

**LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO:
PASADO, PRESENTE Y FUTURO**

por ALEGRÍA BORRÁS

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. EL PASADO

1. **Del Convenio de Bruselas al Convenio de Lugano: el art. 220 TCE**
2. **La cooperación reforzada: El Título VI del TUE**
3. **La discreta presencia del Derecho internacional privado en actos de Derecho derivado**

III. EL PRESENTE

1. **El Título IV del TCE reformado por el Tratado de Ámsterdam**

- A. LA NUEVA BASE JURÍDICA: LOS ARTS. 61 C) Y 65 TCE
- B. LAS MATERIAS REGULADAS: UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL

2. **Los resultados alcanzados hasta julio de 2001**

- A. LA ORDENACIÓN GENERAL DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DEL EXEQUÁTUR
- B. LA VIEJA DEUDA: LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA
- C. LA APERTURA HACIA LAS CAUSAS MATRIMONIALES Y LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS
- D. EL RÉGIMEN DEL PROCESO: NOTIFICACIONES Y OBTENCIÓN DE PRUEBAS
- E. UNA MEDIDA DE ACOMPAÑAMIENTO: LA RED JUDICIAL EUROPEA

3. **Los efectos *ad extra* de la comunitarización**

IV. EL FUTURO

1. **El Programa de reconocimiento mutuo**
2. **La ejecución del Programa**

- A. EL MÉTODO DE TRABAJO: EL DENOMINADO «COMITÉ DE CUESTIONES DE DERECHO CIVIL»
 - B. LOS PROYECTOS ESPECÍFICOS
3. **¿Qué futuro tiene el Derecho internacional privado de los Estados miembros?**

I. INTRODUCCIÓN

El sistema español actual de Derecho internacional privado tiene su origen en la reforma del Título preliminar del Código civil en 1974, pero tiene dos ejes de su evolución posterior, que son la Constitución de 1978 y el ingreso en la Comunidad europea en 1986. El período que transcurre hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam debe ser caracterizado como de una gran autonomía. Y ello no sólo en relación a las normas de Derecho internacional privado autónomo¹, sino también en la celebración de Convenios internacionales. En efecto, el paso del aislacionismo a la participación activa en la vida internacional significó también una participación mucho más activa² en la vida convencional, siendo parte en numerosos Convenios bilaterales y multilaterales. Pero la participación en los mismos era decidida de forma autónoma y, en el caso del Convenio de Bruselas de 1968 a que luego se hará referencia, su carácter de Convenio complementario entre los Estados miembros de la Comunidad y su pertenencia al acervo comunitario no impedía que estuviera sometidos a la firma y ratificación según el procedimiento constitucionalmente establecido, sin ningún tipo de limitación al respecto.

Pero la situación va a modificarse de forma sustancial con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, que produce la «comunitarización» o «europeización»³

¹ Entre las más destacadas, las relativas a temas de familia en 1981, a la no discriminación por razón de sexo en 1991 o la LOPJ en 1985. Sobre la evolución y el sentido de la reforma futura, J.D. González Campos, «La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate», *Revista Española de Derecho internacional*, 2000, n.º 2, pp. 351-371.

² Y a veces, incluso, no muy justificada. Al respecto, A. Borrás, «España y la codificación internacional del Derecho internacional privado», *Terceras Jornadas de Derecho internacional privado (San Lorenzo de El Escorial, 13-14 de diciembre de 1991)*, Madrid (Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande), 1992, pp. 41-70.

³ Hess, «Die «Europäisierung» des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag - Chancen und Gefahren», *NJW*, 2000, pp. 23 y ss.

del Derecho internacional privado. Los sistemas estatales de Derecho internacional privado de los Estados miembros de la Comunidad Europea experimentan así un proceso de diversificación⁴ de sus normas en atención a sus fuentes de producción, ya que junto a las normas de fuente autónoma y los tratados internacionales, se encuentra de forma creciente con normas contenidas en actos comunitarios.

No es esta la primera vez que me ocupo de este fenómeno⁵, pero el objetivo de este curso es diferente. Se pretende realizar una reflexión de conjunto sobre el sistema europeo que se está diseñando y sus consecuencias respecto al Derecho internacional privado de los Estados miembros. Por esta razón el Curso se divide en tres partes, dedicadas al pasado, al presente y al futuro, pues se considera es la forma más realista de abordar la cuestión.

II. EL PASADO

1. Del Convenio de Bruselas al Convenio de Lugano: el art. 220 TCE

El art. 220 TCE en su versión original de 1958 dispone que los Estados miembros «entablarán en tanto sea necesario, negociaciones entre sí a fin de asegurar a favor de sus nacionales», entre otras cosas, «la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales». En aquel momento, el Derecho internacional privado ocupaba un lugar marginal en la integración europea y por eso se mantenía en el ámbito estrictamente intergubernamental⁶. No obstante, es destacable la importancia de un instrumento concluido al amparo de esta disposición, el Convenio de Bruselas de 29 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, del que España es parte desde 1989, mediante el Convenio de adhesión de San Sebastián⁷. Luego veremos la evolución respecto a este Convenio y también del denominado «Convenio paralelo» o Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 sobre la misma materia, concluido precisamente como consecuencia del éxito del Convenio de Bruselas y para poder celebrar un

⁴ Sobre la diversificación de las fuentes del Derecho internacional privado como una de las características del Derecho internacional privado actual, J. González Campos, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé. Cours general», *Recueil des Cours*, tomo 287 (2000), en particular, pp. 120-142.

⁵ A. Borrás, «Tratado de Ámsterdam y Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho internacional*, 1999, 2, pp. 383-426; A. Borrás, «Hacia la supresión del exequátur en Europa», Seminario organizado por el Consejo General del Poder Judicial (en prensa).

⁶ Para un estudio amplio y detallado antes del Tratado de Ámsterdam, P. de Miguel, «Integración europea y Derecho internacional privado», *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1997, 2, pp. 413-445.

⁷ Este texto, como todos los otros textos mencionados que se encuentran en vigor en España o han sido ya publicados en el *BOE* o en el *DOCE*, según los casos, pueden encontrarse en A. Borrás - N. Bouza - J.D. González Campos - M. Virgós, *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 11.ª ed, Madrid (Ed. Tecnos), 2001.

Convenio que ya no fuera un Convenio complementario entre los Estados miembros de la Comunidad Europea y, por tanto, admitiera la presencia de otros Estados. Sin tener la misma base jurídica, la posibilidad particular de *forum shopping* en materia contractual⁸ condujo a la celebración del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, al que España y Portugal se adhirieron mediante el Convenio de Funchal. Estando excluida la quiebra del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, no prosperó en este período la conclusión de un Convenio en esta materia.

De forma resumida, cabe decir que estos Convenios, aún siendo Tratados de los que sólo pueden ser parte los Estados miembros, son tratados internacionales que requieren la ratificación según el procedimiento interno, sin ninguna exigencia adicional y que, además, formando parte el Convenio de Bruselas del acervo comunitario, la única exigencia es llegar a ser parte en el mismo, pero sin ningún plazo para ello. Las sucesivas ampliaciones tuvieron como consecuencia negativa que cada nuevo tratado de adhesión significó adaptaciones del texto anterior, abriéndose un continuo proceso de ratificaciones y diversidad de textos en vigor entre los Estados miembros. Debe destacarse, en todo caso, su utilidad en los litigios intracomunitarios por tratarse de un Convenio doble, que incluye reglas de competencia judicial internacional directa y un procedimiento simplificado y preciso para el reconocimiento y ejecución de sentencias. Por otra parte, el Protocolo de Luxemburgo de 1971 ha permitido que se haya creado un importante cuerpo de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretando el Convenio de Bruselas de 1968⁹.

2. La cooperación reforzada: El Título VI del TUE

El Título VI del Tratado de la Unión Europea, establecido por el Tratado de Maastricht de 1992, que se refiere a la cooperación en los asuntos de justicia e interior, muestra un mayor interés hacia el Derecho internacional privado, que se corresponde con la evolución y ampliación de los objetivos de la Comunidad. Es así como pudo decirse que «resulta previsible que el último decenio del siglo xx sea, para el Derecho internacional privado de los países europeos, el del

⁸ Sobre la base de los foros de competencia alternativos resultantes del art. 2 y del art. 5.1 del Convenio de Bruselas y de los problemas vinculados a la interpretación de esta última norma. Al respecto, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de septiembre de 1999, asunto C-440/97, *Concorde*, y de 5 de octubre de 1999, asunto C-420/97, comentadas por A. Borrás en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000, 2.

⁹ Sobre las características generales de estos Convenios, A. Borrás, «Los Convenios complementarios entre los Estados miembros de la CEE», *Noticias CEE*, n.º 12, 1986, pp. 115-118. Las 100 primeras sentencias del Tribunal en M. Virgós - E. Rodríguez Pineau, *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, Madrid, 1999. Las sentencias más recientes pueden consultarse en <http://europa.eu.int/juris/cgi-bin/form.pl?lang=es>.

Derecho comunitario»¹⁰, lo que adquiere una proyección impensable en el primer decenio del siglo XXI.

