

# EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por MARÍA JOSÉ LUNAS DÍAZ

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. PARÁMETROS BÁSICOS.—III. FISURAS DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA: ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR: 1. EL DERECHO CONSTITUCIONAL. 2. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.—IV. LA INTERACCIÓN CON EL DIPr.: 1. EXISTENCIA DE TRANSFERENCIA LEGISLATIVA. 2. DESARROLLO HISTÓRICO. 3. PROBLEMA GLOBAL: LOS TRES NIVELES. 4. PROBLEMA CONCRETO: LAS DIRECTIVAS DE MÍNIMOS. ALCANCE Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA. 5. LA DIRECTIVA 93/13: UN EJEMPLO DEL «EFECTO LAVADO».—V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

1. Las relaciones entre Derecho comunitario (en adelante DC) y Derecho internacional privado (en lo sucesivo DIPr) han sido prácticamente inexistentes hasta tiempos muy recientes. Por contra, el interés mostrado actualmente por la doctrina, refleja de forma muy expresiva la riqueza de dicha cuestión (1).

---

(1) Son ejemplos de este interés los numerosos trabajos aparecidos que ponen de relieve la existencia de relaciones, no siempre pacíficas, entre ambos Derechos. *Vid., inter alia*, G. BADIANI, «Le droit international privé des Communautés européennes», *R. des C.*, 1985-II, t. 191, p. 9-182; J. BOULOIS, «Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général», *R. des C.*, 1992-IV, t. 235, pp. 9-80; A. V. M. STRUYCKEN, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *R. des C.*, 1992-I,

Las razones que abonan este campo son de índole diversa. En primer lugar, la todavía juventud del proceso de integración comunitario europeo es causa suficiente para justificar la actual recogida de los primeros frutos. En segundo lugar, la aparición tardía de disposiciones de DIPr en normas de DC, ha ralentizado el proceso de conflicto e interacción entre ambos sistemas que, pese a ello, ha ganado rápido vigor desde la aparición de las primeras normas. Del mismo modo, los tribunales (tanto nacionales como comunitarios) apenas han tenido oportunidad de pronunciarse sobre estas materias, lo que podría situar el debate en términos excesivamente dogmáticos. En tercer lugar, como todo conflicto interdisciplinar, exige por parte de doctrina y jurisprudencia una adecuada formación en los sectores en colisión que, lamentablemente, no es fácil encontrar y que ha impuesto una ardua tarea a los expertos de una u otra materia. Lógicamente, son muchos los argumentos que pueden adicionarse a éstos que, sin embargo, nos han parecido los más relevantes.

## II. PARÁMETROS BÁSICOS

2. Los parámetros en los que se sustentan las relaciones entre dichos ordenamientos jurídicos son los principios informadores a los que ambos sistemas se ven sometidos. De un lado, el archiconocido principio de primacía comunitario, de cuño jurisprudencial (2), que relega a un segundo

---

t. 232, pp. 257-383; M. FALLON, «Les conflits de lois et juridictions dans un espace écomique intégré (l'expérience de la Communauté européenne)», *R. des C.*, 1995-I, t. 235, pp. 9-282; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Derecho internacional privado y Derecho comunitario», *R.I.E.*, vol. 17, 1990, pp. 785-826; D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Problemas y perspectivas de la configuración de un Derecho internacional privado comunitario en la Unión Europea», *Rev.Der.pr.com.*, n.º 16, 1998, Buenos Aires, pp. 535-571; F. RIGAUX, «Droit international privé et droit communautaire», *Mélanges Y. Loussouarn*, 1994, pp. 341-354; E. JAYME y CH. KOHLER, «L'interaction des règles de conflict contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1995, n.º 1, pp. 1-40; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Integración europea y Derecho internacional privado», *R.D.C.E.*, 1997-2, vol. 1, pp. 413-444; y P. FOIS, «I conflitti tra le convenzioni di diritto internazionale privato e l'ordinamento comunitario», *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Mario Giuliano*, 1989, pp. 435-451.

(2) Sobre el principio de primacía comunitario puede verse cualquier manual de DC; entre ellos nos parece más interesante el tratamiento dado por M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, J. A. GONZÁLEZ VEGA y B. FERNÁNDEZ PÉREZ, en

plano al Derecho nacional (3) y, de otro lado, los principios de subsidiariedad (4) y limitación material (5) que afectan al DC.

Partiendo del principio de subsidiariedad las competencias legislativas compartidas atribuidas a los órganos legislativos de las CCEE sólo serán efectivas en cuanto las legislaciones nacionales de los Estados miembros no presenten un panorama suficientemente armonizado (6). Desde esta

---

*Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, pp. 326-330, en el que sí se recoge la inexistencia de una norma explícita en los Tratados constitutivos que establezca esta primacía y en el que también se precisan los contornos que este principio ha ido adoptando al albur de la jurisprudencia. *Vid.*, también, R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario*, Madrid, 1994, pp. 275-286.

(3) Entendiendo por Derecho nacional de cada Estado todas las normas que conforman su ordenamiento interno, ya sean de fuente estatal o convencional y tanto si afectan a situaciones de tráfico interno como si lo hacen sobre las de tráfico internacional.

(4) Dentro de una abundantísima bibliografía sobre este principio positivado en el TUE, se pueden ver, además de los manuales de DC en general, los trabajos de A. BOIXAREU CARRERA, «El principio de subsidiariedad», *R.I.E.*, 1994-3, pp. 771-808; J. RODRÍGUEZ-ARANA, «Sobre el principio de subsidiariedad», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 110, 1994, pp. 11-39; G. STROZZI, «Il principio di sussidiarietà nel Trattato di Maastricht», *Riv.dir.int.*, 1992-2, pp. 376-381; A. G. TOTH, «The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty», *C.M.L.R.*, 1992-6, pp. 1079-1105; y N. BERNARD, «The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity», *C.M.L.R.*, vol. 33, 1996, pp. 633-666. De particular relevancia el análisis sobre el test de eficacia propuesto por R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 571-588, esp. pp. 571-572.

(5) Sobre las cuestiones generales de reparto de competencias entre las CCEE y los legisladores nacionales *vid.*, J. V. LOUIS, «Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la Communauté Européenne et ses Etats membres», *R.I.E./J.E.I.*, 1979, pp. 355-373; R. KOVAR, «Compétences des Communautés», *Jurisclasseur Europe*, fasc. 420, p. 5; y, con carácter general, A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 1996, pp. 305-330. Concretamente sobre la limitación competencial en materia de DIPr., *vid.*, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, 3.ª ed., 1996, pp. 167-170.

(6) De hecho, el TJCE recientemente ha tenido que enfrentarse con un recurso de anulación por vulneración del principio de subsidiariedad. En concreto este recurso afectaba a la Directiva 94/19 del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos (*D.O.C.E.*, L-135, p. 5). Si bien, el tribunal comunitario en sent. de 13 de mayo de 1997, as. C-233/94, *Alemania c. Parlamento europeo y Consejo*, *Rec.*, 1997, ha considerado que este motivo no procedía, nada impide que en posteriores supuestos admita tal vulneración. En todo caso con esta sentencia propiciada por los tribunales alemanes se abre

perspectiva no se puede comprender ninguna actuación legislativa comunitaria en una materia que, de por sí, ya goza de un adecuado tratamiento en las legislaciones nacionales que garantice el respeto a la no discriminación de los sujetos protegibles por el DC (7).

En un segundo lugar, la limitación material que afecta a dichas competencias legislativas comunitarias condicionará también sus relaciones con otros sectores normativos. Como resultado de esta limitación material, el poder normativo de las CCEE no es ilimitado, como sí lo es el de los Estados (8), sino que vendrá compelido por las estrictas delegaciones de competencia que hasta ese momento se hayan producido (9). Como es bien sabido, inicialmente el proceso de integración tenía un fundamento estrictamente económico y éstas eran, en sustancia, las competencias que habían sido habilitadas a las CCEE. No obstante, la evolución del proceso de integración comunitario europeo ha conducido a la progresiva ampliación de dichas competencias abarcando sectores políticos y, últimamente, también sociales (10). La veracidad de todo lo expresado no obsta para que tal atribución de competencias no suponga una consiguiente pérdida

---

una nueva vía de debate. *Vid.*, el completo análisis de esta decisión y la propia resolución en P. MAESTRE CASAS, «Prohibición en el territorio comunitario de exportación de los sistemas nacionales de garantía de depósitos bancarios. ¿Una quiebra del control por el país de origen?», *La Ley (Unión Europea)*, n.º 4406 de 30 de octubre de 1997, pp. 9-16.

