la autonomía de los respectivos Estados para dotarse de su propio sistema autónomo de DIPr.

Tras examinar la génesis del art. 65 del Tratado de Amsterdam, el Prof. C. Kholer<sup>16</sup> 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 Amsterdam 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 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 nuevo art. 293 del Tratado (anterior art. 220 TCE).

La práctica permite apreciar que tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam no se menciona el art. 293, sino únicamente el Título IV y, en particular, su artículo 65. De esta forma, el artículo 293 queda relegado a un segundo plano y puede quedar de *facto* vacío de contenido.

Se articula así la transferencia de la materia de cooperación judicial en materia civil del «tercer pilar», es decir, de un ámbito estrictamente intergubernamental, a un nuevo Título IV plenamente comunitarizado. En todo caso, es necesario realizar un esfuerzo de precisión en torno al alcance de tal competencia en materia de DIPr., ya que ésta podría, en sede interpretativa, quedar atenuada o relativizada por dos factores: el marco institucional concreto en el que se ejerce y la incertidumbre respecto a la naturaleza y alcance de las medidas concretas de su puesta en práctica.

2. En la primera fase *histórica*, y con anterioridad al Tratado de Amsterdam, ese conjunto de reglas o actos aparecían como puntuales y aislados, 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 ha señalado el prof. J.L. Iglesias Buhigues<sup>17</sup>, que el Tratado ha abierto las puertas a la existencia de un cuerpo de DIPr. Comunitario cuyo

---

<sup>16</sup> C. Kholer, «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *Rev.Crit.Dr.Int.Priv.*, 1999-I, p. 1 y ss.

<sup>17</sup> J.L. Iglesias Buhigues, «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Amsterdam (I)», *R.G.D.*, mayo-1998, n.º 644, p. 5847 y ss.

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 integración<sup>18</sup>.

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.

3. En el nuevo Título IV, bajo la rúbrica de «*Visados, asilo e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*», se dispone (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.

<sup>18</sup> Comparto así la visión crítica formulada por el prof. P.A. de Miguel Asensio, «El Tratado de Amsterdam y el Derecho Internacional Privado», *La Ley*, n.º 4510, 30 de marzo de 1998, p. 1-3, al señalar que las novedades introducidas por el Tratado de Amsterdam 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.

- 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 autorizada<sup>19</sup>.

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.

En este contexto, el estudio realizado por la Profra. A. Borrás<sup>20</sup> deviene clave para conocer la evolución normativa en los Tratados, la nueva base jurídica del Título IV TCE reformado por el Tratado de Amsterdam y el ámbito material del mismo: el estudio realizado aprecia una interpretación extensiva de la cooperación judicial en materia civil, con la apertura hacia las causas matrimoniales y la protección de los hijos por parte del *Comité de cuestiones de Derecho civil*, creado por acuerdo del COREPER de 10 de marzo de 1999 y sus proyectos específicos en materia de derecho de visita, la propuesta francesa de supresión del exequátur, la protección de los niños (Bruselas II bis), alimentos o parejas de hecho, entre otros, recientemente materializado en el antes citado Reglamento 2201/2003 (*DOCE*, 23 de diciembre de 2003).

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

---

<sup>19</sup> *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.

<sup>20</sup> 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.

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.

5. 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 precepto<sup>21</sup>.

Es preciso interpretar globalmente el Tratado de Amsterdam, a efectos de fijar «límites» 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 al-

---

<sup>21</sup> Sobre el particular, *vid.* M. Gardeñes Santiago, «El desarrollo del Derecho internacional Privado tras el Tratado de Amsterdam: los artículos 61 C) y 65 TCE como base jurídica», *RBCE*, enero-abril-2002, pp. 231-249.

cance 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.

Otro importante factor a tener en cuenta en la implantación de este proceso de *comunitarización* del DIPr. es que se trata potencialmente de una *unanimitad a doce*, ya que por un lado tanto el Reino Unido como Irlanda se reservan el derecho a optar por la aplicación de ciertos actos, y quedar fuera de aquéllos sobre los que no se materialice la misma. De igual modo, Dinamarca, por vía convencional, se reserva similar posibilidad de autoexclusión respecto a la aplicación de los actos Comunitarios dictados en aplicación de las previsiones del art. 65 TUE, ya que conforme a lo dispuesto en su art. 68,

«La aplicación del presente título quedará sometida a lo dispuesto en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda así como al Protocolo sobre la posición de Dinamarca, y se aplicará sin perjuicio del Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda».

En definitiva, la posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca se concreta así en la posibilidad para estos tres Estados de separarse (*contracting out*) de lo establecido en los preceptos del Título IV, o bien unirse a aquellas decisiones (*contracting u opting in*) cuando lo estimen conveniente. La consecuencia, siempre compleja, se traducirá en que para el Estado que se separe de la medida adoptada en virtud del art. 65 seguirá siendo aplicable una medida anterior sobre la misma materia, ya sea un acto del Consejo o un Convenio Internacional proveniente de la disposición del anterior 220 (art. 293 Tratado de Amsterdam).

Respecto a los *límites* materiales del art. 65 del Tratado de Amsterdam, 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 Amsterdam 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.

## 1.2. FUNDAMENTO NORMATIVO-COMPETENCIAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO POR PARTE DE LA UE

1. 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*. Como posteriormente será comentado, 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.

El paso siguiente en este *iter* de propuestas hacia una armonización normativa fue la publicación el 11 de julio 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 plantea 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.

Hasta el momento, el último eslabón de esta cadena de propuestas se aprecia en 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 15 de marzo de 2003)*, mediante la cual la Comisión propone una serie de medidas, presenta sus conclusiones respecto al proceso de consulta y debate iniciado y sugiere una serie de pautas metodológicas que deben orientar la elaboración de ese marco contractual europeo.

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.

El problema o cuestión competencial es clave<sup>22</sup>: el párrafo 18 de la Resolución del Parlamento insta a la Comisión a recurrir al art. 95 del Tratado CE

---

<sup>22</sup> Al plantear si hay base jurídica suficiente para fundamentar la iniciativa legislativa tiene interés analizar los fundamentos jurídicos contenidos en la sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, C-376/98, asunto Alemania v. Parlamento y Consejo, en el caso «Publicidad sobre el tabaco»: el Tribunal rechaza aceptar la validez de la Directiva 98/34 sobre la regulación de la Publicidad y patrocinio de los productos del tabaco, en tanto que medida de armonización, ya que a juicio del TJCE no se dan las circunstancias requeridas por el Tratado para la armonización, operando como límite a las posibilidades de actuación del legislador Comunitario. Del tenor de la decisión judicial indicada cabe inferir que el art. 95 TCE no crea una competencia general para regular el Mercado interior, sino que permite la adopción de medidas diseñadas para mejorar las condiciones para su establecimiento y desarrollo.