El art. K.1, apartado 6, disponía que corresponde «desarrollar la cooperación estrecha en el ámbito de la justicia» y, a los efectos que aquí interesan, «la cooperación judicial en materia civil», facultando al Consejo a celebrar Convenios, recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales. Se encuadra, pues, en el denominado «Tercer Pilar», utilizando un término, «cooperación judicial en materia civil»¹¹, que adolece de gran ambigüedad, que se incorpora después al Tratado de Ámsterdam¹².

Pese a mantenerse el art. 220, fue sobre la base del art. K.3 que se concluyeron dos Convenios, habiéndose dado como único argumento para ello que se trataba de una base jurídica más específica. Estos dos Convenios son el Convenio sobre notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, de 26 de mayo de 1997¹³, y el Convenio sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, de 28 de mayo de 1998¹⁴, el denominado Convenio «Bruselas II», por su parentesco con el Convenio de Bruselas de 1968. Aunque firmados por los quince Estados miembros, ninguno de los dos llegó a entrar en vigor y más adelante se tratará de la incidencia del Tratado de Ámsterdam sobre el proceso de ratificación.

Pero hay que señalar que en este período, además, se firmó el 23 de noviembre de 1995 el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, sobre la base del art. 220 TCE, sólo firmado por 14 Estados, después de un largo y complejo recorrido. Tampoco este Convenio llegó a entrar en vigor.

Pueden discutirse las razones que condujeron a la preferencia por una u otra de las bases jurídicas. De hecho, el Servicio Jurídico del Consejo consideraba en 1995 como base jurídica más adecuada para el Convenio «Bruselas II» el art. 220, por tratarse de una norma contenida en el Tratado creador de la Comunidad Europea y, por lo tanto, con prioridad respecto al Título VI del TUE. No obstante, reconocía la ausencia de consecuencias para el ciudadano derivadas de que el Convenio se concluyera sobre una base o la otra. La evolución posterior apoyó la elección de la base jurídica más específica, es decir, en aquel momento del art. K.3 TUE.

¹⁰ S. Alvarez, «Pasado, presente y futuro del Derecho internacional privado comunitario», *Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 1996, vol. 5, pp. 36-37.

¹¹ Aunque lo haya podido calificar de «pariente pobre» de la cooperación judicial, en frase que ha hecho fortuna y confirmada por la realidad en A. Borrás, «La cooperación judicial en materia civil en el Tratado de Maastricht», *Perspectivas jurídicas actuales. Homenaje a Alfredo Sánchez Carswell*, Madrid, 1995, pp. 385-397; también, A. Borrás, «La cooperación judicial civil», *El tercer pilar de la Unión Europea*, Madrid, 1997, pp. 231 ss.

¹² Así lo señala J.L. Iglesias, «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam», *Revista General de Derecho*, n.º 644, mayo de 1998, p. 5851.

¹³ Publicado, con su informe explicativo del que no consta el autor, en *DOCE*, C 261, de 27 de agosto de 1997.

¹⁴ Publicado, juntamente con el informe explicativo de A. Borrás, en *DOCE* C 221, de 16 de julio de 1998.

3. La discreta presencia del Derecho internacional privado en actos de Derecho derivado

Un último elemento, cuya presencia es común con el presente, está constituido por las normas de Derecho internacional privado que se encuentran en diversos actos de Derecho derivado, reglamentos y directivas. Estas normas son pocas, lo cual viene a reforzar la idea que se ha apuntado ya sobre el poco interés que el Derecho internacional privado tiene en esta etapa. Pero a este dato viene a añadirse otro, que es el relativo a la falta de coordinación entre las normas por haber sido elaboradas en diferentes foros. En realidad, estas normas empiezan a aparecer en 1985 y se refieren a contratos concluidos por consumidores¹⁵ y, por tanto, afectan esencialmente al antes mencionado Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a los contratos. Estas son la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (art. 6)¹⁶, la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (art. 14)¹⁷, modificada por las Directivas 90/88 y 98/7¹⁸, la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (art. 5.3)¹⁹, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (art. 11)²⁰, 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 (art. 8)²¹, 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 a distancia (art. 12.1)²² y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (art. 7)²³.

Pero también encontramos otras normas de interés en ámbitos diferentes, como son la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados

¹⁵ Sobre este tema, ver B. Añoberos, *Ley aplicable a los contratos de consumo intracomunitarios*, Barcelona, 2001 (en prensa).

¹⁶ DOCE L 372, de 31 de diciembre de 1985.

¹⁷ DOCE L 42, de 12 de febrero de 1987.

¹⁸ Publicadas, respectivamente, en el DOCE L 61, de 10 de marzo de 1990 y L 101, de 1 de abril de 1998.

¹⁹ DOCE L 158, de 23 de junio de 1990.

²⁰ DOCE L 95, de 21 de abril de 1993.

²¹ DOCE L 280, de 29 de octubre de 1994.

²² DOCE L 144, de 4 de junio de 1997.

²³ DOCE L 171, de 7 de julio de 1999.

por productos defectuosos (art. 12)²⁴, modificada por la Directiva 99/34/CE²⁵, la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes independientes (art. 19)²⁶, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios²⁷, la Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997 relativa a las transferencias transfronterizas²⁸, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior²⁹ y la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales³⁰.

Los problemas que surgen de la duplicidad y contrariedad de reglas y otros problemas técnicos han sido objeto de especial atención por parte del Grupo Europeo de Derecho internacional privado³¹. En esencia, los problemas esenciales se refieren a la compatibilidad con el Convenio de Roma³², a los problemas derivados de las diferencias en la transposición de las Directivas³³ o, finalmente, en relación a las consecuencias de determinadas normas³⁴. En conjunto, pues, se muestra una falta de coordinación y una ausencia de una verdadera política de Derecho internacional privado, que llega hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam e, incluso, puede dudarse que exista a partir de ese momento.

²⁴ DOCE L 210, de 7 de agosto de 1985.

²⁵ DOCE L 141, de 4 de junio de 1999.

²⁶ DOCE L 382, de 31 de diciembre de 1986. Al respecto, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de noviembre de 2000, asunto C-381/98, *Ingmar* y nota en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2001, 3, pp. 293 ss.

²⁷ DOCE L 18, de 21 de enero de 1997.

²⁸ DOCE L 43, de 14 de febrero de 1997.

²⁹ DOCE L 171, de 17 de julio de 2000.

³⁰ DOCE L 200, de 8 de agosto de 2000.

³¹ En cuanto su función es realizar estudios y proposiciones en los puntos de confluencia entre el Derecho internacional privado y el Derecho comunitario europeo. Sobre sus diversas reuniones y trabajos, dan cuenta puntualmente de los mismos en la sección de «Información y documentación» de la *Revista Española de Derecho internacional* sus dos miembros españoles, Julio D. González Campos y Alegría Borrás.

³² Sobre el problema, E. Jayme - Ch. Kohler, «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome », *Revue critique de Droit international privé*, 1995, pp. 1 ss. También, B. von Hoffman, « Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und internationales Privatrecht », *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1995, pp. 1 ss. N. Reich, « EG-Richtlinien und internationales Privatrecht », *L'europeisation du Droit international privé*, Berlín, pp. 109 ss. O. Remien, « European Private International law, the European Community and its emerging area of freedom, security and justice », *Common Market Law Review*, vol. 38, 1, febrero 2001.

³³ Al respecto son significativos los casos de Canarias en relación al contrato de *time-sharing* y, al respecto, N. Downes,

³⁴ Sirva, a título de ejemplo, los problemas de Alemania en relación a la transposición de la Directiva sobre comercio electrónico.

III. EL PRESENTE

1. El Título IV del TCE reformado por el Tratado de Ámsterdam

A. LA NUEVA BASE JURÍDICA: LOS ARTS. 61 C) Y 65 TCE

El presente arranca del Tratado de Ámsterdam. El Título VI del TUE ha quedado reducido a las «disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal», que pasaron a ser los nuevos artículos 29 a 42 del TUE, mientras que en el TCE se ha introducido un nuevo Título IV, incluyendo los arts. 61 a 69, que se denomina «Visados, asilo, inmigración y otras políticas vinculadas a la libre circulación de personas», título poco adecuado pero que muestra el carácter instrumental de estas disposiciones. El nuevo Título IV hace efectivo el art. 2 del TUE, que prevé el mantenimiento y desarrollo de la Unión Europea «como un espacio de libertad, seguridad y justicia». Pero la diversidad de materias incluidas en el mismo condujo, una vez más, a que se prestara mucha más atención a los aspectos relativos a los visados, asilo e inmigración, en cuanto aspectos de Derecho público que afectan a la movilidad de las personas que a las «otras políticas vinculadas a la libre circulación de personas».

Dentro del Título IV, dice el art. 61 que «a fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará», entre otras, «c) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el art. 65». El art. 65 concreta la cooperación judicial en materia civil y, en su parte inicial, dice textualmente que «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 ...», pasando a enumerar después cuales son estas medidas y a las que se hará referencia más adelante.

Pero si examinamos estos textos a la luz de los resultados alcanzados, encontraremos que hay cuatro características de los nuevos instrumentos merecen destacarse de forma particular, que se refieren a la elección de la base jurídica, a la elección del instrumento de Derecho derivado, a la forma de adopción del instrumento, a la interpretación por el Tribunal de Justicia y al ámbito territorial de aplicación.