(7) Un reciente análisis del principio de no discriminación desde parámetros internacionalistas en S. SÁNCHEZ LORENZO, «La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros», *R.C.E.A.*, 1996, pp. 61-81 y M. GARDENES SANTIAGO, «La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad», *R.I.E.*, vol. 23, 1996, pp. 863-877.

(8) Dejando a salvo, claro está, las cesiones de competencias que los propios Estados efectúen, bien sean a órganos supraestatales o a órganos infraestatales como, por ejemplo, en el caso español, a las Comunidades autónomas.

(9) Conviene matizar, no obstante, la expresión «estrictas» puesto que el DC es precisamente una muestra de delegación de competencias de forma flexible y de contornos discontinuos. Nos estamos refiriendo a la teoría de los poderes implícitos recogida en el artículo 235 del TCE cuya interpretación extensiva ha servido para ampliar el volumen de competencias comunitarias. *Vid.*, para un análisis más detallado, A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, pp. 322-326 y la bibliografía allí citada.

(10) Una justificación a la expansión competencial de las CCEE con base en los arts. 100 y 235 del TCE en R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.* pp. 544-545, donde se contiene además un interesante análisis evolutivo.

de idéntica capacidad por parte de los Estados. Más bien todo lo contrario, pues se verán obligados a transponer y completar las previsiones comunitarias, para lo cual mantienen su capacidad legislativa intacta. Esto es especialmente visible en cuanto a las disposiciones adoptadas para la armonización de legislaciones, con arreglo al artículo 100 TCE, que ha sido definida claramente por el TJCE como competencia compartida (11). Sin embargo, en el ejercicio de esa actividad legislativa conjunta los Estados no sólo tendrán que respetar las obligaciones comunitarias, sino que en lo que puedan legislar sin consideración del DC sólo afectarán a situaciones ajenas al proceso de integración (12) o, en caso contrario, se verán sometidas a las consecuencias del principio de primacía comunitario. En resumen, el creciente aumento de competencias legislativas en favor de las CCEE unido al natural mantenimiento de idénticos poderes por parte de los Estados miembros, ocasionará, cada vez en mayor grado, la coexistencia de normas pertenecientes a distintos sistemas normativos pero tendentes a la regulación de idénticas situaciones jurídicas.

Puede parecer al lector que éste es un falso problema por cuanto el tercero de los principios mencionados *ut supra* servirá para solventar cualquier problema aparente. Pues bien, el principio de primacía del Derecho comunitario, según el cual cualquier posible conflicto entre una norma comunitaria y un Derecho nacional será resuelto en favor de la primera, plantea en la práctica actual algunas cuestiones que nos proponemos dirimir.

### III. LAS FISURAS DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA COMUNITARIO: ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR

#### 1. EL DERECHO CONSTITUCIONAL

3. El pretendidamente omnipotente resultado del principio de primacía ha sido recientemente cuestionado desde las distintas ramas del Dere-

---

(11) Así en el Dictamen del TJCE 2/91 sobre la OIT, de 19 de marzo de 1993, Rec. I-1064. Específicamente en materia de protección del consumidor la competencia prevista en el art. 129A del TCE es claramente una competencia compartida.

(12) Y recordemos que éste afecta no sólo a situaciones puramente intracomunitarias, sino también mixtas, como ha sido puesto de relieve en numerosas ocasiones por D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *loc. cit.*, p. 541.

cho en un orden que responde, a nuestro juicio, al mismo en que el DC ha ido suscitando experiencias.

Probablemente la mayor quiebra —al menos práctica—, sea la presentada respecto del Derecho constitucional. En teoría, cualquier Estado miembro debería adaptar, caso de ser necesario, su Constitución a las exigencias comunitarias antes de su integración en el proceso (13). Esta previsión inicial no empece la existencia práctica de problemas que *a posteriori* se presenten entre alguna de las Constituciones estatales y las normas de DC, bien sea por una ausencia de adecuada reforma *a priori* de la Constitución, bien sea por el nacimiento *ex novo* de un problema que en el momento de la adhesión al proceso de integración no podría producirse dado el grado de evolución de éste. Sea cual fuere el caso, lo cierto es que la doctrina comunitarista se apresuró a afirmar la absoluta primacía del DC, incluso en estos casos (14), y la necesidad de proceder a una reforma constitucional en estos supuestos que garantice un adecuado cumplimiento de los objetivos comunitarios (15). Esta solución, admitida en línea de principio, se ha visto quebrada en la práctica. En los supuestos donde, hasta el momento, los tribunales constitucionales de Estados miembros han tenido que pronunciarse ante estas cuestiones, la respuesta ha sido clara: como órganos encargados de defender «nuestra» Constitución, norma su-

(13) Así parecen entenderlo A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 429, amparados, entre otros argumentos, en la propia sent. del TJCE en el asunto *Costa c. ENEL* de 15 de julio de 1964, donde se afirma la primacía del DC respecto de cualquier texto interno. En jurisprudencia posterior el TJCE ha mantenido idéntica posición. No obstante, a juicio de G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y U. WOELKER, en «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad. La decisión del Tribunal Constitucional federal alemán de 22 de octubre de 1986», *R.I.E.*, 1987-3, pp. 667-681, esp. 681, éste es un conflicto hipotético que no llega a consumarse puesto que el DC asume como propios los principios constitucionales comunes a los Estados miembros.

(14) Confirmada en vía jurisprudencial por numerosas sentencias como indica G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Tribunales constitucionales y Derecho comunitario», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (Homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco)*, Madrid, 1993, pp. 1175-1200, esp. p. 1176.

(15) Es posición común en la doctrina, pero puede realizarse un examen más detallado en A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, pp. 429-430 y R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 630-664. En definitiva, el problema se reduce a las fricciones con los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones de los Estados miembros y no con la totalidad de éstas, según indica, entre otros, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *loc. cit.*, p. 1200.

prema del ordenamiento, cualquier infracción que se presente debe ser condenada por nuestro juicio (16). En definitiva esto trasluce un problema de fondo: la supuesta primacía comunitaria queda en manos, para su ejercicio práctico, de los tribunales nacionales, que no siempre admitirán de buen grado un poder absoluto del mencionado principio (17).

## 2. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

4. Otro ámbito que ha debido enfrentarse con las complejas relaciones de interacción con el DC ha sido el Derecho internacional público (en lo sucesivo DIP). La imbricación de ambos regímenes ha sido puesta de manifiesto en numerosas ocasiones (18). La posibilidad de que las CCEE

---

(16) *Vid.*, las sentencias de los Tribunales constitucionales alemán (Sent. de 29 de mayo de 1974, asunto *Solange I*, cuyo texto en español se encuentra en el *Boletín de jurisprudencia constitucional*, y sent. de 22 de octubre de 1986, asunto *Solange II*, con texto en español en *R.I.E.*, 1987, núm. 3, p. 881) e italiano (Sent. de 22 de mayo de 1989, asunto *Fragd*, sent. 232/89, con transcripción del texto en *Il foro italiano*, 1990-I, p. 1855). Por el momento nuestro Tribunal constitucional no ha tenido que pronunciarse directamente pero todo parece indicar que, llegado el momento, se sumaría a la línea abierta por sus homónimos extranjeros, sobre todo si se tiene en cuenta su jurisprudencia hasta el momento (Sents. 64/1991, de 22 de marzo y 111/1993, de 25 de marzo). Puede encontrarse además un estudio profundo sobre las relaciones entre las Constituciones y el DC en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *loc.cit.*, pp. 1175-1200, donde se afirma que «ningún Tribunal constitucional ha reconocido la primacía del Derecho comunitario sobre el propio Derecho constitucional», p. 1191, pues la Constitución «constituye un presupuesto existencial» de dichos tribunales, p. 1200. En todo caso, para este autor el Tribunal constitucional español aún no ha prejuzgado su posición habida cuenta del carácter incidental de sus pronunciamientos, p. 1198. También R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 630-664, realiza un análisis detallado de la jurisprudencia constitucional.