(mercado interior) como fundamento jurídico, es decir, que respecto a la base competencial el Parlamento se pronuncia a favor de la aplicación del artículo 95 del TCE, cuando se trate de seguir consolidando y desarrollando la armonización del Derecho civil. Conforme al art. 95 (anterior 100-a), el Consejo adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

Podría atenderse, entre otros, al tenor de los artículos 40, 46-II, 47-II, 55 y 56 TCE, pero tanto la derivada de tales preceptos como la que deriva del 3.º TCE (en su alusión a la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado interior) supeditan la posibilidad de las acciones y el alcance al hecho de que tales medidas de aproximación sean necesarias para garantizar ese funcionamiento del mercado común.

Esa vinculación funcional se repite en los citados artículos.94 y 95 TCE: en efecto, el criterio del art. 95 es funcional (en cuanto orientado a la consecución de unos objetivos tasados), y un segundo límite derivaría de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad establecidos en el art. 5 TCE.

2. 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.

El art. 95 alude a la adopción de medidas relativas a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros con objeto del establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Por su parte, el art. 94 TCE fundamenta jurídicamente la armonización (antiguo art. 100), en cuanto medida orientada a contribuir al establecimiento y desarrollo de un mercado interior integrado, y el interrogante clave radica en determinar cómo encontrar el fundamento de Derecho primario Europeo que legitime su adopción en este ámbito material del Derecho privado<sup>23</sup>.

---

Un acertado comentario sobre el alcance de la sentencia del TJCE, puede verse en el trabajo de G.G. Howells, «Federalism in USA and EC-The Scope for harmonised legislative activity compared», *Europ.Rev.of Priv.law.*, 2002-5, pp. 601-622: el estudio compara y confronta la decisión judicial con una serie de sentencias de la Corte Suprema de EEUU anulando leyes promulgadas bajo el argumento de la *Commerce Clause/internal market*.

<sup>23</sup> M. Wilderspin, X. Lewis, «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres», *RCDIPR.*, n.º 91, 2002-1, pp. 1-37, reexaminan la cuestión desde la perspectiva de las nuevas competencias de las instituciones Comunitarias en el ámbito del DIPr.

### III. LA ESTRUCTURA INTERNA

1. El subsistema o estructura interna queda integrada por todo un conjunto de normas destinado a resolver los llamados conflictos internos, derivados de la coexistencia en nuestro país de los diversos ordenamientos civiles forales frente al Derecho común. El sistema jurídico español se ubica en el grupo de los ordenamientos complejos o pluralistas, caracterizado por la presencia de conflictos internos de carácter interterritorial<sup>24</sup>. La CE constituye la regla base sobre la que se articula este nivel, que atiende a supuestos del llamado tráfico jurídico interregional y cuya delimitación *ratione materiae* revela su limitado ámbito, centrado en específicos sectores del Derecho de familia (básicamente, matrimonio y sucesiones), y sólo en la vertiente de ley aplicable. Sin embargo, junto a la que cabría calificar como *dimensión tradicional* de los conflictos internos se añade en la actualidad otra, derivada del nuevo *Derecho público económico* elaborado por los respectivos legisladores autonómicos y que introduce un factor añadido de complejidad en el sistema.

2. Desde la dimensión interna del DIPr. el artículo 149.1.8 CE se traduce en la opción por un sistema *estatal*, y por tanto, *uniforme*, de Derecho interregional. Tal unidad del sistema de solución de conflictos, junto a otros principios estructurales del sistema (como la igualdad o paridad entre los diversos ordenamientos civiles coexistentes), con incidencia en el ámbito de problemas de Derecho privado, ha sido ya objeto de interpretación por parte del TC, estableciendo los parámetros hermeneúticos básicos para delimitar los límites del legislador estatal y determinar el grado de discrecionalidad de éste en ejercicio de su facultad de configuración del sistema de solución de tales conflictos internos.

La pluralidad legislativa se produce en el seno de los denominados ordenamientos jurídicos complejos<sup>25</sup>, al coexistir sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo sistema u ordenamiento estatal. Este pluralismo jurídico interno puede revestir diferentes modalidades en atención a la configuración política y jurídica sobre la que se vertebré cada Estado. El sistema jurídico español se ubica en el grupo de estos ordenamientos complejos o pluralistas, caracterizados por la presencia de conflictos internos de carácter interterritorial<sup>26</sup>, resultantes de ordenamientos que poseen un determinado ámbito de vigencia espacial y que no viene acompañado, en nuestro sistema, de una pluralidad de organizaciones judiciales.

---

<sup>24</sup> Sobre los problemas conflictuales que plantean los denominados sistemas jurídicos complejos, *vid.*, entre otros, P. Arminjon, «Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois auxquels ils donnent lieu», *R.des C.*, 1949-I, t.74, p. 79 y ss.; R. Graveson, «Problems of Private International law in no-unified legal systems», *R.des C.*, 1974.I, t.141, p. 195 y ss.

<sup>25</sup> Sobre las diferentes causas que generan el fenómeno del Estado plurilegislativo, *vid.* Gonzalez Campos, J.D., *op. cit.*, pp. 175 y ss.; Borrás, A., «Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International Privé actuel», *R.des C.*, 1994-V, t.249, pp. 145-368, desarrollado especialmente en las pp. 161-186.

<sup>26</sup> Frente a los denominados conflictos interpersonales, suscitados entre ordenamientos cuyo ámbito de vigencia dentro de un Estado es exclusivamente personal, por ser aplicables a los componentes de las distintas comunidades étnicas o religiosas que lo integran.

En definitiva, y dentro de esta dimensión tradicional de los llamados conflictos internos, cabe apreciar diferentes variantes<sup>27</sup>: el soporte territorial o personal de los distintos sistemas coexistentes dentro del ordenamiento estatal, la estructuración política del pluralismo jurídico (el grado de autonomía de las diversas unidades internas frente al Estado), la dimensión o alcance de tal pluralismo (que puede ser sólo legislativo, o venir acompañado de una diversidad judicial), el ámbito material sobre el que se proyecta y los mecanismos o técnicas de solución de tales conflictos internos.