1.^a En relación a la *base jurídica* se ha indicado ya que el Tratado de Ámsterdam mantiene la dualidad de bases jurídicas, es decir, el art. 293 (ex art. 220), que sirve de base, como hasta ahora, para la elaboración de Convenios complementarios entre los Estados miembros, y el nuevo Título IV TCE. De hecho, en todos los textos hasta ahora aprobados se cita como base jurídica el art. 61, c) y el art. 67, apartado 1, diciéndose a continuación que la materia respectiva «entra dentro del ámbito del art. 65 del Tratado». La historia de la inclusión de esta última disposición y del mantenimiento del antiguo art. 220, no deja de ser curiosa teniendo en cuenta los pocos datos de que se dispone sobre el proceso que condujo a su adopción. En efecto, Holanda propuso la supresión de la

norma del art. 220 relativa al reconocimiento y ejecución de sentencias, sin que sea fácil ni claro saber cómo ni porqué se hizo. En la práctica, no obstante, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam no se menciona el art. 293, sino únicamente el Título IV y, en particular, su art. 65. En definitiva, se quiere atribuir a los tratados complementarios entre los Estados miembros un papel subsidiario, que pretende derivarse del hecho de que el art. 293 dice que las negociaciones a los fines previstos en dicho artículo se entablarán «en tanto sea necesario», necesidad que en la práctica se excluye acudiendo sistemáticamente al art. 65³⁵. Relegado así el art. 293 a un segundo plano, puede quedar vacío de contenido; nada impide, no obstante, la elaboración de un Convenio a su amparo, siempre que no atente a disposiciones de Derecho internacional público ni sea contrario al Derecho comunitario. Si se exceptúan las materias que sólo aparecen en el art. 293, como sería el caso del reconocimiento de los laudos arbitrales³⁶, el art. 65 es mucho más amplio, de tal forma que el art. 293 dejará de tener interés comunitario, en cuanto sólo considera una colaboración de tipo intergubernamental, basada en que los Estados la consideren necesaria.

2.^a Una segunda característica a destacar es que en todos los *instrumentos* hasta ahora adoptados se ha escogido el Reglamento, es decir, el instrumento de mayor obligatoriedad en el ámbito comunitario, lo cual implica que es «obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea», como se ocupa de precisar cada uno de ellos en su parte final.

De hecho, nada se dice sobre la opción del instrumento de Derecho derivado a través del cual se vaya a poner en práctica el art. 65, concretamente, la opción entre reglamento y directiva, limitándose a decir que el Consejo podrá adoptar «medidas» en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Sin embargo, se está prefiriendo la adopción de reglamentos, teniendo en cuenta la unificación que significan y la rápida entrada en vigor simultánea para todos los Estados miembros. Por el contrario, la adopción de directivas significaría un paso atrás en relación a la unificación ya alcanzada mediante los Convenios, pudiendo, además, dar lugar a interpretaciones divergentes en los Estados en el momento de la transposición. En todo caso, es bien conocido que la línea que separa un instrumento de otro es sutil en algunos supuestos. Por otra parte, en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad se dice que, en igualdad de condiciones, son preferibles las directivas a los reglamentos.

³⁵ Para J.L. Iglesias, «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam», *Revista General de Derecho*, n.º 644, mayo 1998, 5852 y 5858, la delimitación entre ambas disposiciones «es de escaso valor y puramente formal puesto que no obedece a criterios intrínsecos a la materia objeto de la medida comunitaria sino generalmente a razones de oportunidad», convirtiéndose así en una «cuestión doctrinal que, en principio, sólo tiene interés en el ámbito comunitario, para el jurista o para los Estados miembros desde la perspectiva de sus competencias», lo cual no resulta, en todo caso, desdeñable.

³⁶ Si bien, por el momento, los Estados miembros se han manifestado en contra de toda acción en materia de arbitraje en el ámbito comunitario, considerando satisfactorio el Convenio de Nueva York de 1958.

Un ejemplo es significativo en relación a la elección del instrumento comunitario a utilizar. Se trata del mencionado Convenio sobre notificaciones de 1997, que en la propuesta de la Comisión se convertía sólo en Directiva, alegando que hay una serie de actuaciones previstas para los Estados que hacen preferible este instrumento. No obstante, una mayoría de Estados y el dictamen del Parlamento Europeo se inclinaron por un Reglamento, que es como ha sido adoptado. Pero su entrada en vigor exige una serie de informaciones por parte de los Estados miembros, requeridas por el art. 23 del Reglamento en relación a los arts. 3, 4, 9, 10, 13, 14, 15 y 19 del propio Reglamento, informaciones que por el momento son incompletas en relación a los organismos receptores y que, por tanto, en la publicación correspondiente se cuidan de calificar de informaciones «excepcionales»³⁷.

Si examinamos «Bruselas I» y «Bruselas II», veremos que igualmente se ha optado por el Reglamento y el argumento para ello es claro, deducible de la sentencia del Tribunal de Justicia que ha dicho que el principio de seguridad jurídica y los objetivos perseguidos por el Convenio de Bruselas «requieren que se garantice la igualdad y la uniformidad de los derechos y obligaciones que del Convenio se derivan para los Estados contratantes y para las personas interesadas con independencia de las normas establecidas al respecto en dichos Estados»³⁸, por lo que en materia de ejecución el Convenio establece «un sistema autónomo y completo»³⁹. Tales características podrían destruirse por el margen de maniobra que una directiva permite.

Pero otra cuestión puede discutirse. En efecto, desaparecida la materia civil del título VI del TUE, puede llegar a admitirse que el instrumento sobre notificaciones y «Bruselas II» tengan su base jurídica en el art. 65 TCE. Pero el Reglamento sobre insolvencia, ya bajo el Tratado de Maastricht, siguió basándose en el art. 220 (ahora, art. 293) y «Bruselas I» tiene como antecedente el texto de Derecho internacional privado comunitario por excelencia, el Convenio de Bruselas de 1968, y estaba basado en el art. 220, sin que resulte clara la razón para transformarlo en un instrumento en que la base jurídica sea el artículo 65.

Más curioso resulta aún el caso en relación al Reglamento sobre obtención de pruebas en el extranjero, ya que en él hay que distinguir entre entrada en vigor y fecha de aplicación, por lo que puede plantearse si no hubiera sido mejor una directiva. En efecto, según el art. 24, apartado 1, el Reglamento entrará en vigor el 1 de julio de 2001, pero (apartado 2) se aplicará desde 1.º de enero de 2004, con excepción de los arts. 14 (denegación de la ejecución), 19 (normas de desarrollo), 21 (relación con los acuerdos o convenios existentes o futuros entre

³⁷ Información comunicada por los Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 del Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, *DOCE* n.º C 151, de 22 de mayo de 2001, pp. 4 y ss., los datos correspondientes a España en pp. 6-7.

³⁸ Sentencia de 15 de noviembre de 1983, *Duijnsee c. Goderbauer*, asunto 288/82, *Recueil*, 1983, pp. 3663 y ss., apartado 13.

³⁹ Sentencia de 2 de julio de 1985, *Deutsche Genossenschaftsbank c. Brasserie du Pêcheur*, Asunto 182/84, *Recueil*, 1985, pp. 1981 y ss., apartado 17.

los Estados miembros) y 22 (comunicaciones a realizar por los Estados miembros antes de 1 de julio de 2003) que se aplicarán a partir de 1.º de julio de 2001, con lo que pudiera atribuírsele un cuerpo de Reglamento, pero un alma de Directiva. Se demuestra, por tanto, que aunque un Reglamento no necesita de medidas de transposición, en este caso concreto deben adoptarse una serie de medidas para facilitar la aplicación del Reglamento en el orden interno, ya que constituye una novedad importante en el ámbito de la obtención de pruebas que requiere ciertas adaptaciones de los ordenamientos internos para hacer viable su aplicación.

Pero, desde el punto de vista de los operadores jurídicos, hay aún otro elemento que merece ser destacado, pues es algo a que, en estas materias, aún no se está habituado. Se trata del hecho de que tratándose de Reglamentos, únicamente se publican en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y no se publican en el *Boletín Oficial del Estado*, lo cual puede significar para algunos operadores una dificultad, si no reciben la publicación o no tienen acceso a la misma a través de Internet. De ahí el interés de la publicación de estos Reglamentos en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*⁴⁰. En relación a esta publicación, deben hacerse algunas observaciones.

Como ya se ha indicado, los tres primeros Reglamentos aprobados («Bruselas II», insolvencia y notificaciones) tienen su origen en sendos Convenios entre los Estados miembros que no llegaron a entrar en vigor. Los Convenios complementarios entre los Estados miembros iban acompañados de un informe explicativo preparado por el relator del Convenio y aprobado por el grupo de trabajo en el que el mismo se había preparado, de tal forma que venía a constituir la «interpretación auténtica» del mismo. Tratándose de un acto de Derecho derivado ya no es posible la existencia de informe explicativo. En este caso, la situación no era idéntica en todos los supuestos. En efecto, mientras que el Convenio «Bruselas II»⁴¹ y el Convenio sobre notificaciones⁴² fueron publicados en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* juntamente con los informes explicativos, este no es el caso del Convenio sobre procedimientos de insolvencia, ya que, al no haber sido ni siquiera firmado por todos los Estados miembros, no pudo publicarse. De ahí que así como en los Reglamentos «Bruselas II» y sobre notificaciones se hace una remisión a los informes explicativos⁴³, ésta no aparezca en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, cuando se trata de un texto particularmente complejo y para el que resulta de gran utilidad el conocimiento del informe explicativo relativo al Convenio de 1995, preparado por Miguel Virgós y Etienne Schmidt.