(17) Harto conocido es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, consecuencia del nuevo volumen de competencias de las CCEE resultante del Tratado de Maastricht, según el cual la interpretación extensiva del art. 235 del TCE no podrá continuar. Caso de no ser tenida en cuenta esta decisión el Tribunal alemán advierte que Alemania no se considerará obligada por la jurisprudencia del TJCE. *Vid.* el texto de la sentencia en *R.I.E.* 1993-3, pp. 975-977.

(18) De ahí que existan proyectos docentes y de investigación que muestran la interdependencia entre Derecho internacional y Derecho de la Unión Europea, como el de J. Díez-Hochleitner Rodríguez, *Proyecto docente para la plaza de catedrático de Universidad del área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*, presentado en Madrid, 1997.

actúen en las relaciones internacionales con capacidad propia y no a través de los Estados miembros (19), pero a su vez la existencia de limitación competencial que afecta a las CCEE, ocasiona problemas de reparto de competencias y de actuación u omisión en los foros internacionales según que se esté o no ante materias para las que ha sido habilitada. El control previsto por el artículo 228.6 del TCE que subordina cualquier acuerdo internacional a la previa conformidad con el DC pudiera parecer una manifestación más del principio de primacía comunitaria. Sin embargo, los pronunciamientos del TJCE en esta materia han afectado exclusivamente a la constatación del alcance competencial sin ejercer ningún control de fondo, lo cual desvirtúa la relación de este control con el principio de referencia. Del otro lado de la moneda, los acuerdos internacionales celebrados por las CCEE, como ente de DIP, son parte también del DC e, incluso, los acuerdos internacionales y las normas que conforman el DIP general —dentro de las cuales se incluyen las consuetudinarias—, han de ser tenidas en cuenta para determinar la validez del DC derivado (20). Si ya estas relaciones «clásicas» alcanzaban tintes de conflicto (21), la cooperación de los Estados miembros en los asuntos de justicia e interior (CAJAI) y en la política exterior de seguridad común (PESC) ha ampliado el debate de interacción entre ambos regímenes y ha logrado revertir la concepción del DC como un subsistema de Derecho internacional para comprenderlo como un ordenamiento frente al cual el DIP afirma su primacía (22). No obstante este aparente conflictualismo, rige un espíritu conciliador que busca mecanismos de solución más allá de una mera constatación de problemas. En todo caso, queda por ver cuál será la posición del DC cuando este problema se cristalice en algún asunto con trascendencia práctica (23).

(19) Bien sea en calidad de observador, con estatuto de miembro o en cualquiera de las formas previstas por el DIP.

(20) Según jurisprudencia creada por la sent. del TJCE de 22 de junio de 1989, asunto *Fediol IV*, C-70/87, *Rec.*, pp. 1781-1782.

(21) En palabras de J. Díez-Hochleitner Rodríguez, *op. cit.*, p. 75.

(22) Esta es la conclusión a la que la doctrina publicista ha llegado en los últimos tiempos. Así, J. Díez-Hochleitner Rodríguez, *op. cit.*, pp. 71-76. Sin embargo este asunto preocupa desde los orígenes del principio de primacía comunitario como da cuenta de ello el trabajo de B. de Witte, «Retour à Costa. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international», *R.T.D.E.*, 1984-3, pp. 425-454, esp. pp. 446-450.

(23) Muestra esta preocupación J. Díez-Hochleitner Rodríguez, *op. cit.*, p. 73, para quien «resultaría paradójico observar que se muestre tan autosuficiente



5. Desde perspectivas basadas en otras materias, los problemas que se presenten y las soluciones que se concedan mostrarán las complicaciones que el ejercicio hasta sus últimos límites de este principio puede ocasionar. Por lo que a nosotros se refiere, los problemas de interacción con el DIPr no han hecho más que empezar. No cabe duda, además, que la posición adoptada respecto del DIPr afectará también, aunque indirectamente, a otros sectores materiales como el mercantil, civil, laboral o procesal.

#### IV. LA INTERACCIÓN CON EL DIPr.

##### 1. EXISTENCIA DE TRANSFERENCIA LEGISLATIVA

6. En primer lugar, antes de movernos en términos de conflicto, necesitamos precisar la existencia de transferencia legislativa en favor de las CCEE en materia de DIPr (24). No se puede afirmar, con carácter absoluto, tal delegación, lo que no impide pronunciarse a favor de una transmisión, como mínimo, sectorial. Nos estamos refiriendo a la posibilidad contemplada en el artículo 220 del TCE según el cual en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones los Estados Miembros adoptarán una postura activa. Se puede decir que al menos en uno de los tres sectores clásicos del DIPr (competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones) existe dicha transferencia de competencias, aunque tenga el carácter de compartida (25).

como determinados ordenamientos estatales frente a los cuales él mismo afirma su primacía».

(24) Toda afirmación en este punto tiene una validez temporal limitada puesto que el catálogo de competencias comunitarias es abierto. De este modo, A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, pp. 319-326, han convenido en calificarlo como competencias evolutivas o progresivas, cuyo desarrollo se produce de forma paralela y simultánea al propio proceso de integración. *Vid.*, asimismo sobre la progresiva extensión material de la competencia comunitaria, R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 536-537; y también desde una perspectiva propia del DIPr, *vid.*, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado», *La Ley (Unión Europea)*, n.º 4510, de 30 de marzo de 1998, pp. 1-3, en el que se analiza el alcance, bien que limitado, de las nuevas previsiones contenidas en el art. 65 del TCE.

(25) Es importante en este punto tener clara la existencia de un principio de autonomía procesal nacional, es decir, inicialmente corresponde a los legisladores nacionales la regulación de las condiciones procesales conforme a las que se va a

Pero no quedan ahí las posibilidades del ejercicio de competencias legislativas de DIPr por parte de los órganos competentes a nivel comunitario, pues pueden encontrarse transmisiones indirectas en varios artículos más del texto constitutivo. Así por ejemplo, la asunción de las libertades comunitarias, que implican la entrada y salida de capitales, personas y bienes extranjeros en nuestro territorio, y la atribución de competencia legislativa en estas materias, reconoce, por sí misma, la necesidad de crear normas para supuestos de tráfico externo. Ello sin contar con menciones tales como la no discriminación de los nacionales de otros Estados miembros (art. 6 TCE) que tradicionalmente han sido tratadas por el Derecho internacional. A mayor abundancia, la tan traída y llevada doctrina de los poderes implícitos del artículo 235 TCE nos agrega un nuevo argumento en favor de una respuesta afirmativa. En conclusión, el hecho de que no exista de forma explícita una atribución directa y absoluta de competencias de DIPr no impide que sí exista directamente en sectores concretos y con carácter general de forma indirecta o, incluso, implícita (26).

## 2. DESARROLLO HISTÓRICO

7. No obstante esta posibilidad, las CCEE entendieron preferente la intervención legislativa en otros sectores, al menos durante las primeras

llevar a cabo la aplicación de los derechos comunitarios, lo que podría abogar por una interpretación restrictiva de las competencias comunitarias en materia de competencia judicial internacional. En cualquier caso, parece que la jurisprudencia reciente del TJCE aboga por el principio de efectividad y ello conlleva, además, una necesidad de cooperación en busca de la justicia procesal y, en consecuencia, una atribución de responsabilidad compartida. Este interesante debate desborda los cauces de este trabajo que, no obstante, nos ha parecido conveniente dejar abierto.