La premisa clave en la reflexión que sigue es atender al doble alcance de la noción de vecindad en su proyección funcional al ámbito de los conflictos internos. Tal y como ha destacado el Prof. J.D. González Campos<sup>28</sup>, este concepto expresa tanto la vinculación de la persona con uno de los derechos civiles vigentes en el territorio nacional (el común, del Estado, o el propio de una Comunidad Autónoma), como, en los términos del artículo 15.4 Cc,

«La dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta, dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente».

Nuestro sistema de solución de conflictos internos gira, en ausencia de una específica ley de Derecho interregional, en torno al artículo 16 Cc, cuyas líneas básicas se articulan sobre la base de un principio de remisión a las normas de DIPr. (con ciertas excepciones) y el establecimiento de la vecindad civil como criterio de sujeción personal a los distintos ordenamientos civiles y único punto de conexión. La vecindad civil constituye un elemento básico para resolver los conflictos de leyes en el ámbito interregional, en cuanto principio general de vinculación y como técnica para determinar la sujeción a un determinado ordenamiento civil. Tal y como señala la STC 156/1993, de 6 de mayo<sup>29</sup>, en su F.ºJ.º tercero,

«La Norma Fundamental (...) optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional, y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión»<sup>30</sup>.

## 1. La codificación del Derecho Civil Vasco

1. En este contexto, la elaboración del ya citado Anteproyecto de ley de Derecho Civil Vasco (título en el que en principio desaparece, como primer dato relevante, el calificativo de *Foral*) dirigido a reformar la vigente ley vasca 3/92

<sup>27</sup> Vid. sobre el particular, Borrás Rodríguez, A., *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Barcelona, 1984, p. 7.

<sup>28</sup> González Campos, J.D., *op. cit.*, pp. 77-78.

<sup>29</sup> B.O.E., 28 de mayo de 1993.

<sup>30</sup> Idéntica orientación es sostenida en la STC 226/1993, antes citada.

tiene su anclaje competencial en el tenor de los artículos 149.1.8 CE y 10.5 EAPV, que reservan a la Comunidad Autónoma Vasca la competencia legislativa para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral.

Dicha tarea fue abordada, en cuanto a su conservación y modificación, por la ley 3/92, y falta por acometer la labor más importante, la de *desarrollo*, que exige no solamente la adaptación del Derecho Civil Foral a la sociedad actual, sino la más necesaria y constante de acomodar las leyes a las nuevas necesidades, a los cambios sociales y a los avances de la técnica legislativa. Tal y como destacaba la propia Exposición de Motivos de la ley 3/92, esa tarea de actualización y de desarrollo resulta imprescindible, junto a una obligada acomodación a la técnica y a las necesidades de la sociedad actual.

El legislador vasco tiene, por tanto, la tarea de dar forma nueva y adaptar al mundo de hoy el viejo Derecho Foral, que en Vizcaya y Álava es Derecho escrito y en Guipúzcoa ha sido Derecho consuetudinario. En todo caso, ha de combinarse ese necesario apego y respeto a la tradición histórica con la necesidad de superar ciertos anacronismos y atender a la necesaria adaptación del Derecho al contexto social actual, hasta lograr un Derecho civil moderno y socialmente avanzado. La *ratio* última que preside la tarea de reforma emprendida no es tanto redactar un código, en el sentido de una ley que regule la totalidad de las instituciones conocidas en materia civil, sino tratar de equilibrar el respeto al reparto competencial establecido en el bloque de Constitucionalidad (arts. 149.1.8 CE y 10.5 EAPV) con la necesidad de evitar que las instituciones forales queden anquilosadas, manteniéndolas vivas y permeables a los cambios exigidos por el contexto social en el que han de desplegar toda su operatividad.

La estructura del anteproyecto de ley de Derecho civil vasco revela ya claramente el objetivo de la tarea legislativa emprendida. Se articula en torno a un primer bloque de preceptos destinados a abordar un tratamiento común de determinadas instituciones para todo el ámbito territorial del País Vasco, y posteriormente regula las instituciones peculiares o propias de cada uno de los tres Territorios Históricos.

Analizar el contenido de esas *Normas Comunes* a los tres Territorios Históricos presenta especial interés desde nuestra óptica de estudio, en relación a su pertinencia y a la necesidad de contar con un auténtico Derecho civil vasco. En todo caso, resulta clave conocer las razones históricas que subyacen tras esta pretensión y el análisis de los efectos de su posible aprobación, junto a la obligada exigencia de acomodar al contenido de este nuevo Libro los restantes preceptos de la vigente ley vasca 3/92.

El Anteproyecto se inicia con un Título Preliminar dedicado a la regulación y ordenación de las *fuentes del Derecho*, donde básicamente se reproducen los términos actualmente en vigor conforme al tenor de la ley 3/92, pero con ciertos matices: junto a la tradicional referencia a la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, se destaca expresamente la competencia del Parlamento Vasco para modificar, completar y desarrollar sus diferentes preceptos, y se subraya la referencia a que por *jurisprudencia* ha de entenderse la emanada de la Sala de lo Civil del TSJ del País Vasco (art. 2 del Anteproyecto).

2. Cabe destacar de igual modo la previsión recogida en el artículo 1.4, atendiendo a la incidencia que sobre el ámbito material del Derecho civil Foral Vasco tiene el desarrollo de las previsiones contenidas en el artículo 65 del Tratado de Amsterdam. Conforme al tenor del precepto,

«En aplicación del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía el Parlamento Vasco acomodará al Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma las disposiciones que con carácter general establezca la Unión Europea».

Toda reflexión teórica sobre este extremo debe tener presente que tras la entrada en vigor de los Tratados de Amsterdam y Niza la influencia del subsistema Comunitario se proyecta y adquiere especial relevancia también en una dimensión *ad intra*, 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.

Respecto a los *límites materiales* del artículo 65 del Tratado de Amsterdam, cabe señalar que, como ya ha sido indicado, y al integrarse en la propia lógica del sistema, incidirá potencialmente en el núcleo fundamental de ordenación de los Derechos forales, afectando directamente al sector del régimen económico matrimonial y al de sucesiones.