⁴⁰ Los tres Reglamentos de 29 de mayo de 2000 («Bruselas II», notificaciones e insolvencia) en el *Suplemento* al n.º 1879, de 15 de octubre de 2000, con nota introductoria de F. Bueno Arús y «Bruselas I» en el *Boletín* n.º 1888, de 1 de marzo de 2001, con nota introductoria de A. Borrás.

⁴¹ Juntamente con el informe explicativo de A. Borrás, que fue nombrada relatora del Convenio por decisión del Coreper, fue publicado en el *DOCE* C 221, de 16 de julio de 1998.

⁴² Juntamente con el informe explicativo, en que no consta el autor, fue publicado en el *DOCE* C 261, de 27 de agosto de 1997.

⁴³ En el caso del «Reglamento Bruselas II», en nota a pie de página al *considerando* n.º 6 del Reglamento y en el caso del «Reglamento notificaciones» en nota a pie de página al *considerando* n.º 5.

En la publicación en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* se ha optado por incluir los informes explicativos a los Convenios de los que traen causa los Reglamentos, con el fin de facilitar a los operadores jurídicos los instrumentos más idóneos para poderse adentrar en los nuevos Reglamentos, pero el valor de estos reglamentos queda limitado, por una parte, por lo que en su día entienda el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, por otra, por las modificaciones introducidas en el Reglamento respecto del correspondiente Convenio a que el Informe se refiere. Por lo que respecta a la interpretación por el Tribunal de Luxemburgo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 68 TCE, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene competencia para la interpretación de estos textos, por lo que cuando haya dictado alguna sentencia en interpretación de tales Reglamentos, a ella habrá que estar y no a lo que diga el Reglamento. Por otra parte, el valor del informe queda también limitado por el hecho de haberse introducido modificaciones en el Reglamento respecto al Convenio anterior. En realidad, tales reformas son mínimas y obedecen, en gran medida, a las necesidades técnicas derivadas de la transformación de un Convenio en Reglamento, aunque también se han introducido otras, según los casos, que obedecen a la evolución desde el momento en que se adoptó el Convenio hasta la adopción del Reglamento. Lógicamente, el informe se publica tal como, en su día, se adoptó.

En el caso del Reglamento «Bruselas I», la situación es diferente esencialmente como consecuencia de que el Convenio que se encuentra en su origen ha estado en vigor durante casi treinta años y ha sido objeto de más de un centenar de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretando sus disposiciones. En efecto, este Reglamento tiene su origen en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que forma parte del acervo comunitario y, por tanto, los Estados que han ido entrando en la Comunidad se han ido progresivamente adhiriendo al Convenio⁴⁴. Además, en virtud del Protocolo de Luxemburgo de 3 de junio de 1971, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictado ya más de 100 sentencias interpretando diversas disposiciones del Convenio, de tal forma que ya no es posible hablar de regla alguna del Convenio sin referirse a la jurisprudencia comunitaria.

Tratándose de un Convenio complementario entre los Estados miembros de la Comunidad, concluido sobre la base del art. 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (tras el Tratado de Ámsterdam, art. 293), el Convenio de 1968 y los sucesivos Convenios de adhesión van acompañados de un informe explicativo que viene a constituir una cualificada interpretación de sus disposiciones⁴⁵. Tratándose ahora de un Reglamento, no existe informe explicativo al

⁴⁴ En el caso de España, mediante el Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1989.

⁴⁵ Así, el Sr. P. Jenard redactó el informe sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968, el Prof. Schlosser redactó el informe sobre el Convenio de adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido, los Profs. D. Evrigenis y K.D. Kerameus redactaron el informe relativo a la adhesión de Grecia, el Prof. M. Desantes y los Sres. Almeida Cruz y Jenard redactaron el informe relativo al Convenio de

mismo. A diferencia de los otros tres Reglamentos, en este caso no hay un solo informe explicativo, sino diversos informes relativos a cada una de las versiones revisadas. Además, el Convenio de Bruselas de 1968 ha sido sometido a un profundo proceso de revisión, teniendo en cuenta los años transcurridos y el deseo de simplificar el procedimiento de exequátur.

El proceso de revisión culminó con la adopción del Reglamento, el 22 de diciembre de 2000. Pero hay un dato, que para muchos puede pasar desapercibido y que no está carente de interés: el acuerdo del Consejo adoptando el Reglamento va acompañado de cuatro Declaraciones que, por esa misma naturaleza, no se publican como el Reglamento en la serie L del *DOCE*, lo cual ya de por sí desconcierta al operador jurídico, pero más aún cuando se observa que no todas ellas reciben el mismo tratamiento, lo que resulta cuando menos sorprendente en un Estado de Derecho⁴⁶. En efecto, la situación es la siguiente:

- a. Declaración del Reino Unido en relación a Gibraltar y la función de la «Unidad de Enlace», que fue publicada en la serie C del *DOCE*⁴⁷.
- b. Tres otras declaraciones sólo son accesibles mediante el procedimiento de acceso al público a los documentos comunitarios⁴⁸, que son las siguientes:
 - Declaración relativa a los arts. 15 y 73 sobre las intenciones futuras en torno a la incidencia del comercio electrónico en las reglas de competencia.
 - Declaración conjunta del Gran Ducado de Luxemburgo y de la Comisión relativa al denominado «privilegio luxemburgués».
 - Declaración sobre los artículos 71 y 72 sobre las negociaciones en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

3.^a La tercera característica a destacar se refiere a la *interpretación por el Tribunal de Justicia* de los instrumentos adoptados al amparo del art. 65. La comunitarización significa que puede intervenir el Tribunal de Justicia, de acuerdo con lo establecido en el art. 68, estrechamente vinculado al artículo 234 (antes, art. 177), para la interpretación o validez e interpretación de este título y de los actos comunitarios adoptados en su virtud, en relación a asuntos ante una jurisdicción nacional que no sea susceptible de recurso. Hay, no obstante, entre am-

adhesión de España y Portugal. Todos ellos pueden encontrarse en la edición preparada por M. Virgós y F. Garcimartín, *Derecho procesal civil europeo. Convenios internacionales y otras normas procesales de origen comunitario europeo en materia civil y mercantil, anotados. Informes oficiales de los Convenios*, Madrid, 1996.

⁴⁶ Esta es la razón por la que, para darles la mayor difusión, se publicaron en el *B.I.M.J. cit*, en el que se publica el texto del Reglamento 44/2001.

⁴⁷ *DOCE* C 13, de 16 de enero de 2001.

⁴⁸ En concreto, mediante el procedimiento de acceso del público a los documentos comunitarios previsto en la Decisión del Consejo 93/731/CE (*DOCE* L 340, de 31 de diciembre de 1993). Las declaraciones se encuentran en el documento del Consejo n.º 13742/00, JUSTCIV 131, de 24 de noviembre de 2000, que está disponible en el sitio Internet del Consejo en la rúbrica «Acceso a los documentos» - *Registro público de documentos del Consejo*».

bas disposiciones una diferencia que debe subrayarse y que tendrá, sin duda, consecuencias prácticas: mientras el art. 234 establece que dicho órgano jurisdiccional «está obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia», el art. 68 se limita a decir que dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal que se pronuncie sobre la cuestión planteada «si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo»⁴⁹. Merece destacarse, en todo caso, la modificación que representa frente a la situación de los Convenios, respecto a los cuales tal competencia debe ser atribuida de forma expresa y sometida a la aceptación por los Estados miembros, no siempre proclives a ratificar los Protocolos correspondientes. Ya se ha señalado el éxito que ha supuesto en este sentido el Protocolo de Luxemburgo de 1971 en relación al Convenio de Bruselas de 1968, pero no se ha conseguido la entrada en vigor de los Protocolos correspondientes relativos a la interpretación del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales⁵⁰.

Otra cuestión distinta es la planteada por algunos autores⁵¹ sobre la cuestión de la interpretación «comunitaria» de Convenios no comunitarios, como, por ejemplo, de aquellos Convenios de La Haya en que son parte todos los Estados miembros de la Comunidad, entendiéndose que ello es una exigencia de la integración. Esta idea es sugerente a primera vista, pero también podría ser considerada contraria al Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados (art. 31), que tiene como elemento fundamental la expresión auténtica del *consensus in idem* de los Estados parte en el tratado, que se concreta en el texto del tratado que expresa la voluntad común⁵² y que, en cuanto tal, no puede ser objeto de interpretaciones particulares para un grupo de los Estados parte en tal Convenio. Otra cosa distinta es la posibilidad de celebrar acuerdos *inter se* dentro de ciertos límites, lo que, en el ámbito comunitario, se traduciría en la adopción de un acto de Derecho derivado que fuera más allá que el Convenio, siempre que no significara una violación de dicho Convenio y así, por ej., si todos los Estados miembros llegaran a ser parte en el Convenio de La Haya de 1996, nada impediría que se adoptara un acto de Derecho derivado, preferentemente un reglamento, en que en materia de protección de niños se estableciera un procedimiento de exequátur similar al contenido en «Bruselas II» y un sistema de cooperación de autoridades más estrecha.