(26) Los límites materiales a la armonización institucional del DIPr es un debate abierto. Conocida es la postura amplia mantenida por K. F. KREUZER, «Lex communis europea de collisione legum: Utoppie ou nécessité?», *España y la codificación internacional del DIPr*, Madrid, 1993, pp. 225-246, para quien dichos límites no son infranqueables si se pretende la consecución de una igualdad y seguridad jurídica. Este autor lo entiende factible como resultado de una interpretación conjunta de los artículos 220 y 235 del TCE. A mayor abundamiento encontramos la cooperación judicial prevista en el artículo K.1 del TUE. En todo caso, los únicos límites mantenibles en DIPr respecto al ámbito material de competencias afectarían a los sectores no patrimoniales y ni siquiera estos se verían exentos de intervención comunitaria cuando puedan suponer una restricción o dificultad a los objetivos comunitarios como dio cumplida prueba la sent. TJCE en el asunto C-168/91, *Konstantinidis*, de 30 de marzo de 1996.

décadas. De hecho, esta inactividad en el ámbito internacional a nivel institucional motivó la negociación y conclusión, entre los mismos Estados, de Convenios internacionales que otorgasen respuestas jurídicas adecuadas a los problemas de tráfico externo comunitario o mixto (27). Fruto de ello son el CB (28) y el CR (29), ambos de inspiración comunitaria (30), sin olvidar otros que también tienen una base comunitaria aunque su alcance material sea más limitado, como los de quiebra, alimentos, supresión de legalizaciones, etc.

8. Esta falta de preocupación por la armonización de los aspectos internacionales en tanto se iba armonizando el derecho material, condujo durante muchos años a una ausencia de problemas de interacción con el DIPr. Progresivamente las CCEE tomaron conciencia de la posibilidad, e incluso la conveniencia, de efectuar una armonización paralela de la normativa de DIPr. De esta forma comienzan a aparecer en el Derecho comunitario derivado, junto a las normas de Derecho material, normas de DIPr y, con ello, los problemas de interacción. Así, en el año 93 comienza la producción iusprivatista en el Derecho derivado con el artículo 5 de la Directiva 93/7/CEE del Consejo de 15 de marzo de 1993 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del terri-

---

(27) Nótese, particularmente por cuanto al CB se refiere, que éste es un caso donde la inactividad legislativa comunitaria en una materia transferida autoriza una intervención estatal no tanto como consecuencia de una restitución de dicha competencia como por la obligación general de cooperación (art. 5 TCE) y siempre respetando los objetivos generales del proceso de integración y los principios generales que informan ese proceso. Así se expresan A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, pp. 313-314. De aquí se extraen importantes consecuencias en cuanto a la vinculación de estos Convenios y el DC y la consiguiente obligación o no de respeto posterior. También coadyuva a la comprensión de la inadecuadamente denominada «devolución» de competencias a la que posteriormente nos referiremos. Un análisis comparado de las posiciones doctrinales respecto a la naturaleza jurídica del «Derecho complementario comunitario» y las consecuencias de tal calificación a efectos de posterior control por parte del TJCE en R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 247-249.

(28) Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (*D.O.C.E.* núm. C-189, de 28 de julio de 1990).

(29) Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (*D.O.C.E.*, núm. L-133, de 18 de noviembre de 1992).

(30) Cuyo fundamento legal está, respectivamente, en los artículos 220 y 235 del TCE.

torio de un Estado miembro (31). Sin embargo, la especificidad de la materia a la que concierne esta Directiva ha evitado que produjera el debate que ha producido su compañera, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (32), cuyo controvertido artículo 6.2 ha propiciado una literatura jurídica ingente, no sólo por abarcar una realidad social amplia y afectar a la mayoría de los contratos que se celebran en la actualidad, sino, porque ha servido, además, de disposición modelo de DIPr para las sucesivas normas de Derecho derivado que se han ido incluyendo en el quehacer comunitario (33). La actuación comunitaria ha tenido, por consiguiente, un doble efecto de dispersión al socaire de las normas materiales que elaboraba y de falta de un adecuado tratamiento de las normas de DIPr por su valoración de accesoriadad (34).

9. Al margen de las distintas normas surgidas de forma dispersa en la legislación comunitaria derivada, realizadas al hilo de la uniformización material del Derecho y que muestran la ausencia de una política legislativa comunitaria en torno al DIPr, la primera norma comunitaria creada específicamente para regular supuestos de tráfico externo es la reciente Directiva 97/5/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, sobre transferencias transfronterizas de fondos (35). Es en esta ocasión cuando podemos hablar de una regulación de DIPr comunitario sobre una materia y no, como venía ocurriendo hasta ahora, de una mera

(31) *D.O.C.E.*, núm. L-74, de 27 de marzo de 1993, pp. 74-80.

(32) *D.O.C.E.*, núm. L-95, de 21 de abril de 1993, pp. 29-34.

(33) Pueden citarse, entre las normas que se han beneficiado y contagiado, a partes iguales, de las virtudes y defectos del artículo 6.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por ejemplo, el artículo 9 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (*D.O.C.E.*, núm. L-280, de 29 de octubre de 1994, pp. 83-87); el artículo 12 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia (*D.O.C.E.*, núm. L-144, de 4 de junio de 1997, pp. 19-28); o el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (*D.O.C.E.*, núm. L-18, de 21 de enero de 1997, pp. 1-6).

(34) En sentido similar D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *loc. cit.*, p. 533; y E. JAYME y CH. KOHLER, *loc. cit.*, p. 2.

(35) *D.O.C.E.*, núm. L-43, de 14 de febrero de 1997, pp. 25-31.

incursión puntual en los supuestos de tráfico externo sin una auténtica visión internacionalista (36).

### 3. PROBLEMA GLOBAL: LOS TRES NIVELES

10. Una visión general de los problemas que pueden suscitar las normas de Derecho derivado, particularmente las contenidas en Directivas (por su necesidad de transposición), nos dará debida cuenta de las inseguridades que el principio de primacía comunitaria referido ocasiona en el ámbito del DIPr.

Si tenemos en cuenta la previa existencia de unos Convenios internacionales celebrados entre los Estados miembros del proceso de integración, cuya base jurídica es, como ha sido indicado, el propio texto constitutivo de las CCEE y que regulan de forma específica el tratamiento de los supuestos de tráfico privado externo, la inclusión de normas de DIPr en las normas de Derecho comunitario derivado sobre las mismas materias ocasiona un solapamiento de disposiciones, no siempre compatibles, que es menester solventar. La respuesta inicial es clara: el principio de primacía comunitario, a mayor abundamiento reconocido de forma expresa por ambos Convenios (37), otorga una aplicación preferente del texto comunitario. Sin embargo, esta afirmación lógica llevada hasta sus últimas consecuencias puede conducir a resultados prácticos manifiestamente contrarios al fin deseado y, además, es consecuencia de planteamientos incorrectos. En la consideración de que el fin previsto por la actuación comunitaria es la armonización legislativa a través de la cual se consiga una solución uniforme de supuestos de tráfico privado externo idénticos, la interpretación teleológica de los resultados se impone claramente y es ahí donde residen los problemas (38).

11. Los problemas de interacción de las normas de DIPr contenidas en las Directivas y los Convenios internacionales de inspiración comunitaria y alcance general (CB y CR) se producen en tres niveles.

Siguiendo el *iter* lógico, al aparecer una Directiva comunitaria que contiene una disposición de DIPr pueden suceder dos hipótesis. De un lado,

(36) Esto es consecuencia, como ya indicara D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *loc. cit.*, p. 533; de los distintos «hacedores» de las normas.

(37) Artículos 57.3 y 20 de los CB y CR respectivamente.

(38) De otro lado, es de sobra conocido que este tipo de interpretación es, junto con la sistemática, la fórmula preferida por el TJCE.

la regulación en ella contenida puede ser conforme a los presupuestos y soluciones dados en los Convenios (39). De otro lado, las soluciones adoptadas pueden ser contrarias o, cuando menos, distintas a las del Convenio. Entonces tenemos ante nosotros un problema que se ha denominado conflicto potencial puesto que, en esencia, es sólo un riesgo de ulteriores conflictos (40). En principio, este problema se resuelve, como ha sido indicado, con el ejercicio del principio de primacía. No obstante, a efectos prácticos éste es un problema inexistente por cuanto la Directiva no goza de una aplicación directa —al menos entre particulares (41)— sino que requiere un acto de transposición.