La supletoriedad del Derecho común en su condición de fuente normativa viene reflejada a través de un doble mecanismo: por un lado, una *incorporación por referencia* estática, al aludir a «las demás disposiciones de carácter general actualmente vigentes», junto a la indicación de que las eventuales futuras modificaciones de tal Derecho común (Cc) se aplicarán también, con carácter de fuente supletoria, siempre que no sean contrarias a los principios inspiradores del Derecho Civil Vasco.

3. El artículo 4 del Anteproyecto delimita el *ámbito territorial de vigencia* de la futura norma, que se extiende a todo el País Vasco, «salvo en aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto». En todo caso, el texto que finalmente resulte aprobado deberá tener presente la interpretación sentada por el TC respecto a la expresión «allí donde existan» empleada por el citado artículo 149.1.8 CE.

El Anteproyecto contempla la incorporación en el Capítulo II de este Título Preliminar de toda una serie de principios generales que han de inspirar, como cánones hermenéuticos de obligada referencia, el proceso de aplicación e interpretación de la nueva norma, entre los que destaca el de *libertad civil*, conforme al cual las leyes se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados será válida en tanto no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros, o la alusión a la posibilidad de empleo del *euskera* en todo acto o contrato vinculado a las materias objeto de la ley, junto a la peculiar concepción de la propiedad en el ámbito de las instituciones forales, con reflejo en el ámbito sucesorio y en el denominado *patrimonio familiar*. Conforme al tenor del artículo 6 del Anteproyecto, las leyes ampararán las diversas formas de propiedad comunal, familiar y social en la línea de la tradición histórica.

## 2. Respuesta Autonómica a la exigencia de regulación de los conflictos de leyes interlocales

1. El Capítulo III del Título Preliminar del citado anteproyecto aborda la espinosa cuestión de los *conflictos de leyes internos* en el ámbito del País Vasco, y pretende huir de la tentación de dictar normas particulares en materia de conflictos, por lo que efectúa en su artículo 9 una primera remisión general a las soluciones previstas en el Código Civil, «a falta de normas especiales», y una reserva para el supuesto de la troncalidad vizcaína, institución que ya fue tratada de forma diferenciada, desde el punto de vista conflictual, en el propio Cc.

El precepto reconoce expresamente en su apartado segundo la existencia de un doble nivel de conflictos dentro del Derecho interregional, distinguiéndose entre los conflictos *internos* (derivados de la coexistencia de varios ordenamientos jurídico-civiles dentro de la Comunidad Autónoma vasca) y los denominados conflictos *locales* (producidos entre las normas forales vigentes en alguno de los Territorios Históricos, o entre dichas normas y las generales del propio País Vasco), al señalar que

«Los conflictos locales, entre normas vigentes en algunos territorios, o entre dichas normas y las generales del País Vasco se resolverán también por las disposiciones del Código Civil, sin perjuicio del principio de territorialidad en materia de bienes troncales».

2. El artículo 10, relativo a la *vecindad civil*, delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, señalando que a los efectos de esta ley son vascos y están sometidos a la misma quienes tengan su vecindad civil en alguno de los tres Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. Tal *vecindad civil vasca*, así como la *local*, se adquiere, se conserva y se pierde conforme a las normas contenidas en el Cc.; tras esta doble clasificación (vecindad vasca y vecindad local) subyace la argumentación empleada por el Consejo de Estado en su Dictamen de fecha 27 de mayo de 1993, (expediente 1537/92), al distinguir diferentes niveles o escalones dentro de la problemática conflictual que afecta al País Vasco y, en particular, a Vizcaya y Álava, situándola en el ámbito de los denominados conflictos interlocales.

El artículo 11 del Anteproyecto establece una doble presunción que afecta a la vecindad civil del otorgante y al régimen económico matrimonial, al señalar, en línea acorde con el vigente artículo 14.2 de la ley 3/92, que en los instrumentos públicos se hará constar la vecindad civil del otorgante y cuando el instrumento público pueda afectar a las disposiciones que se otorguen o a sus efectos, también el régimen de bienes que rija su matrimonio. El precepto articula tal presunción *iuris tantum* conforme a ciertos puntos de conexión (lugar de nacimiento, último domicilio común de los cónyuges y lugar de celebración del matrimonio).

Junto a la pretensión de garantizar el desarrollo del Derecho civil foral y de alcanzar un necesario grado de seguridad jurídica en la aplicación de tales instituciones, debe recordarse que el citado Dictamen del Consejo de Estado consideró que las presunciones acerca de la vecindad civil establecidas en el precepto

de la ley 3/92 no se refieren a los conflictos interregionales, sino a los que puedan producirse «en el interior de la propia Comunidad Autónoma», dada la coexistencia de diversos regímenes de Derecho Civil.

La ordenación contenida en esos artículos 9 á 11 del Anteproyecto (que integran el Capítulo III del Título Preliminar) se atiene al margen de actuación normativa previsto en el bloque de constitucionalidad, delimitado por los artículos 149.1.8 CE y 10.5 EAPV. En particular, la regulación contenida en el Anteproyecto ni altera la redacción contenida en el Código Civil, ni introduce una regulación que modifique los respectivos ámbitos de aplicación del Derecho Civil Común frente al Derecho Civil Foral o especial.

3. El objetivo de los tres preceptos es responder a la previsión del citado artículo 10.5 EAPV, en cuanto a la necesaria fijación del ámbito espacial del Derecho Civil Vasco, sin incorporar nuevos criterios de conexión ni contener una regulación *ex novo* de la vecindad civil, al establecer de forma expresa una remisión *in toto* al régimen regulador de la vecindad civil contenida en el Código Civil, con la excepción, tradicionalmente recogida en el propio Código, de la institución de la troncalidad.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 10.5 EAPV no distingue cual es el *Derecho Civil* que puede resultar afectado por la delimitación territorial que lleve a cabo el legislador autonómico, ni establece reserva alguna para un determinado Derecho civil. En definitiva, tal precepto estatutario puede ser aplicado por el legislador autonómico para fijar el ámbito espacial de un Derecho civil foral respecto a otro, el de uno de los tres Derechos civiles forales respecto al Derecho civil común y, asimismo, el de instituciones comunes a los tres Derechos civiles forales respecto a este último.