⁴⁹ Sobre las limitaciones que representa y las características generales, L.N. González Alonso, «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1998, 4, en particular pp. 514-527, donde también se hace referencia al que podría denominarse «recurso en interés del Derecho comunitario» que resulta del apartado 3 del artículo 68.

⁵⁰ Todavía faltan las ratificaciones de Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Irlanda (ha ratificado únicamente el II) y Suecia.

⁵¹ Concretamente lo dijo J. Pirrung en el Seminario de Avignon sobre «Bruselas II», «Perspectives d'évolution du droit européen: aspect institutionnel», *L'espace judiciaire européen. Actes du Colloque d'Avignon*, París, 1999, p. 63. Con anterioridad ya se había hablado de este tema en relación a determinados Convenios como, por ejemplo, con referencia al Convenio de Nueva York de 1958 en materia de arbitraje.

⁵² J.D. González Campos - L.I. Sánchez Rodríguez - M.P. Andrés, *Curso de Derecho internacional público*, 6.ª ed., Madrid, 1998, pp. 299-305.

4.^a Una última cuestión a resaltar se refiere al *ámbito de aplicación* del nuevo texto y a las consecuencias de los instrumentos adoptados, lo cual comporta, a su vez, referirse a la situación de Dinamarca y a los vínculos del sistema de «Bruselas I» con el Convenio de Lugano.

Por lo que se refiere a la situación de Dinamarca, debe recordarse que aunque es miembro de la Comunidad Europea quedó absolutamente fuera del Título IV del Tratado, a diferencia de lo que ocurre con Irlanda y el Reino Unido que ejercieron el *opting-in* previsto y que les ha permitido, hasta la fecha, incorporarse a todos los instrumentos comunitarios adoptados sobre esta base jurídica. En esta situación se sigue aplicando el Convenio de Bruselas en relación a Dinamarca. Habiéndose ya alcanzado el acuerdo político, en fecha próxima se iniciarán las negociaciones para revisarlo y ponerlo en línea con el Reglamento, incluyéndose en la negociación también la celebración de Convenios que reproduzcan los demás Reglamentos adoptados sobre esta base jurídica.

Por lo que se refiere al Convenio de Lugano, debe recordarse su origen. El Convenio de Bruselas constituyó un éxito y de ahí que los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio estuvieran interesados en tener un texto igual al concluido entre los Estados miembros de la Comunidad Europea, ya que siendo el Convenio de Bruselas un Convenio complementario entre los Estados miembros de la Comunidad, no era posible la adhesión de otros Estados y, por tanto, era necesario un nuevo texto. Este es el origen del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, el denominado «Convenio paralelo», relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵³, del que, además de los quince Estados miembros de la Comunidad, son parte Islandia, Noruega, Suiza y Polonia, Estado este último que se adhirió recientemente en virtud del proceso de adhesión previsto en el art. 62 del propio Convenio.

Esta es la razón por la que, en 1998, se decidió abordar una revisión conjunta de los Convenios de Bruselas y Lugano, tratando de aproximar aquellas disposiciones que diferían en alguna medida⁵⁴. En este ejercicio conjunto tomaban parte, además de los entonces dieciocho Estados parte en el Convenio de Lugano (los quince del Convenio de Bruselas y los otros tres de la EFTA), una serie de observadores: Polonia, que ya había sido invitada a adherirse, la Secretaría de la EFTA, el Tribunal de Justicia y la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Pero este ejercicio conjunto no pudo continuar en el momento de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, que impedía tal tipo de actuación. No obstante, la modificación sustancial estaba prácticamente concluida y existía un acuerdo en no introducir cambios importantes. Alcanzado ahora un acuerdo político, es posible abordar ahora, en el nuevo marco jurídico, la revisión del Convenio de Lugano, que puede culminar en un plazo breve.

⁵³ Su informe explicativo, redactado por los Sres. P. Jenard y G. Möller puede consultarse en M. Virgós y F. Garcimartín, *cit.*

⁵⁴ Sobre el inicio del proceso puede consultarse la introducción a *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española* (A. Borrás, ed.), Madrid, 1998.

B. LAS MATERIAS REGULADAS: UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA
DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL

El examen del ámbito sustantivo del art. 65 pone de relieve su perspectiva finalista, pues se refiere a «mejorar y simplificar», a «fomentar la compatibilidad» y a «eliminar obstáculos». De ahí resulta que su alcance y, en consecuencia, la competencia atribuida al Consejo es muy amplia. La propia imprecisión de los términos de estas disposiciones propicia una interpretación extensiva de la competencia atribuida.

En el apartado a) las medidas previstas se refieren a mejorar y simplificar las medidas relativas a traslado de comunicaciones y ejecución de decisiones, ambas cuestiones ya reguladas en el ámbito comunitario con anterioridad⁵⁵ y con la peculiaridad en el segundo caso de que es una materia que también aparece en el art. 293 TCE⁵⁶. Además, se incluye también la obtención de pruebas, que ha sido objeto del más reciente Reglamento comunitario.

El apartado b) del art. 65 da un paso más, pues pretende «fomentar la compatibilidad» de las normas sobre «conflicto de leyes y de jurisdicciones», términos que aparecen por primera vez en el Tratado y sin que resulte claro el significado de «fomentar la compatibilidad», aunque, en la práctica, parezca estarse interpretando como una unificación de las normas de conflicto, como se verá más adelante al tratar de «Roma II» y de «Roma III», aspecto dudoso frente a la unanimidad en admitir la conveniencia de fomentar la compatibilidad de las normas de conflicto aplicables en los Estados miembros, algunas de cuyas discordancias vienen siendo causadas precisamente por la acción comunitaria precedente.

Finalmente, en el apartado c) del art. 65 se reitera este fomento de la compatibilidad respecto a «las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros», aunque limitado al objetivo de «eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles», expresión que plantea problemas en torno al alcance de la acción a emprender.

Por una parte, «fomentar la compatibilidad» no se identifica con un objetivo de uniformidad normativa. Pero, por otra parte, «fomentar la compatibilidad» parecería implicar, en principio, que se pretende sólo eliminar desajustes normativos que puedan afectar al buen funcionamiento del mercado. Pero, como se acaba de señalar, el ámbito a que se refieren los tres apartados del art. 65 desborda ampliamente tal objetivo y más lo hacen todavía las acciones emprendidas.

⁵⁵ Son los ya mencionados Convenios de 1997 sobre notificaciones, de 1968 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil y de 1998 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial.

⁵⁶ Esta duplicidad ha intentado ser salvada por el Servicio Jurídico del Consejo utilizando dos argumentos: 1.º El encuadramiento del art. 293 en las disposiciones generales y finales le confiere un carácter subsidiario y una función complementaria de otras bases jurídicas. 2.º Si los autores del Tratado de Ámsterdam reiteraron la materia en el art. 65, ello evidencia que pretendían que la nueva base jurídica fuera aplicable, ya que «permitiría la adopción de medidas comunitarias con prioridad sobre los Convenios celebrados por los Estados miembros».

Pero hay que recordar las limitaciones en los objetivos que resultan del encabezamiento del propio art. 65: 1) Se limita a la cooperación judicial en materia civil «con repercusión transfronteriza»; 2) Sólo se realizará esta actuación «en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior». Esta manifestación enlaza directamente con la vinculación de esta cuestión a la libre circulación de personas, ya que ésta sólo será plenamente eficaz si va acompañada de un espacio judicial único, en el que el ciudadano europeo pueda hacer valer sus derechos de forma rápida y eficaz. No resulta, no obstante, tan clara la vinculación de determinados instrumentos con la circulación de personas. En efecto, esta cuestión se planteó en relación al Reglamento «Bruselas II», al que más adelante se hará referencia, ya que determinados criterios de competencia judicial internacional en materia de divorcio incluidos en su texto pueden afectar a ciudadanos no comunitarios y que, por tanto, no se benefician de la libre circulación de personas. Sobre esta cuestión se manifestó la Comisión y el Servicio Jurídico del Consejo en el sentido de que tales casos serían residuales y sin importancia, por lo que la regla general seguiría siendo la aplicación a los comunitarios y, por tanto, lo accesorio seguiría a lo principal. Para llegar a esta conclusión los argumentos utilizados no son concluyentes. En efecto, se parte, como no podía ser menos, de que las disposiciones del Título III de la tercera parte del TCE sobre la libre circulación de personas excluyen de su ámbito a los nacionales de países terceros pero, a continuación, recuerda diversos supuestos en que tales reglas les afectan, en particular, el art. 10 del Reglamento 1612/68, los arts. 1 y 4 de la Directiva 68/360 y los arts. 1 y 4 de la Directiva 73/148 en la que, al hilo de la regulación de la libre circulación de los trabajadores por cuenta propia y ajena, se reconoce al cónyuge, los hijos y las personas asimiladas determinados derechos con arreglo al Derecho comunitario, cualquiera que sea la nacionalidad de estos familiares. Refiriéndose al Reglamento «Bruselas II», entiende que, en la mayoría de los casos, al menos uno de los cónyuges tendrá nacionalidad comunitaria, conclusión ya de por sí discutible pero, incluso, si ninguno tiene nacionalidad comunitaria cabría decir que el Consejo podrá, dentro de su margen de apreciación, evaluar si una medida concreta es necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, con lo que se podrá decir, si lo cree conveniente, que se incluyen a los nacionales de terceros Estados en el ámbito del Reglamento. El argumento no puede ser menos jurídico. Por esta razón el tema puede plantearse de otra forma: ¿cuál podría ser en otro caso la base jurídica? Ya que las alternativas son únicamente dos, el art. 293 (ex art. 220) o el art. 308 (ex art. 235), y ninguna de ellas parece resultar más adecuada que la del Título IV TCE.