---

(39) Esta sería la solución normal si se tiene en cuenta la previsión realizada por los Estados miembros del CR en el momento de la firma donde realizan una Declaración Común cuyo contenido tiene el siguiente tenor literal: «Preocupados por evitar, en toda la medida de lo posible, la dispersión de normas de conflictos de leyes en una multiplicidad de instrumentos y las divergencias entre tales reglas, desean que las instituciones de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias sobre la base de los Tratados que las han constituido, se esfuercen, cuando proceda, por adoptar las normas de conflictos que, en lo posible, estén en armonía con las del Convenio». Este es, por lo demás, el argumento principal utilizado por E. JAYME y Ch. KOHLER, *loc. cit.*, p. 16, para proponer como método de solución el denominado «principio de conciliación». Además, nada impide —aun al margen de dicha previsión—, la adopción de una respuesta acorde a las previsiones del Convenio, sobre todo si se cree que se ha llegado a dichas soluciones tras un análisis exhaustivo de la realidad del tráfico externo y que responden a los parámetros de proximidad, adecuación material, etc... En todo caso, no es unánime la doctrina al entender la necesidad de un tratamiento acorde de ambos regímenes pues puede mantenerse la idea de que son distintos los principios y motivaciones que inspiran a los distintos legisladores (convencional e institucional). Así se ha manifestado J. D. González Campos en repetidas ocasiones, sin que se le conozca un pronunciamiento escrito al respecto.

(40) Hacemos nuestra, por el momento, la terminología empleada por E. JAYME y Ch. KOHLER, *loc. cit.*, pp. 12-15.

(41) Esta es una muestra más de la importancia trascendental de la no admisión del efecto directo horizontal por parte del TJCE. El tema ha recabado la atención de la doctrina de forma significativa siendo la mayoría proclives a la admisión de este efecto especialmente con el grado de integración alcanzado. De particular interés son los trabajos de F. SCHOCKWEILER, «Effets des directives non transposées en droit national a l'égard des particuliers», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Homenaje a M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 1201-1220 y F. EMMERT y M. PEREIRA DE AZEVEDO, «L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE : un bateau ivre ?», *R.T.D.E.*, 1993-3, pp. 503-524. En cuanto a nosotros, ya tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre este punto en M.J. LUNAS DÍAZ, «El efec-

12. El problema realmente relevante será la posible colisión de la norma de transposición con respecto al Convenio, pero antes de llegar a este problema puede plantearse aún uno más. Estamos ante el segundo nivel. Se trata de la posibilidad de inadaptación entre la Directiva y el texto de transposición. Teniendo en cuenta que la denominada inversión de la pirámide normativa producida por el principio de primacía comunitaria, al dotar de aplicación preferente una norma estatal (la de transposición) sobre una norma convencional —alterando de esta forma el régimen normativo constitucionalmente previsto—, no es una inversión total, sino que afecta sólo a la norma de transposición, el resultado final es la aplicación preferente de la Directiva, en segundo lugar de la norma estatal de transposición y, en tercer lugar, del Convenio internacional. Sin embargo, la aplicación preferente de la Directiva sólo puede tener un alcance interpretativo —que no de aplicación directa—, al menos en las relaciones entre particulares donde el efecto directo horizontal no es admitido. Por tanto, no podrá resolverse el asunto con el único fundamento del texto de la Directiva pues, en esencia, es inaplicable (42). De modo que aquel particular que en un caso concreto donde no haya habido una adaptación adecuada al Derecho interno alegue el texto de la Directiva y su valor interpretativo, correrá el riesgo de que la contraparte impugne esta actuación por la vía del artículo 169 del TCE (43). En cualquier caso, esta relación entre Directiva y norma de transposición es un problema esencial de DC y será adecuadamente resuelto por los expertos en la materia.

13. El problema que a nosotros nos interesa es, como ha sido adelantado, la relación de la norma de transposición con el texto convencional.

to directo horizontal de las Directivas y la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario en un supuesto de crédito al consumo», *La Ley (Unión Europea)*, n.º 4222 de 5 de febrero de 1997, pp.1-4, lo que suscribimos.

(42) Sobre el efecto interpretativo de las Directivas *vid.*, R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 265-267, además de la inevitable sent. TJCE en el asunto *Marleasing*, de 13 de noviembre de 1990 (as. 106/89), *Rec. I-4135*, en la que se afirma que «al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, está obligado (el juez nacional) a hacerlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva para alcanzar el resultado a que se refiere la misma, y, de esta forma, atenerse al párrafo tercero del artículo 189 (TCE)».

(43) En concreto, R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, alude a la acción de responsabilidad contra el Estado miembro cuando no quepa una interpretación acorde con los estrictos términos de la Directiva y dado que no es admisible una interpretación *contra legem*, en aplicación de la jurisprudencia del TJCE en el asunto *Francovich y Bonifaci*, de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados 6 y 9/90.

Una vez más los resultados posibles en este tercer nivel son, tanto una adecuada compatibilidad entre ambas, en cuyo caso no existirán problemas o, lo que es más frecuente, una inadaptación que origina conflictos actuales indirectos (44). De nuevo el principio de primacía comunitaria juega su papel afirmando la aplicación preferente de la norma de adaptación a la cual se extiende, por imperativo legal (45). Hasta aquí los resultados son claros, aunque en absoluto satisfactorios, por cuanto no sólo está en tela de juicio la legitimidad de la intervención legislativa comunitaria en una materia que ya era objeto de armonización en los Estados parte como consecuencia de unos Convenios internacionales cuyos resultados prácticos son, cuando menos, satisfactorios. Cabe preguntarse si no es esto una vulneración del principio de subsidiariedad que, como ha sido anunciado, afecta la actuación legislativa comunitaria (46). Si a esto se añade que la posible incompatibilidad del Convenio no es con un único texto nacional sino con los diferentes textos de transposición, (tantos como Estados comuni-

---

(44) Nos parece adecuado denominar a estos problemas, conflictos actuales indirectos puesto que han dejado de ser meros conflictos en potencia para materializarse en supuestos concretos, pero lo hacen por vía indirecta, es decir, a través de una norma de transposición. De este modo se distinguen también de los conflictos actuales directos que son los producidos entre Convenios y normas de DIPr contenidas en Reglamentos.

(45) Es preciso recordar, en este punto, que incluso este aspecto concreto está previsto en las citadas normas contenidas en los Convenios donde se afirma la primacía comunitaria. En concreto el art. 20 del CR dispone: «El presente Convenio se entiende sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o estarán contenidas en los actos derivados de las instituciones de las Comunidades Europeas o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos». De tenor similar resulta el art. 57.3 del CB.

(46) No olvidemos que el principio de subsidiariedad se mide en parámetros de eficacia, es decir, sólo se entiende legitimada la actuación comunitaria si es más eficaz que la nacional. *Vid.*, R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 571. Además, como indican M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, J.A. GONZÁLEZ VEGA y B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 110-114, la concreción de esa eficacia se determina en virtud de dos parámetros: la dimensión de la actuación, es decir, la relevancia y repercusiones nacionales o internacionales de la actuación, y los efectos que produce. Por tanto, y teniendo en cuenta que era una competencia transferida a las CCEE, que no fue ejercitada y que los Estados colmaron esa laguna logrando una armonización por vía convencional, pero desde parámetros comunitarios, sólo se entenderá legitimada la actuación comunitaria en esta materia si las actuaciones emprendidas resultan verdaderamente eficaces.



tarios sean), las posibilidades de un resultado desalentador y contrario al mismo Derecho comunitario originario son mayores. La consecuencia fundamental es la desarmonización de las normas de DIPr en materias ya armonizadas por el Derecho nacional (47) y ello reconduce la cuestión a la funcionalidad de la norma (48). Si, como es el caso, se crea una normativa cuyo fin último es hacer desaparecer las diferencias legislativas que puedan impedir la consecución del mercado interior y, por este cauce no se consigue sino el efecto contrario, será necesario buscar, siquiera sea por la vía teleológica anunciada, una solución adecuada al caso. Nos damos cuenta, sin embargo, que a través de interpretación no puede impedirse la aplicación de un principio general del DC, lo que no impide que la aplicación que de este principio se haga sea interpretada de forma restrictiva y en coherencia con el resto de los principios que afectan al Derecho.