Cabe, en conclusión, defender que, pese a que la fórmula utilizada en la CE da lugar a interpretaciones dispares sobre si la expresión *normas para resolver conflictos de leyes* supone una alusión excluyente a toda técnica conflictual, o permite, por el contrario, abarcar otras técnicas normativas del DIPr., aquellos conflictos que se deriven de la concurrencia de distintas peculiaridades normativas civiles dentro de una CCAA podrán recibir respuestas normativas elaboradas por el respectivo legislador autonómico, introduciéndose así cierta flexibilización de la competencia estatal en relación a este tipo particular de conflictos de leyes *locales*.

#### IV. LA PROYECCIÓN DE LA DIMENSIÓN COMUNITARIA SOBRE LA ESTRUCTURA INTERNA DEL SISTEMA

1. Desde la vertiente de la incidencia de los Tratados de Amsterdam y de Niza en el ámbito de los *conflictos internos*, y en particular en el sistema español de Derecho interregional, debe comenzar indicándose que con anterioridad al Tratado de Amsterdam se cuestionaba si la normativa convencional Comunitaria, derivada de las previsiones del antiguo art. 220 del TCE, era o no aplicable al Derecho interregional. A juicio de la Profesora A. Borrás sí era factible defender su aplicabilidad y proyección a este subsistema, mientras que otra

orientación doctrinal sostenía que no había en realidad un campo material afectado, ya que las materias reguladas en el Convenio de Roma de 1980 no abarcaban, desde un punto de vista material, el ámbito legislativo sustantivo del Derecho Foral.

La realidad normativa es que el ordenamiento español, en su vertiente del sistema interregional, carece de cobertura frente a los potenciales efectos derivados del art. 65 del Tratado de Amsterdam, y el precepto puede abarcar y afectar directamente a las materias de régimen económico matrimonial y de sucesiones, es decir, a la esencia del Derecho interregional. Así, y en el campo de la competencia judicial internacional el ejemplo del *Reglamento de Bruselas-II* es una clara muestra de su potencial extensión material, pese a proyectarse sobre un ámbito (el de la competencia judicial) en el que nuestro sistema no presenta, desde el ámbito del Derecho interregional, ni particularidad ni regulación alguna.

Respecto a los teóricos límites al alcance del art. 65 del Tratado de Amsterdam, y como ya ha sido indicado, éste permite abarcar potencialmente todo el ámbito material comprendido en el Derecho privado. Está inserto en la propia lógica del sistema, luego cabe preguntarse por qué no habrá de afectar, por ejemplo, al sector del régimen económico matrimonial y a la ordenación de las sucesiones. Debe además tenerse en cuenta el nuevo escenario ya en vigor desde el 1 de febrero de 2003: el Tratado de Niza incorpora 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.

2. 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 de Niza 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.

3. La toma de decisiones en la Unión Europea es el resultado de la interacción entre varios protagonistas, principalmente el *triángulo institucional* formado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea. Se pueden distinguir básicamente tres procedimientos principales de toma de decisiones que, según los casos, regulan la toma de decisión a nivel legislativo: la codecisión, el dictamen conforme y la consulta. La elección del procedimiento de decisión deriva del fundamento jurídico sobre el que se basa una iniciativa de la Unión Europea. Concretamente, es la Comisión Europea la que debe establecer el fundamento jurídico cuando formula una propuesta. Esta elección debe basarse en elementos objetivos que puedan ser objeto de control jurisdiccional, y lo que hay en juego a la hora de elegir el fundamento jurídico es, fundamentalmente, el papel de los respectivos poderes del Parlamento y el Consejo: en el marco de la consulta, el Parlamento simplemente tiene que emitir su dictamen, mientras que en el contexto de la codecisión es un auténtico colegislador.

El procedimiento de codecisión fue introducido por el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht, 1992) y fue regulado por el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. A raíz del Tratado de Amsterdam, se simplificó y se extendió su ámbito de aplicación. Prevé dos lecturas sucesivas (por parte del Parlamento y el Consejo), de una propuesta de la Comisión y la convocatoria, en caso de desacuerdo persistente entre los dos colegisladores, de un «comité de conciliación», compuesto por representantes del Consejo y el Parlamento asistidos por la Comisión con el fin de conseguir un acuerdo. Este acuerdo se presenta en tercera lectura al Parlamento y al Consejo para su adop-

ción final. El Tratado de Niza amplía a su vez 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.

El Tratado de Niza ha ampliado el ámbito de la codecisión, ya que este procedimiento es ahora aplicable en el caso de siete disposiciones, que pasan de la unanimidad a la mayoría cualificada; por tanto, una gran parte de las medidas de carácter legislativo que, después del Tratado de Niza requieran una decisión del Consejo por mayoría cualificada se decidirán mediante el procedimiento de codecisión. Ya el Tratado de Roma había previsto que, tras un periodo de transición el Consejo podría adoptar decisiones por mayoría cualificada (en ámbitos como la política agrícola común y de transportes); a medida que se materializaron las distintas reformas institucionales, el voto por mayoría cualificada sustituyó al voto por unanimidad para un importante número de políticas Comunitarias. 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.

4. Por todo ello, es preciso poner de relieve la conveniencia de establecer una *cláusula de salvaguardia del Derecho interregional*, que de otro modo puede quedar liquidado por la extensión voraz de una competencia Comunitaria que tal vez no fue objeto del necesario debate y reflexión previa para calibrar las consecuencias de su adopción. La única forma de evitar la potencial desaparición o desactivación normativa del Derecho interregional se articula en realidad a través de una cláusula de salvaguardia en el propio Tratado.

¿Hay mecanismos en el Tratado de Amsterdam que permitan defender nuestro sistema de Derecho interregional? Como ha sido indicado, ese núcleo *duro* o troncal del Derecho interregional (régimen económico matrimonial y sucesiones) queda directamente afectado y la solución no podría venir ya ni siquiera de la mano de una eventual ley autónoma o interna especial en materia de Derecho interregional.

Además, la conexión *vecindad civil* quedaría plenamente desplazada y anulada toda su operatividad, quedando sustituida, conforme a las previsiones del Tratado de Amsterdam, por la conexión *residencia habitual*. Cabe por tanto apreciar un potencial doble efecto del Tratado de Amsterdam sobre el sistema:

- 1) sobre la conexión, ya que desaparecería toda virtualidad del criterio de la vecindad civil.
- 2) sobre las soluciones materiales establecidas en el sistema, ya que nuestro sistema bifronte se articula en torno a lo internacional y a lo interno (éste último quiebra, y no se mantiene ni con la promulgación de una potencial ley especial de Derecho interregional).