Además, la actuación en el marco del Título IV debiera implicar un límite, derivado del juicio de proporcionalidad, es decir, que la medida sea necesaria y apropiada para lograr tal objetivo, y otro límite derivado del principio de subsidiariedad⁵⁷. Estos datos han de ser tomados en cuenta a la hora de enjuiciar la

⁵⁷ Dice al respecto el art. 10 del Tratado que «la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al princi-

interpretación extensiva del Consejo y de la Comisión, más aún después del Consejo de Tampere. Estos límites generales, unidos a los límites particulares que se desprenden del art. 65 TCE dan una lectura distinta a la que proporciona la práctica y a la que se hace referencia más adelante.

2. Los resultados alcanzados hasta julio de 2001

Aunque en diversos momentos han sido mencionados algunos de ellos, debe señalarse aquí de forma específica cuales han sido los textos adoptados en el período comprendido entre la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y el mes de julio de 2001, cuando se imparte el presente curso, son los siguientes:

- Reglamento (CE) n.º 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia⁵⁸.
- Reglamento (CE) n.º 1347/2000, del Consejo, 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 comunes⁵⁹.
- Reglamento (CE) n.º 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil⁶⁰.
- Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil⁶¹.
- Reglamento (CE) n.º 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil⁶².
- Decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001 por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil⁶³.

Dentro de los límites de este curso, que excluye un examen pormenorizado de cada uno de los instrumentos mencionados, se destacarán a continuación algunos de los elementos más relevantes de cada uno de ellos.

pio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

⁵⁸ DOCE L 160, de 30 de junio de 2000.

⁵⁹ DOCE L 160, de 30 de junio de 2000.

⁶⁰ DOCE L 160, de 30 de junio de 2000.

⁶¹ DOCE L 12, de 16 de enero de 2001.

⁶² DOCE L 174, de 27 de junio de 2001.

⁶³ DOCE L 174, de 27 de junio de 2001.

A. LA ORDENACIÓN GENERAL DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DEL EXEQUÁTUR

En el caso del Reglamento «Bruselas I» sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, no puede olvidarse que es el único texto de los hasta ahora aprobados que tiene un importante antecedente práctico, cual es la aplicación durante casi treinta años del Convenio de Bruselas de 1968, con toda la importante jurisprudencia emanada de los tribunales de los Estados miembros y también de la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. De ahí que no sea extraño que también sea el texto en que se ha avanzado más en la línea de intentar simplificar al máximo los trámites del exequátur, sin que ésta sea la única novedad que el texto aporta. No obstante, como dice Sixto Sánchez Lorenzo, el texto no sigue la lógica procesal, sino la lógica de la integración, lo cual es trasladable a todos los textos hasta ahora aprobados.

En todo caso, merecen destacarse algunos datos, tanto en relación a la competencia judicial como en relación al exequátur.

Por lo que se refiere a las reglas de competencia, merece destacarse la modificación de la conflictiva norma del art. 5.1 en materia de obligaciones contractuales, disposición no plenamente satisfactoria para nadie, pero que encuentra un difícil equilibrio entre los que pretendían mantener la norma anterior del Convenio de Bruselas y los que pretendían su modificación radical o, incluso, su supresión. Sin decirlo, no obstante, realiza una aproximación indudable al foro de la «prestación característica».

También en materia de normas de competencia merece destacarse la norma que pretende prestar atención al comercio electrónico en materia de *prorrogatio fori*. No obstante, los foros de protección de consumidores presentan problemas en relación a dicha forma de comercio, como resulta de la declaración a que antes se ha hecho referencia.

Las mayores novedades se aportan en el procedimiento de exequátur, puesto que el primero de los tres niveles sólo permite un control meramente formal (art. 41), sin que en él pueda procederse a ningún examen de las causas de no reconocimiento, para lo cual habrá que acudir a la vía de los recursos. Es lógica la solución si se tiene en cuenta que en la aplicación del Convenio de Bruselas, por la limitación de las causas de no ejecución, un 90 por ciento de las solicitudes de exequátur concluían en el primer nivel, pero con mayor complejidad que se exige actualmente.

B. LA VIEJA DEUDA: LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

El Reglamento «Insolvencia» constituye, sin duda, el más complejo de todos los que hasta ahora han sido aprobados, complejidad que es fácil de comprender si se tiene en cuenta que esta materia fue excluida precisamente por esa razón del Convenio de Bruselas de 1968, que podría considerarse así el «Convenio general», aún teniendo en cuenta el carácter esencialmente procesal que tienen los temas vinculados con la quiebra. El texto puede ser calificado como

de un «universalismo mitigado», en cuanto que si bien parte de la regla del universalismo propia de los procedimientos de quiebra y de sus principios fundamentales, tal regla general tiene excepciones, particularmente en relación a la función que cumplen los procedimientos territoriales.

Se trata de un instrumento que hay que colocar en su contexto sistemático, ya que, constituye el cuerpo principal del sistema concursal europeo, juntamente con las Directivas relativas a las situaciones de crisis de bancos, compañías de seguros y el proyecto relativo a entidades financieras, juntamente con la Directiva sobre firmeza de pagos.

Será, por tanto, una novedad importante cuando se produzca su entrada en vigor, el próximo 1.º de mayo de 2002.

C. LA APERTURA HACIA LAS CAUSAS MATRIMONIALES Y LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS

El primer reglamento que entró en vigor fue el denominado Reglamento «Bruselas II», relativo a competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de divorcio, separación y nulidad del matrimonio, habría que destacar un elemento negativo y dos elementos positivos.

El elemento negativo está constituido por la limitación de su ámbito de aplicación, ya que se limita sólo a la disolución o relajación del vínculo conyugal. Como se dice en el informe explicativo al Convenio que está en su origen, «no afecta a cuestiones tales como, entre otras, culpa de los cónyuges, los efectos patrimoniales del matrimonio o la obligación de alimentos o a otras posibles medidas accesorias (derecho al nombre, etc.)»⁶⁴. En consecuencia, a todos estos aspectos se continuará aplicando la normativa, interna o convencional (por ej., en materia de alimentos), vigente entre los Estados en cuestión, con la complejidad que ello conlleva.

El aspecto positivo lo constituyen dos reglas que, por sí solas, justificarían el Reglamento. Se trata de la norma sobre litispendencia y acciones dependientes (art. 11) y la norma sobre reconocimiento (art. 14).

Por lo que se refiere a la primera, es evidente que en los litigios matrimoniales no siempre se da la identidad de objeto y causa, sino que es frecuente que sean diferentes⁶⁵ y de ahí que junto a la litispendencia tradicional se hable también de acciones dependientes. Si ya es positivo tener una regla sobre litispendencia internacional, más aún tener la misma regla para este tipo de acciones, añadiendo después la posibilidad de que el demandante en el litigio iniciado en segundo lugar pueda presentar su demanda ante el órgano jurisdiccional al que se hubiera acudido en primer lugar. Con el art. 11 se consigue, por tanto, evitar algo tan frecuente como que se sigan dos procedimientos matrimoniales en dos países distintos, con el resultado negativo que ello tiene al dar lugar a dos sentencias que serán necesariamente claudicantes.

⁶⁴ Apartado 22 del Informe explicativo de A. Borrás.

⁶⁵ Lo cual se ve, además, precipiado por las diferencias entre los ordenamientos de los Estados, entre los que unos conocen sólo el divorcio y no la nulidad, otros no conocen la separación legal, que es requisito imprescindible en otros. E, incluso, aunque sea la acción idéntica difieran las causas permitidas o alegadas.

La segunda regla a destacar es el art. 14, que establece que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, incluyéndose en el efecto del reconocimiento «la actualización de los datos del Registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio dictadas en otro Estado miembro y que con arreglo a la legislación de este último ya no admitan recurso». Como se dice en el informe explicativo⁶⁶, no se trata de un reconocimiento judicial, sino que es equivalente a un reconocimiento registral.

D. EL RÉGIMEN DEL PROCESO: NOTIFICACIONES Y OBTENCIÓN DE PRUEBAS

En relación al régimen del proceso, son hasta la fecha dos los instrumentos adoptados, uno relativo a las notificaciones y otro a la obtención de pruebas en los Estados miembros.