#### 4. PROBLEMA CONCRETO: LAS DIRECTIVAS DE MÍNIMOS. ALCANCE Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA COMUNITARIA

14. El problema en concreto se plantea especialmente con las denominadas «Directivas de mínimos» que imponen la consecución de unos resultados concretos o, más bien, un nivel de protección determinado (estándar mínimo), pero permiten a los Estados la imposición, en el acto de transposición o cualquier otro, de requisitos más gravosos, es decir, de un nivel de protección más elevado. En el ejercicio de este derecho a «ir más allá» los Estados han creado muy distintas obligaciones que no siempre son compatibles con los resultados previstos por los Convenios. Pues bien, si admitimos la omnipotencia del principio de primacía comunitario, incluso en estos casos, las consecuencias a nivel de teoría general del Derecho pueden llegar a ser muy gravosas. En concreto, se estaría posibilitando por esta vía a los Estados un vehículo de defraudación de las obligaciones asumidas convencionalmente (49).

(47) Ya sea a través de un Convenio internacional obligatorio en su territorio, ya sea con una Ley interna que ha realizado una incorporación material o por referencia de dicho Convenio.

(48) La unidad funcional que afecta a ambas normas en conflicto ha sido aludida para predicar el «principio de conciliación» como método de solución de estos litigios por E. JAYME y CH. KOHLER, *loc. cit.*, pp. 15-16.

(49) Al referirnos a las obligaciones asumidas convencionalmente lo hacemos no sólo en referencia a los pactos existentes antes de la adhesión al proceso de in-

15. Las posibles respuestas a este problema pasan por el análisis de teorías como la de los bloques normativos sostenida en la doctrina administrativista (50). Según esta teoría las normas no colisionan puntualmente entre sí sino que son los bloques normativos los que producen este tipo de conflictos, pues sólo dentro de ellos existe una relación de jerarquía. Fuera de cada bloque las relaciones que puedan darse se ven afectadas por un reparto competencial (51). En conclusión, se optará por la preferencia de uno de ellos. Aquí surge, a nuestro juicio, la primera quiebra de la teoría, puesto que entre el bloque normativo comunitario y el resto de bloques (estatal, de las CCAA y de las entidades locales) sí existe una relación de primacía. Obviando el dato de que dicha teoría no incluye los Convenios internacionales —probablemente por su equiparación a efectos de Derecho administrativo con las Leyes estatales—, la teoría nos es útil para comprender que las normas en conflicto no pueden ser consideradas individualmente sino como un todo dentro de su grupo normativo. El problema aquí es establecer a qué bloque normativo pertenece cada una de las normas en conflicto pues, de un lado, los Convenios internacionales son eso, Convenios, que se equiparan a la ley nacional, y, por lo tanto, quedarían incluidos en el bloque estatal, y, de otro, su inspiración comunitaria y su fundamento legal en el propio Tratado constitutivo nos hace establecer relaciones de vinculación complicadas (52). Piénsese, además, que estos Convenios se celebran una vez inmersos en el proceso de integración y como consecuencia de la inactividad de las CCEE, que son las legitimadas para ello después de la transferencia de competencias. El resultado es un Convenio internacional de base comunitaria y sometido a sus principios informadores, en especial al principio de confianza comunitaria. Pues bien, suponiendo que perteneciesen al mismo bloque, nada impediría su actuación jerárquica; en caso contrario, y dado que no hay

tegración sino también a los posibles pactos adquiridos por esta vía una vez integrados y hasta el momento de producirse efectivamente el conflicto. No obstante, la anterioridad en el tiempo es un argumento añadido a nuestra posición.

(50) Vid. J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 2.<sup>a</sup> edición, 1987, tomo I, pp. 82-84 y 273.

(51) Así, J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, *op. cit.*, pp. 83-84.

(52) Así, por ejemplo, A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, pp. 380-381, hablan de una categoría mixta entre lo internacional y lo institucional comunitario, para referirse a los Convenios complementarios. Como hemos indicado, R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p-247, lo denomina «Derecho complementario comunitario», denominación que goza de gran predicamento entre la doctrina.

jerarquía, el supuesto debería resolverse a través de una distribución de competencias, pero, como ha sido apuntado, la atribución de competencias a las CCEE no se hace a costa de una pérdida de esta facultad en manos del legislador estatal, de modo que ese citado reparto de competencias no es tal reparto sino más bien compartimiento.

16. Siguiendo la línea argumentativa seguida por esta teoría puede concluirse que los Estados parte transmiten esta facultad de legislar a las CCEE que, a su vez, se la devuelven a cada Estado, vía Directiva, sólo limitada por los mínimos impuestos en ella.

La primera cuestión susceptible de controversia es la posibilidad de devolución de la competencia pues, el proceso de transferencias es irreversible. Desde este punto de vista no cabe entender que los Estados recuperan su capacidad legislativa sino más bien que las CCEE habilitan al legislador estatal para que, en la consecución de los fines obligatorios impuestos por ella, adopten las medidas que consideren pertinentes (53).

Dejando a un lado esa imposibilidad de devolución en sentido estricto, el problema se suscita, además, al comprobar que, por este camino, se está permitiendo a los Estados un «lavado» de sus competencias. Es decir, ¿la competencia legislativa vuelve a los Estados en el mismo punto en que se encontraba en el momento de la transmisión o retorna limpia de cualquier compromiso, por ejemplo convencional, que le afectase? o, lo que es lo mismo, ¿hasta dónde alcanzan los efectos de la primacía comunitaria? Si se admite un efecto absoluto de este principio estamos reconociendo que los Estados parte, en su labor transpositora y en ejercicio de su facultad de ampliar los mínimos impuestos por el DC pueden regular incluso en contra de unas obligaciones internacionales asumidas por vía convencional, incluso anteriormente. Por esta vía el Derecho comunitario puede llegar a convertirse en la «lavadora» del Derecho convencional (54).

No obstante, a nuestro juicio, también cabe otra interpretación. Posiblemente se produzca este círculo de transmisión de competencias legislativas pero, en el momento en que esta facultad es devuelta a los Estados parte, éstos la reciben en el mismo estado en que la tenían y, en

(53) Así lo afirman A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op.cit.*, pp. 310-311.

(54) En este punto se nos antojan aún más graves los resultados desde un óptica de DIP pues el DC puede convertirse en la válvula de escape de obligaciones convencionales incómodas.

consecuencia, no pueden eludir otros compromisos que, por un camino u otro, limitase esa facultad normativa (55). Dicho de otro modo, el principio de primacía comunitaria alcanza hasta las obligaciones impuestas y agota en ellas sus efectos. En el ejercicio de esa facultad de aumentar el nivel de protección los Estados deberían contener una regulación armónica con las previsiones contenidas en los Convenios pero, en caso contrario, soportarán la reorganización de la pirámide normativa y, en consecuencia, sus previsiones quedarán marginadas a supuestos donde la regulación convencional no alcance o se verán subordinadas a las previsiones convencionales.

17. Más claros se presentan aún los límites de este principio respecto de las regulaciones que los Estados parte puedan hacer «al hilo de» o «aprovechando que» proceden a la transposición. En absoluto puede alcanzar el efecto del principio de primacía a aquellas regulaciones que no respondan a las obligaciones comunitarias sino que sean adoptadas por los Estados miembros en beneficio de su propio ordenamiento jurídico, por más que éstas respondan también a armonizaciones de cada Derecho al de los demás Estados comunitarios. Sólo en cuanto sean ejercicio directo de una obligación impuesta por el legislador comunitario y en la estricta medida que sean necesarias para ello se verán amparadas en el principio de primacía.

---

(55) Especialmente las obligaciones derivadas del Tratado constitutivo. Esta obvia afirmación puede convertirse en fundamental a la hora de valorar la adecuación de las transposiciones y sus límites. Incluso es recordado este límite por algunas Directivas. Así, la Directiva 93/13, a la que después haremos referencia, en su art. 8 faculta a los Estados para superar el mínimo de protección en ella previsto pero lo limita, entre otras cuestiones, al respeto al TCE. Desde esta perspectiva se ha iniciado un debate en la doctrina alemana en torno a la ampliación hecha de su Ley de Condiciones Generales de Contratación más allá de lo estrictamente previsto en la Directiva 93/13. Como nos indica N. REICH, «The implementation of Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts in Germany», *E.R.P.L.*, 1997-2, pp. 165-172, esp. p. 168, es debatible si tal ampliación está amparada en el art. 6.2 de la Directiva como pretende parte de la doctrina (*Vid.*, para una mayor ampliación de este debate, la bibliografía citada por N. REICH, *loc. cit.*, pp. 165, 167 y 168) o si tal extensión puede vulnerar el principio de no discriminación contenido en el TCE.