Otro elemento que cabe introducir para complicar el debate abierto en esta materia se concreta en que dentro del llamado «bloque de la constitucional-

dad», la Comunidad Autónoma de Aragón recoge en su Estatuto de Autonomía una previsión específica sobre vecindad civil. En efecto, los aragoneses refuerzan en su Estatuto de Autonomía el papel de la vecindad civil. Al partir del Derecho aragonés como personal, a través de la vecindad civil, tiene especial trascendencia la previsión contenida en el Tratado de Amsterdam. En cuanto Ley Orgánica, el Estatuto de Autonomía cede frente al principio de primacía del Derecho Comunitario (en este caso, el eventual Reglamento Comunitario), lo cual plantea un nuevo y potencial conflicto.

Ante tal contexto, cabe tratar de buscar respuesta a dos grandes interrogantes: ¿hasta dónde llega el Tratado de Amsterdam? ¿Hay que revisar el Tratado o reformarlo, con el fin de incorporar una cláusula de salvaguardia, y en su caso, cómo establecer tal cláusula de salvaguardia o de excepción frente a las potencialidades del sistema instaurado por el Tratado de Amsterdam?<sup>31</sup>.

5. Como antes ha sido indicado, 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*.

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.

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 contratos<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Sobre la noción misma de conflicto interno y la incidencia de determinados Convenios *vid.* M. Virgós Soriano, «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *Tratado de Derecho Comunitario* (García de Enterría-Gonzalez Campos-Muñoz Machado), Madrid, 1986, tomo III, pp. 753 y ss.; M. Virgós Soriano, *Lugar de celebración y ejecución en la contratación internacional*, Madrid, 1989. S. Espiau Espiau, «La Codificación del Derecho Civil catalán en el proceso de unificación del Derecho Europeo», *Der.Priv. y Const.*, enero-diciembre-2000, n.º 14, pp. 63-73.

<sup>32</sup> 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

La Comunicación propone 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 ámbitos<sup>33</sup>.

La ya citada Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001 subraya en su apartado 9.º 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 Reglamentos.<sup>34</sup>

En realidad, la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001 sobre armonización de Derecho civil y mercantil de los Estados miembros constituye 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.

Por su parte, la anteriormente citada 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* incluye 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 regla-

---

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.

Sobre el particular, *vid.* igualmente, S. Weatherill, «El Libro Verde de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo: contexto, contenido y fundamento Constitucional», *RDM*, n.º 4, abril-junio 2002, pp. 755-791.

<sup>33</sup> *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.º 91, 2002-3, pp. 405-434.

<sup>34</sup> 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.

mentarias 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.

6. 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)<sup>35</sup> 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 familia<sup>36</sup>.

Respecto al Derecho sucesorio, también se detecta la progresión de una serie de principios concluyentes, en materia de 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 sector<sup>37</sup>.

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 ya ha sido señalado, 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 Tratado<sup>38</sup>. 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 de la Comisión para eliminar los obstáculos creados por las disparidades legales y procesales entre los Estados miembros, de 30 de octubre de 2001<sup>39</sup>: en dicho calendario, la Comisión informa de trabajos en el ámbito de elaboración de un instrumento normativo sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma-II), los trabajos de conversión del Convenio de Roma en Reglamento, y anuncia la realización de un estudio preliminar sobre la posibilidad de elaborar un instrumento normativo sobre ley aplicable al divorcio, a partir del cuestionario que el Consejo elaboró en mayo de 2000 y el estudio comparado de la situación legislativa existente, cuya conclusión está prevista para 2004, y para la

<sup>35</sup> Cuestión n.º 862/92, 14 de abril 1992, *DOCE* n.º C 40, p. 17.

<sup>36</sup> Resoluciones de 29 de octubre de 1993, *DOCE* n.º C 315, p. 652, y 14 de diciembre de 1994, *DOCE* n.º C18, p. 96.

<sup>37</sup> En tal orientación, *vid.* Camara Lafuente, S., «Hacia un Código Civil Europeo: ¿Realidad o quimera?», *La Ley*, 5 de marzo de 1999, n.º 4748, p. 3.

<sup>38</sup> 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).

<sup>39</sup> (COM-2001 628 final, epígrafe 3.º y 9.º).

misma fecha está preparando un estudio preliminar sobre la jurisdicción y derecho aplicable al régimen económico matrimonial y las sucesiones.

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. Basedow<sup>40</sup>, adoptar medidas conforme a los artículos 61 á 65 del Tratado de Amsterdam, es decir, orientadas a asegurar una adecuada cooperación judicial y 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.

7. Una vez descrito el estado actual de ese proceso armonizador europeo, ¿Cómo debe articularse el desarrollo de los diversos Derechos Forales que coexisten, junto al Derecho común, en España? Debe en primer lugar recordarse el alcance de los términos contenidos en el artículo 149.1.8 CE: Los términos de *conservación y modificación* de tales Derechos civiles forales o especiales no plantean especiales problemas interpretativos en cuanto a su extensión: implican legislar sobre lo ya legislado, sobre una realidad normativa preexistente, sin que ello permita incrementar el ámbito material de la competencia de las CCAA fuera de los límites o contornos determinados por el art. 149.1.8 CE.

Mucho más problemática se presenta la delimitación del alcance de la noción *desarrollo* de tales Derechos civiles forales o especiales. La opción interpretativa que se adopte influirá de forma decisiva en la extensión de la competencia autonómica para desarrollar su propio Derecho civil foral o especial. La orientación mantenida en la STC 88/1993, de 12 de marzo<sup>41</sup> es clave para la comprensión de su significado. El TC considera, en primer lugar, que para delimitar el alcance del precepto debe tenerse presente que el mismo «introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política».

La sentencia precisa el alcance del concepto Constitucional «desarrollo» del propio Derecho civil, especial o foral, en cuanto competencia autonómica que no debe vincularse de forma rígida al contenido de la Compilación preexistente u otras normas de su ordenamiento. Se reconoce así, como indica el F.º J.º Tercero de la sentencia, una «acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico». De esta forma, tal noción de desarrollo permitiría, en principio, una ordenación legislativa en ámbitos hasta entonces no normados por tal Derecho civil foral o especial, si bien la sentencia establece un límite no previsto de forma ex-

<sup>40</sup> Basedow, J., «Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid» *ERPL*, 2001, p. 47).