El sistema de notificaciones se simplificó de forma notable con el Convenio de La Haya de 1965, que establece un sistema de autoridades centrales⁶⁷, que evita la complejidad de los tradicionales sistemas por la vía diplomática o la vía consular. Es lógico que se intentara que, entre los Estados miembros de la Comunidad Europea tales notificaciones se realizaran de forma aún más simple. Este fue el objeto del Convenio de 1997, transformado en Reglamento tras el Tratado de Ámsterdam y cuya entrada en vigor se ha producido el 31 de mayo de 2001, no sin dificultades debido a que los Estados miembros debían realizar una serie de comunicaciones a la Comisión, de acuerdo con el art. 23, para hacer posible la aplicación del Convenio. La tardanza en la comunicación de tales datos hizo que sólo el día 22 de mayo de 2001⁶⁸ fuera posible tal publicación y, además, con ciertos visos de provisionalidad, ya que en el preámbulo se dice que la ausencia de publicación de los datos relativos a los organismos receptores se entenderá que constituye una circunstancia excepcional a los efectos del art. 3, letra c) que permite la intervención de la Entidad central en tal concepto⁶⁹.

El punto esencial consiste en que ya no sean las autoridades centrales las encargadas de la transmisión, sino que cada Estado designará unos organismos transmisores y receptores, de acuerdo con el art. 2⁷⁰, los cuales se ocuparán de la transmisión de los documentos, en los términos del art. 4, apartado 1: «los documentos judiciales se transmitirán directamente y lo antes posible». La función de la entidad central queda limitada a facilitar información, buscar soluciones a las dificultades que puedan surgir y sólo excepcionalmente y a petición de un organismo transmisor, cursar una solicitud de notificación al organismo re-

⁶⁶ Apartado 63 del informe de A. Borrás.

⁶⁷ En el caso de España, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

⁶⁸ DOCE C 151, de 22 de mayo de 2001, pp. 4 y ss.

⁶⁹ En España, la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.

⁷⁰ En el caso de España, los organismos transmisores son los Secretarios judiciales de los Juzgados de 1.ª Instancia.

ceptor competente, supuesto que ha de ser realmente excepcional, como se ocupa de precisar el informe explicativo⁷¹. Sin duda significará un avance en las notificaciones, aunque no está carente de dificultades, en particular en lo que se refiere a la fecha de la notificación, para la cual el art. 9 da una solución relativamente aceptable⁷², por lo que debe pensarse que una buena solución pasa por la armonización de las normas internas de los Estados.

El último instrumento adoptado se refiere a la obtención de pruebas y es el primero que no transforma un Convenio comunitario anterior, pero, al igual que el anterior, debe vincularse a un Convenio de La Haya, en este caso, al Convenio de La Haya de 1970 el cual, también al igual que el anterior, establece un sistema de autoridades centrales⁷³ a través de las cuales se tramitan las peticiones de práctica de pruebas. En este caso, la detallada iniciativa alemana⁷⁴, ha dado lugar a una rápida tramitación que ha permitido su adopción el 28 de mayo de 2001, con las particularidades en relación a la entrada en vigor y a la aplicación que antes se han señalado. El Reglamento implica una novedad importante, ya que limitadas las funciones del órgano central (art. 3) de la misma forma que en el Reglamento sobre notificaciones, la forma de comunicación es directa, ya que según el art. 2 el órgano jurisdiccional ante el que se halle iniciada la causa o se prevea incoar la causa⁷⁵, remitirá directamente al órgano jurisdiccional competente la solicitud de realización de diligencias de obtención de pruebas. En la práctica de la prueba por el órgano jurisdiccional requerido, no sólo podrán estar presentes las partes e incluso participar (art. 11), sino que también podrán estar presentes y participar mandatarios del órgano jurisdiccional requirente (art. 12). Pero, en un paso más que suscita ciertas reticencias, se ha incluido en el art. 17 la posibilidad de que la prueba la obtenga directamente el órgano jurisdiccional requirente en el Estado requerido, siempre que pueda llevarse a cabo de forma voluntaria, sin necesidad de aplicar medidas coercitivas. El sistema se verá simplificado por el amplio elenco de formularios previsto para cada una de las fases o posibles incidencias. El amplio período de tiempo que resta hasta su aplicación práctica, el 1.º de enero de 2004, permitirá a las legislaciones internas prepararse para su aplicación y, en el caso de España, este dato debe ser tenido particularmente en cuenta en la elaboración de la Ley de cooperación jurídica internacional⁷⁶, del mismo modo que en esa fecha pueda dispo-

⁷¹ Señala el carácter excepcional, ya que «la entidad central no está facultada, en principio, para proceder a la tramitación directa de las solicitudes de transmisión, tramitación que deberá ser efectuada por el organismo receptor».

⁷² Puede recordarse que el sistema «de doble fecha» fue rechazado en la Conferencia de La Haya en el momento de la elaboración del Convenio de 1965, quedando, por tanto, estas cuestiones fuera del Convenio y regulándose por el Derecho autónomo.

⁷³ Que, en el caso de España, también es la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

⁷⁴ Publicada en *DOCE* n.º C 314, de 3 de noviembre de 2000.

⁷⁵ Lo que, obviamente, nada tiene que ver con la institución del *pre-trial discovery of documents*, que no es simplemente una prueba anticipada.

⁷⁶ Recuérdese al respecto que tal ley se tramitaba simultáneamente a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y por esta razón algunas materias no aparecen en ella y deberían ser objeto de particular atención en la Ley de cooperación, tomando particularmente en cuenta los instrumentos comunitarios.

nerse del manual que elaborará la Comisión, asistida por un Comité (arts. 19 y 20 del Reglamento).

E. UNA MEDIDA DE ACOMPAÑAMIENTO: LA RED JUDICIAL EUROPEA

La red judicial europea en materia civil y mercantil se crea por decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001, que se aplicará a partir de 1.º de diciembre de 2002, con excepción de sus arts. 2 y 20 que serán aplicables a partir de la notificación de la decisión a los Estados miembros destinatarios⁷⁷. En definitiva, se trata de instaurar en el orden civil un sistema similar al existente en materia penal y que ha tenido un efecto positivo. No es una materia directamente incluida en el ámbito que nos ocupa, pero que cumplirá, sin duda, un papel positivo en su correcto funcionamiento, ya que se trata de facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros en materia civil y mercantil y ello tanto en los ámbitos cubiertos por los instrumentos en vigor como en aquellos en los que todavía no existe ningún instrumento aplicable.

3. Los efectos *ad extra* de la comunitarización

El tema que ahora debe plantearse es si la comunitarización tiene una proyección exterior, sobre la base de la discusión sobre si existe una competencia externa implícita en el nuevo entorno que se está diseñando⁷⁸. Ya en el Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 5 de febrero de 1999 se decía que «una vez que la Comunidad haya ejercido sus competencias internas adoptando disposiciones por las que se fijen reglas comunes [al amparo del artículo 65], la competencia comunitaria pasa a ser exclusiva, en el sentido de que los Estados miembros pierden el derecho a contraer, individual o incluso colectivamente, obligaciones con terceros países que afecten a dichas reglas». Es aplicación de la doctrina sentada en el ámbito comunitario a través del denominado «efecto AETR». Pero esta doctrina, sentada en ámbitos puramente económicos, como el transporte o la pesca, ¿puede producir el mismo resultado en materia de Derecho internacional privado? ¿Puede extenderse la interpretación dada para cuestiones vinculadas a la integración económica a las cuestiones jurídicas? No puede olvidarse que es el propio Tribunal el que exige que la materia objeto del Convenio con terceros Estados se encuentre vinculada de forma inextricable o inseparable de las disposiciones adoptadas para el mercado interior, valoración que no es fácil en los temas aquí abordados.

El punto de partida se encuentra en la distinción de las competencias externas de la Comunidad en explícitas e implícitas⁷⁹. No se encuentran en las prime-

⁷⁷ DOCE L 174, de 27 de junio de 2001, pp. 25 y ss.

⁷⁸ Mengozzi, P., «La relazione externe della Comunità Europea e l'Europa dei cittadini», *Il Diritto de l'Unione Europea*, 1996, pp. 373-390.

⁷⁹ En la doctrina reciente, detallado examen de las relaciones exteriores y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en Kaddous, Ch., *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la*

ras las que aquí nos interesan⁸⁰, por lo que hay que referirse a las denominadas «competencias implícitas» o lo que, en forma breve, se denomina «efecto AETR» por la célebre Sentencia del Tribunal de Justicia en que se inicia esta extensión⁸¹. Esta doctrina ha sido después seguida en mayor o menor medida en numerosos casos⁸². En el dictamen 1/76⁸³ el Tribunal dijo que «la facultad de contraer compromisos internacionales no sólo puede derivarse de una atribución expresa por el Tratado sino que también puede derivarse implícitamente de sus disposiciones». El Tribunal dejó claro, entre otras cosas, que «cuando el Derecho comunitario ha creado para las instituciones de la Comunidad poderes dentro de su sistema interno al objeto de alcanzar un objetivo específico, la Comunidad tiene poderes para contraer los compromisos internacionales necesarios para el logro del objetivo citado, aún cuando falta cualquier disposición explícita a tal fin. Esta circunstancia se da, en particular, en todos aquellos casos en que previamente se ha hecho uso de una facultad interna para adoptar medidas para lograr los fines de políticas comunes, aunque no sólo en este supuesto».