5. LA DIRECTIVA 93/13: UN EJEMPLO DEL «EFECTO LAVADO»

18. No es éste el lugar de analizar ninguna Directiva, dada la generalidad en que se desarrolla este trabajo; sin embargo, nos parece interesante ejemplificar —al menos de forma somera—, las cuestiones apuntadas. No serán tratados todos los problemas que esta Directiva presenta pues desbordaría con creces el objetivo de este trabajo. Tan sólo se mostrarán algunos aspectos limitados que acrediten la veracidad de los planteamientos teóricos vertidos en párrafos anteriores. La elección efectuada es —como todas—, arbitraria y, sin duda, el desarrollo práctico de ésta y otras disposiciones comunitarias de DIPr nos abrirá caminos aún desconocidos. No obstante, y a pesar de la novedad del problema explicado, sirvan las líneas siguientes para demostrar que contamos ya con ejemplos prácticos, que si bien no han suscitado aún decisiones jurisprudenciales, probablemente no se hagan esperar mucho.

19. La Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados por consumidores contiene una norma de DIPr, el artículo 6.2, que da cumplida muestra de los problemas aludidos (56). En primer lugar, la literalidad de esta disposición puede suscitar problemas en lo que hemos denominado primer nivel, pues su adaptación y correspondencia con el artículo 5 del CR dista mucho de ser pacífica (57). No sólo afecta a ámbitos de aplicación que van más allá de lo dispuesto en el régimen especial de protección del consumidor a nivel convencional (58), sino que incluso en lo que se refiere estrictamente a los consumidores pasivos los elementos de comparación elegidos tampoco coinciden: de un lado, el Convenio

---

(56) Prueba de ello es la abrumadora literatura jurídica en torno a esta cuestión. *Vid.*, por ejemplo, M. FALLON, «Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive núm. 93/13 de 5 avril 1993», *R.E.D.C.*, 1996-1, pp. 3-27; L. FUMAGALLI, «Le clause abusive nei contratti con i consumatori tra Diritto comunitario e Diritto internazionale privato», *Riv.dir.int.pri.pr.*, 1994-1, pp. 15-32; L. CANNADA BARTOLI, «Questioni di Diritto internazionale privato relative alla Direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori», *Riv.dir.int.*, 1995, pp. 324-344.

(57) Así, E. JAYME y CH. KOHLER, *loc. cit.*, pp. 19-27, esp. p. 19.

(58) El CR en su art. 5 se refiere sólo a los consumidores pasivos, por contra, el art. 6.2 de la Directiva 93/13 se aplica tanto a los consumidores pasivos como activos, entendiéndose por éstos los que adoptan una posición cosmopolita sobrepasando las fronteras estatales en busca de unas condiciones contractuales más ventajosas.

alude a la residencia habitual del consumidor y, de otro, la Directiva al nivel mínimo de protección comunitario impuesto por ella misma (59).

También se observan problemas en el segundo nivel dado que los legisladores nacionales, en su labor de transpositores, no siempre han entendido bien la esencia del mencionado artículo 6.2. El caso más relevante es, a nuestro juicio, la elusión hecha por muchos Estados de la obligación comparativa impuesta por la Directiva entre la ley expresamente pactada en una condición general de contratación y el nivel mínimo de protección impuesto (60). Como decíamos, algunos Estados han eliminado directamente la obligación de establecer este elemento comparativo al obligar a los tribunales nacionales a tener por no puestas las cláusulas de elección de ley que designan para regir el fondo del contrato el Derecho de un Estado extracomunitario, sin observar si la legislación de este Estado impone un nivel de protección igual o mayor al comunitario, en cuyo caso tal elección, según las exigencias comunitarias impuestas por la Directiva, sería lícita, pero que no lo es a la luz de las normas de transposición (61).

20. Pero, como hemos advertido anteriormente, el epicentro de nuestra preocupación —por ser el único sector donde aún no hay siquiera soluciones doctrinales— es el tercer nivel, o lo que es lo mismo, la incompatibilidad entre el texto de transposición y la normativa convencional recogida en el CR o en el CB. Basta a nuestros fines con contemplar la reciente Ley española de condiciones generales de contratación (62), lo que no significa que las restantes leyes de adaptación de los Estados miembros estén libres de idénticos o similares problemas (63).

De un lado, la ley de transposición española adopta, en el ejercicio de extender o ampliar los límites impuestos desde la Comunidad, normas de

---

(59) Un análisis de los problemas en este primer nivel del artículo 6.2 y su influencia general bajo el prisma de los arrendamientos de inmuebles en D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea*, Madrid, 1998, pp. 158-163.

(60) Son ejemplos de esta elusión, además de España, Alemania, Reino Unido, Grecia, Francia y Portugal.

(61) Con ello se elimina la base del sistema de *proper law* propuesto por la Directiva. Un análisis general de este sistema en F. A. MANN, «The Proper Law in the Conflict of Laws», *I.C.L.Q.*, 1987, vol. 36, pp. 437-453, esp. en materia contractual, pp. 443-451.

(62) Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación (*B.O.E.*, núm. 89, de 14 de abril de 1998).

(63) Como muestra M. FALLON, «Le droit...», *loc. cit.*, pp. 3-27, esp. pp. 17-26.

competencia judicial que pueden resultar contradictorias con lo establecido en el CB. En concreto, se añade una disposición adicional primera a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios con una relación de las cláusulas consideradas abusivas en cuyo número 27 se prohíbe cualquier pacto de sumisión expresa que no confiera competencia al tribunal del lugar del domicilio del consumidor, al del lugar de cumplimiento de la obligación o al del lugar de situación del inmueble, en su caso. La inadaptación de esta disposición con las previsiones del CB no requiere ulteriores precisiones. Semejante consideración nos merece el número 26 referente al sometimiento a arbitraje. Sin embargo la posible colisión de este número no afecta a los Convenios complementarios sino, en su caso, a obligaciones convencionales de proyección extracomunitaria, por lo que excede del problema apuntado hasta el momento (64). También es considerada abusiva, a través del número 28, la elección de un Derecho extranjero distinto al del lugar de emisión de la declaración negociada o del lugar donde el profesional desarrolle su actividad. Además de la posible incompatibilidad de esta disposición con respecto a otras disposiciones de la misma Ley (65), la limitación que efectúa sobre la autonomía de la voluntad que, por el ámbito personal al que afecta esta ley, abarcará más allá del régimen de protección previsto en el artículo 5 del CR, nos muestra la falta de respeto con respecto a las obligaciones convencionales asumidas por los mismos Estados a través del CR.

Con este ejemplo observamos cómo en una Ley de transposición y en el ejercicio de esa superación de mínimos impuestos, a través de la adopción de las «medidas necesarias», puede vulnerarse una obligación convencional anteriormente asumida. A esto debemos sumar la diversidad de medidas adoptadas por los legisladores nacionales en el ejercicio de su obligación transpositora que multiplican el número de disparidades (66). Como ha sido indicado, si se asume el alcance hasta este punto del prin-

---

(64) Sin embargo, *vid.* las conclusiones a las que llega P. FOIS, *loc. cit.*, pp. 450-451.

(65) *Vid.*, al respecto el art. 3 de la nueva Ley de Condiciones Generales de la Contratación que dispone: «La presente Ley se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española. También se aplicará a los contratos sometidos a la legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negociada en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales».

(66) *Vid.*, M. FALLON, *loc. cit.*, pp. 18-26.

cipio de primacía no sólo se lograría desarmonizar aspectos que afortunadamente estaban sujetos a una regulación acorde sino —y esto es aún más grave—, se permitiría la consecución de lo que hemos denominado «efecto lavado», pues nada impediría que el legislador nacional estableciese una prohibición absoluta de ejercicio de la autonomía conflictual (67).