<sup>41</sup> *B.O.E.*, 15 de abril de 1993.

presa en el texto Constitucional, concretado en la conexidad, al exigir que tal desarrollo alcance a

«instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho Foral».

Persigue así establecer un difícil equilibrio, pues tras reconocer que no cabe reducir la noción «desarrollo» hasta equipararla a la de «conservación o modificación» —ya que desarrollo implica innovación—, fija sin embargo un doble límite a tal posibilidad prevista Constitucionalmente: por un lado, las CCAA donde existan tales Derechos civiles, forales o especiales, podrán legislar o crear Derecho *ex novo*, siempre que no se vulnere el límite de la reserva estatal del último inciso del art. 149.1.8 CE.

En segundo lugar, opera, conforme a la doctrina sentada por el TC, un nuevo límite, ya que es preciso que tal acción legislativa en ejecución de tal desarrollo guarde *conexidad* con lo ya existente. En realidad, y frente a las dos tesis extremas en presencia (concepción autonomista, que atribuye al término un sentido amplio, y considera que tal competencia sobre desarrollo del propio Derecho Foral permite a las CCAA legislar sobre todo el Derecho Civil, a excepción de las materias expresamente reservadas al Estado por la segunda frase del art. 149.1.8 CE<sup>42</sup>, frente a la tesis que reduce, en sentido muy restrictivo, el término desarrollo hasta equipararlo a una simple modificación de su propio Derecho Foral<sup>43</sup>), el TC adopta una posición intermedia, pero impone un límite no expresamente previsto en la CE.

Entre los numerosos problemas que el recurso a la noción de conexidad plantea, destacados ya en los Votos particulares a la sentencia formulados por los Magistrados D. Carles Viver Pi-Sunyer y D. Julio D. González Campos, cabe subrayar la inseguridad que genera el empleo de tal concepto jurídico indeterminado: ¿Qué grado de conexidad será necesario para enmarcar la acción legislativa autonómica dentro de los límites del art. 149.1.8 CE?

La respuesta planteada en la comentada STC 88/1993, y reiterada en la STC 156/1993, de 6 de mayo<sup>44</sup> determina que tal conexidad se configura y delimita con relación a la materia contenida en la Compilación. Frente a tal orientación, cabe defender una interpretación más flexible de tal requisito de conexidad, de forma que no se limite al texto Compilado preexistente para apreciar su concurrencia, y se atienda al decisivo dato histórico, cuya importancia es subrayada por el mencionado voto particular a la STC 88/1993 formulado por el magistrado D. Julio D. González Campos, al aludir al carácter histórico de la regulación de la adopción en el Derecho Aragonés, y considerar que

«El Derecho propio es la más significativa de las señas de identidad de Aragón y esta identidad, innegablemente, hunde sus raíces en la historia»,

<sup>42</sup> Tesis defendida, entre otros, por L. Puig Ferriol, E. Roca i Trías, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, Barcelona, 1988, pp. 6 y ss.

<sup>43</sup> Orientación sostenida por C. Lasarte Alvarez, *Autonomías y Derecho Privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, p. 137, pp. 99 y ss.

<sup>44</sup> B.O.E., 28 de mayo de 1993.

para concluir afirmando que

«La competencia de la Comunidad Autónoma respecto a su Derecho Civil propio viene definida en la Constitución precisamente por la posibilidad de su “desarrollo”. Y si ninguna otra limitación de este ámbito material de los Derechos civiles, forales o especiales, se desprende expresamente del tenor del art. 149.1.8 CE o de los Estatutos de Autonomía, no parece justificado, a mi parecer, ampararse en la idea de una “garantía de la singularidad civil” para reducir el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas en esta materia»<sup>45</sup>

En definitiva, se configura así por el TC, en ambas sentencias, la tesis de la conexidad o de las instituciones conexas<sup>46</sup>, exigiéndose tal vínculo o engarce entre las instituciones reguladas y el Derecho Civil, foral o especial.

Frente a ello, el voto particular del Magistrado D. Julio D. Gonzalez Campos no estima justificado Constitucionalmente que se exija una conexión necesaria entre el contenido de la nueva norma y el Derecho ya existente, al dejar abiertos numerosos interrogantes; así, p.ej., determinar si la proximidad debe ser inmediata o puede ser mucho más remota, o si la conexión o proximidad sólo puede establecerse respecto al Derecho civil, foral o especial existente en el momento de entrar en vigor la CE, o también en relación con el contenido de su Derecho histórico.

8. ¿Supone esa tarea de *desarrollo* de nuestros Derechos Civiles, forales o especiales, una «franca contraposición con los esfuerzos supranacionales (europeos e internacionales) por perseguir la unificación del Derecho civil?»<sup>47</sup>. A mi entender, no se trata de una mera tendencia fruto del capricho intelectual de los legisladores autonómicos movido por el afán de resaltar las diferencias entre las soluciones legislativas y consuetudinarias de los diversos derechos forales y del Código civil.

Sin duda, el ámbito troncal o básico de los Derechos forales en general, y del Derecho Civil vasco en particular, se sitúa en el ámbito del derecho de familia y sucesiones, y se encuentran tan enraizadas en la tradición de los territorios sobre los que se aplican que la tarea armonizadora deviene desproporcionada y carente de justificación.

Además, debe igualmente tenerse en cuenta que junto a ese ámbito tradicional de los Derechos Civiles forales se aprecia la proliferación de legislaciones

<sup>45</sup> Similar conclusión se expresa en el Voto particular a la misma sentencia, formulado por el Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer, al señalar que

«(...) Debe entenderse que esta última frase —allí donde existan— no es un criterio que limita la materia de la competencia autonómica a ese Derecho preexistente, sino que todo el inciso sirve para determinar cuáles son las Comunidades Autónomas que pueden asumir competencias en la materia de Derecho Civil —son todas las que posea un Derecho Civil propio—. Al Estado le corresponde todo el Derecho Civil en las Comunidades que no tengan ese Derecho —o, teniéndolo, no asuman esa competencia— y las materias que explícitamente le reserva este precepto constitucional en su segundo apartado».