21. A su vez, aprovechando la oportunidad de transposición de las disposiciones comunitarias se puede proceder a la creación de una legislación que excede de los límites de armonización propuestos. Otra vez podemos referirnos a nuestra Ley de condiciones generales de la contratación que —excepción hecha de la parte que modifica la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios—, crea *ex novo* una reglamentación que hace años se venía reclamando (68) y que, por mucho que responda a las pautas comunes de otros Estados comunitarios (69), no está en absoluto impuesta por las CCEE sino por las necesidades del ordenamiento español o por las actuales prioridades de política legislativa. En esa parte de la Ley aparecen también disposiciones de DIPr que pueden entrar en conflicto con las normas convencionales (70). Entendemos que tampoco es posible extender a este ámbito los efectos del principio de primacía comunitaria si no se quiere posibilitar por esta vía un campo de actuación a los Estados para dotar a sus regulaciones nacionales de unos efectos aplicativos especiales cuando no responden, al menos directamente, a las premisas necesarias.

(67) Nada impide imaginar una disposición por la cual se prohíba cualquier elección que no sea la de ese Estado, justificándose en que es, en definitiva, la elección de un Estado que tiene ese Derecho armonizado y que los resultados de dicha aplicación serán los mismos que si se hubiese aplicado cualquier otro. Incluso, con este argumento se salvaría la posible elección de un Derecho de un Estado comunitario que no hubiese realizado la obligatoria transposición, supuesto éste no contemplado en el art. 6.2 de la Directiva que se refiere exclusivamente a la elección del Derecho de un Estado extracomunitario.

(68) Muestra de ello es la existencia de una Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuya segunda redacción apareció en *B.I.M.J.*, año XLII, suplemento a los núms. 1478-1479, de 15 de enero de 1988.

(69) En el caso concreto de la Ley española la inspiración en la Ley alemana de Condiciones generales de contratación (AGB-Gesetz, de 9 de diciembre de 1976) es clara, como también es harto conocido el carisma que esta Ley ha mostrado para la creación de sucesivas leyes de contratación en masa en Europa. *Vid.*, el texto de algunas disposiciones de la Ley traducido al francés y comentado en *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1977, pp. 635-638.

(70) *Vid.*, *supra*, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 3.



22. Las consecuencias de responder de forma contraria a nuestra propuesta serían la permisibilidad de adoptar, en unidad de acto, cualesquiera disposiciones legales que se verían dotadas de especiales efectos y primacía sin que respondan a la voluntad armonizadora comunitaria y que ocasionarían, además, una grave distorsión en la legislación comparada de los Estados parte en el mismo proceso de integración. No parece en ningún caso que ésta sea la voluntad del legislador comunitario ni que sean los efectos buscados con el principio de primacía comunitario. Mucho más coherente con el proceso de integración nos resulta la limitación del alcance y efectos del principio de primacía comunitario en los términos expuestos.

## V. CONCLUSIONES

23. Una vez afirmada la existencia de transferencia legislativa en favor de las CCEE en materia de DIPr y constatadas la presencia de Convenios internacionales complementarios al DC y las estrechas relaciones de estas normas con la regulación convencional, sólo restan dos consideraciones. De un lado, la posible vulneración por parte del legislador comunitario del principio de subsidiariedad, si las medidas adoptadas no responden a los criterios de eficacia referidos. No obstante, las recientes exigencias jurisprudenciales de cooperación necesaria entre autoridades en aras a la consecución del principio de efectividad mitigarían la contundencia de esta primera consideración. Y, de otro lado, si se cumplen estos requisitos, y aún aceptando la legitimidad de la actuación comunitaria en sectores de DIPr ya armonizados, cualquier posible contradicción entre las normas contenidas en las Directivas y la regulación del CB o del CR será resuelta, a través de la aplicación del principio de primacía comunitario, en favor de la norma comunitaria y sus correlativas normas de transposición estatales, sólo en la medida en que éstas sean resultado directo e inmediato de la puesta en práctica de los imperativos comunitarios. En caso contrario, tanto si estamos en el ejercicio de superar el estándar mínimo previsto, cuanto más aún si se trata de un supuesto de adhesión de regulaciones distintas al hilo de la obligación comunitaria, los posibles conflictos se resolverán a favor del régimen convencional, pues el principio de primacía comunitario habrá alcanzado y agotado sus efectos en el estándar mínimo. No obstante, la regulación contenida en estos textos no pier-

de su legitimidad pero se verá desplazada fuera de la esfera de actuación convencional o, en caso contrario, soportará las consecuencias de la reestructuración de la pirámide jerárquica.

24. En términos lógicos, a través de esta interpretación restrictiva y teleológica del principio de primacía comunitaria, se logra la reducción de incompatibilidades con los Convenios internacionales de DIPr de inspiración comunitaria y con ello se garantiza una mayor consecución del objetivo armonizador supuestamente pretendido por el DC. Es más, sólo con la imposición de estos límites al principio de primacía se logrará evitar el «efecto lavado». No obstante, somos conscientes de que la realización práctica de esta teoría no será un camino de rosas, por lo que la solución ideal es la adopción por parte de las CCEE de una política legislativa en materia de DIPr y que ésta respete la mencionada Declaración conciliadora efectuada por los Estados. Para alcanzar esta solución será necesario incluir en los grupos de trabajo preparatorios de las Directivas comunitarias expertos internacionalistas que adecuen las soluciones propuestas a las soluciones habidas.

25. Acaso la única conclusión válida es que queda mucho terreno por recorrer, dado que nos movemos en parámetros doctrinales, debido a la relativa novedad del tema que ha impedido una solución general en vía legislativa o un pronunciamiento judicial más específico. Cualquier posicionamiento a favor o en contra de las opciones planteadas será objeto de evolución y revisión al albur de los matices prácticos. Por el momento, nos movemos en el mundo de la controversia.

## RÉSUMÉ

Les relations entre le droit communautaire et le droit international privé deviennent de plus en plus compliquées. Le transfert croissant de compétences à l'U.E. et l'introduction des règles de conflit dans les nouveaux actes du droit dérivé ont multiplié les problèmes d'interaction. La question se pose en termes plus particuliers en relation avec les directives appelées «de minimum» en raison de la possibilité qu'elles donnent aux Etats membres d'apporter ou de maintenir des normes plus strictes dans la mise en oeuvre de la transposition.

En utilisant cette possibilité les États ont effectivement pris des mesures contraires aux conventions complémentaires au droit communautaire (notamment la CB et la CR), qui, de surcroît, ne sont pas harmonisées entre elles. Une analyse des limites de cette possibilité «d'améliorer» le niveau de protection dans la perspective du droit international privé nous a conduit à l'étude du principe de primauté et

de sa valeur comme un des principes fondamentaux du droit communautaire. Une liberté totale dans ce domaine pourrait conduire les Etats membres à échapper à leurs obligations conventionnelles. On laisserait ainsi aux Etats une porte ouverte à la fraude (sous le nom d'«effet de lavage»).

Nous proposons alors de limiter la portée du principe de primauté communautaire aux obligations directement imposées par les directives et, pour le reste, à savoir les améliorations du niveau de protection et les dispositions d'accompagnement, il faudra respecter tous les accords, en particulier les Conventions de Bruxelles et de Rome. Sans quoi plusieurs conséquences très négatives risqueraient d'apparaître.

#### ABSTRACT

The relationship between European Community Legislation and Private International Law is becoming increasingly complex. The growing transfer of competences to the European Union and the introduction of Conflict of Law rules in the new acts of Secondary Law have increased problems of interaction. This problem is particularly acute with respect to the so-called «Minimum Directives» as these Directives allow member States to adopt or maintain more restrictive rules as part of their implementation.

Taking advantage of this possibility, States have, in fact, adopted measures contrary to the complementary agreements of European Community Legislation (especially the BC and the RC), which are not harmonised among member States. An initial analysis, from the Private International Law perspective, of the limits of this possibility to «improve» the level of protection, has inspired further study of the Primacy Principle and its value as one of the fundamental principles of European Community Legislation. In this matter total freedom would allow member States to avoid their conventional duties, leaving the door open to fraud (what he have called «washing effect»).

Our suggestion is to limit the reach of the Primacy Principle to the duties directly imposed by the Directives. For the rest, i.e. the improvements of the level of protection and accompaniment dispositions, it is necessary to respect all additional obligations, especially those adopted in the Brussels and Rome agreements: otherwise, very negative consequences would ensue.