<sup>46</sup> M. Coca Payeras, «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil propio en la doctrina del TC (SSTC 88, 156 y 226 de 1993)», *R.J.C.*, 1994-2, p. 163 y ss., califica tal orientación como «de desarrollo sin ruptura».

<sup>47</sup> En palabras de Camara Lafuente, S., *op. cit.*, p. 4.

sectoriales dictadas por los respectivos Parlamentos autonómicos, fruto del desarrollo de las previsiones contenidas en sus Estatutos de Autonomía en otras materias relacionadas con el Derecho civil: comercio interior, cooperativas, protección de menores, propiedades especiales, fundaciones o cultura, entre otras, incrementando así la complejidad antes planteada. Todo lo afirmado no cuestiona en modo alguno la necesidad y oportunidad de alcanzar un grado de unificación entre los ordenamientos de los diferentes Estados Comunitarios, pero centrándose en el ámbito del Derecho patrimonial<sup>48</sup>.

Por todo ello, debe insistirse en la necesidad de no apreciar como realidades enfrentadas ambos procesos normativos, y promover la participación de los representantes de los legisladores autonómicos, allí donde existan esos Derechos civiles forales o especiales, en ese proceso de europeización y de consolidación del Derecho propio, es decir, insertarse en ese proceso de convergencia, y aportar la cultura jurídica propia al debate abierto.

En efecto, y tal y como señala M. Martin Casals<sup>49</sup>, la elaboración de una codificación plena y sistematizada de los ordenamientos forales no supone ir contra corriente en ese proceso general de armonización y aproximación que se vive en Europa. El objetivo de elaboración de un Código Civil Europeo en el futuro no tiene por qué comportar la paralización de los trabajos normativos en curso por parte de los diversos legisladores de los Estados miembros. Debe tenerse en cuenta ese proceso europeo, tomar parte en él, y a su vez, ser tenido en cuenta en tales instancias.

Entre las aproximadamente ciento sesenta respuestas recibidas a la Comunicación de la Comisión antes citada, cabe destacar entre otras, por su proyección al debate ahora planteado, la del Reino Unido: una primera condición que plantea es la necesidad de diagnosticar la existencia de un problema real, no teórico, y adoptar medidas proporcionadas y orientadas a resolver ese concreto problema, para materializar su adopción solo si tras una evaluación de su alcance y repercusiones sobre la actividad económica y de los consumidores se aprecian resultados beneficiosos.

El Reino Unido considera que los problemas que para el comercio interior intracomunitario genera la coexistencia de legislaciones dispares en materia contractual pueden resolverse caso por caso. De otro modo, podrían generarse más problemas que los que se intentan resolver, y considera que la coexistencia de una pluralidad de legislaciones nacionales en materia de obligaciones y contratos no tiene por qué ser en sí mismo perjudicial para el funcionamiento efectivo de un mercado interior, y cita como ejemplo el propio funcionamiento de un mercado único en Reino Unido, pese a las divergencias de contenido entre el Derecho escocés y el de Inglaterra y Gales, o el propio ejemplo de los EEUU, y rechaza la adopción de una legislación exhaustiva

<sup>48</sup> Sobre la ausencia de contradicción en la defensa de ambos procesos, *vid.* S. Espiau Espiau, «La Codificación del Derecho Civil catalán en el proceso de unificación del Derecho Europeo», *Dr.Priv. y Const.*, n.º 14, en-dic-2000, pp. 63 y ss.

<sup>49</sup> M. Martin Casals, «El Codi Civil de Catalunya en la Cruïlla del Dret Privat Europeu», *RJC*, 2002-3, pp. 9-39.

en el ámbito de la UE, por considerarla desproporcionada y contraria al principio de subsidiariedad.

La opinión de los abogados ingleses (*Law Reform Committee of the general Bar Council of England and Wales*) es igualmente significativa: destaca que el actuar de los grandes despachos profesionales que no tienen su sede en EEUU o en Reino Unido se caracteriza por la aplicación al 50% en la elaboración de contratos y en la resolución de litigios del Derecho inglés y del americano, y consideran que la sustitución del Derecho contractual inglés por un Derecho contractual europeo comportaría un desplazamiento de los beneficios hacia la *industria jurídica* de los EEUU, y estima por ello que las necesidades reales de armonización no son tan acuciantes, y que toda medida legislativa en este ámbito debe atender a los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad.

En definitiva, puede afirmarse que si bien es cierta la afirmación de que el fenómeno de globalización del tráfico económico lleva aparejada una demanda de globalización del régimen jurídico<sup>50</sup>, la problemática de la unificación del Derecho privado Europeo se concreta en tres aspectos: el relativo a qué materias y con qué eficacia vinculante deben ser unificadas, el ámbito espacial que debe tener esa unificación y por último la forma más idónea de superar la principal barrera jurídica existente a nivel europeo (la existente entre los países o sistemas jurídicos de *civil law* y aquellos otros de *common law*).

Tal vez la solución más adecuada y prudente pase por avanzar en la adopción de unos principios comunes, a partir del estudio comparado de los distintos ordenamientos jurídicos internos de los ahora quince Estados de la UE, y atendiendo a la experiencia americana, a modo de *restatements*, en cuanto textos en los que se recopilan de forma sistemática los principios básicos y comunes existentes sobre una determinada materia en los distintos Estados se trate de obtener un sustrato no obligatorio común a todos ellos. Debe recordarse en este punto que en EEUU, y elaborados por *el American Law Institute*, con la pretensión de influir en la aplicación judicial del Derecho, existe prácticamente un *restatement* para cada área del Derecho privado (por ejemplo en ámbitos como *agency*, *conflict of laws*, *contract*, *property*, *restitution*, *sureyship*, *trots*, *trusts*)<sup>51</sup> salvo precisamente en los sectores de familia y sucesiones: es sin duda otro dato que permite inferir las dificultades intrínsecas a todo proceso armonizador en este sector.

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 De-

---

<sup>50</sup> En tal sentido, García Garnica, «Consideraciones sobre la unificación del Derecho privado Europeo», *Aranzadi Civ.*, n.º 7-8, julio-2002, pp. 15-39.

<sup>51</sup> Sobre el particular, *vid.* Hyland, «The American Restatements and the Uniform Commercial Code», en la obra colectiva *Towards a European Civil Code*, The Hague, 1998, 2.º ed., pp. 55-70.

recho 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 del Título IV del Tratado de Amsterdam 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.