Además, la competencia exterior implícita puede ser exclusiva de la Comunidad o concurrente con la de los Estados. Como ha dicho el propio Tribunal en su dictamen 1/78⁸⁴, la competencia exclusiva existe sólo cuando responde a una política común, en el caso concreto, la política comercial común en el sentido del art. 113 (hoy art. 133) e implica una obligación financiera que afecta al presupuesto comunitario. Para los demás casos⁸⁵ no habrá competencia exterior exclusiva, pues no podrá deducirse implícitamente del art. 308 (ex art. 235). Esta es la doctrina que resulta más claramente del dictamen 1/94, es decir, el propio

Cour de Justice des Communautés Européennes, Basilea, 1998. Asimismo, muy centrado en la proyección a aspectos económicos, Torrent, M., *Derecho y práctica de las relaciones económicas exteriores en la Unión Europea*, Barcelona, 1998.

⁸⁰ Que quedan limitadas a ámbitos como los acuerdos comerciales (art. 133 TCE, ex art. 113), acuerdos de asociación (art. 310 TCE, ex art. 238) o relaciones con Organizaciones internacionales (arts. 302-304 TCE).

⁸¹ STJCE de 31 de marzo de 1971, Comisión c. Consejo, AETR, Asunto 22/70, en la que se dice que «Cada vez que el Derecho comunitario ha establecido, a favor de las instituciones de la Comunidad, competencia en el plano interno con miras a realizar un objetivo determinado, la Comunidad está investida de la competencia para obligarse internacionalmente en la medida necesaria para la realización de ese objetivo, incluso en ausencia de una disposición expresa a este respecto».

⁸² Sentencia de 14 de julio de 1976, asuntos 3, 4 y 6/76, Kramer, *Recueil*, 1976, pp. 1279 ss; Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, *Recueil*, 1977, pp. 741 ss, sobre el proyecto de acuerdo relativo a la creación de un fondo europeo de inmovilización de la navegación interior; Dictamen 1/94, de 14 de noviembre de 1994, *Recueil*, vol. I, pp. 5267 ss, apartado 85, sobre la OMC y, en particular, en lo que se refiere al comercio de servicios (GATS) y los aspectos comerciales del Derecho de Propiedad intelectual (TRIP); Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996 sobre la adopción por las Comunidades del Convenio Europeo de Derechos humanos, *Recopilación*, 1996, I, pp. 1759 ss; Dictamen 2/92, de 24 de marzo de 1995, sobre la competencia de la Comunidad o de una de sus instituciones para participar en la tercera decisión revisada del Consejo de la OCDE relativa al trato nacional, *Recopilación*, 1995, vol. I, pp. 521 ss, apartado 32.

⁸³ *Recueil*, 1977, pp. 741 ss, apartados 3 y 4.

⁸⁴ En relación al acuerdo internacional sobre el caucho, dictamen de 4 de octubre de 1979, *Recueil*, 1979, pp. 287 ss.

⁸⁵ Al respecto, Pocar, F., *Diritto dell'Unione e delle Comunità Europea*, 6.^a ed., Milano, 2000, pp. 71-72.

Tribunal de Justicia reconoce la existencia de una competencia compartida de la Comunidad y de los Estados miembros para participar en la conclusión de los acuerdos GATS y TRIP.

El dictamen últimamente citado resulta particularmente relevante y se incluye, junto con el Dictamen 2/92, en la línea en que se pretende limitar un tanto la interpretación extensiva de las competencias exteriores pretendida por la Comisión. En el caso del Acuerdo de la OMC, el Tribunal se ocupa de precisar que no es suficiente que exista una medida interna para que nazca una competencia exclusiva, sino que es necesario además que dicha medida pudiera verse afectada por las obligaciones asumidas mediante un acuerdo externo. En el caso concreto, el Tribunal no aplica los principios del Dictamen 1/76 al GATS, ya que la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios a favor de los nacionales de los Estados miembros no está indisolublemente vinculada a la situación en la Comunidad de los nacionales de Estados terceros o en los Estados terceros a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad⁸⁶. A la misma conclusión llega en relación a los acuerdos TRIP. En el Dictamen 2/92 se dice expresamente que «los Estados miembros, ya actúen individual o colectivamente, no pierden el derecho a contraer obligaciones respecto a Estados terceros más que en la medida en que se hayan establecido reglas comunes susceptibles de verse afectadas por dichas obligaciones»⁸⁷, limitando así notablemente la sentencia AETR, la cual⁸⁸ dice que «cada vez que, para la puesta en práctica de una política común prevista por el Tratado, la Comunidad ha adoptado disposiciones instaurando reglas comunes, los Estados miembros ya no tienen derecho, tanto si actúan individual como colectivamente, a contratar con Estados terceros obligaciones que afecten a dichas reglas». Parece, por tanto, que el Tribunal ha tomado en cuenta las críticas que desde diversos sectores se han formulado al «efecto AETR», en el sentido de que se altera la distribución de competencias, algo que enlaza directamente con la actitud de los Estados miembros, normalmente reticentes a aceptar las competencias implícitas de la Comunidad. Las más recientes decisiones del Tribunal parecen, pues, ir en la línea de respetar la competencia de los Estados para concluir tratados con terceros Estados siempre que no se solape la competencia internacional y la competencia interna ejercida. De ahí, pues, que sólo cuando se trate de cuestiones «indisolublemente ligadas» a la medida comunitaria cabe predicar la exclusividad de la competencia, lo que no se da en el caso del dictamen 1/94 entre la libre prestación de servicios a favor de los nacionales o empresas de los Estados miembros y el trato a los nacionales o empresas de Estados no miembros.

¿En qué términos puede adaptarse esta doctrina al Título IV, en materia de cooperación civil? Tres son los elementos importantes a considerar en este ám-

⁸⁶ Apartado 86, p. 5414. Dice textualmente que «la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios a favor de los nacionales de los Estados miembros no está indisolublemente vinculado a la condición de dar en la Comunidad a los nacionales de países terceros o en los países terceros a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad».

⁸⁷ Apartado 31, en p. 559.

⁸⁸ En su apartado 17.

bito: 1.º Que la doctrina de las competencias externas implícitas ha sido elaborada en ámbitos económicos, muy distintos del Derecho internacional privado⁸⁹. 2.º Que la extensión de la competencia externa de la Comunidad dependerá de los términos de la medida interna. 3.º Que el propio Tribunal se ha ocupado de acotar la posibilidad de una competencia exterior ilimitada. De ahí resultaría que no existe una vinculación necesaria entre la adopción de un instrumento interno «necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior» y la conclusión de acuerdos con terceros Estados y, en consecuencia, no puede hablarse de competencia exclusiva *ad extra*. Será necesario en cada caso ver los límites derivados del ámbito propio del Título IV, estudiar los términos exactos del instrumento extracomunitario y, en último extremo, es necesaria una buena cláusula de desconexión.

Esta interpretación no es contraria a los objetivos e interpretación de las reglas comunitarias e, incluso en los ámbitos económicos, se ha dicho⁹⁰ que la mundialización implica con carácter ineluctable la «mixidad» de la acción internacional de la Comunidad y de los Estados miembros, situación que no puede modificarse incluso con una ampliación de las competencias de la Comunidad. No obstante, parece acertado entender que para que la Comunidad pudiera gestionar en solitario todas sus relaciones exteriores sería preciso que «los Estados miembros desaparecieran de la faz del planeta como entidades políticas y jurídicas distintas». De ahí que, ya en el ámbito económico, deba estudiarse el alcance de determinadas cláusulas (cláusula de nación más favorecida, cláusula de *standstill*, cláusula de trato nacional) y, particularmente, de la cláusula de desconexión para todos aquellos tratados internacionales «que contengan reglas sustantivas que creen un régimen uniforme que las partes contratantes deben luego aplicar en sus ordenamientos internos»⁹¹, algo particularmente pertinente para el ámbito de que nos ocupamos, en virtud de la cual las obligaciones impuestas por el acuerdo dejarán a salvo las situaciones en el interior de una organización de integración económica regional (las denominadas «REIO»), es decir, las cláusulas que permiten el desarrollo futuro de la legislación comunitaria. De tal forma que los Estados miembros y la Comunidad en su conjunto deben prestar especial atención a la elaboración de este tipo de cláusulas y cuidar de que se incluyan en todo instrumento extracomunitario, en los términos más precisos posibles y teniendo en cuenta la particularidad de la respectiva materia.

⁸⁹ Así se ocupa de delimitarlo Torrent, R., *Derecho y práctica de las relaciones exteriores en la Unión Europea*, Barcelona, 1998, p. 35, al indicar que en el ámbito de la Justicia y Asuntos de Interior (JAI) se plantean problemas de relaciones exteriores, de los que no se ocupa, «aunque ciertas consideraciones relativas a la PESC y al cuarto pilar les son aplicables, *mutatis mutandis*». Bajo el término «cuarto pilar» se incluye «el ejercicio en común *de facto* dentro del sistema institucional de la Unión de las competencias de los Estados miembros, en particular, pero no exclusivamente, en materia de relaciones económicas exteriores» (*Ibid*, p. 22 y 149 ss). Se trata, por tanto, de las materias que no constituyen ni el segundo ni el tercer pilares (PESC y JAI).

⁹⁰ R. Torrent, en la obra citada en la nota anterior, pp. 141-168, en particular. Téngase en cuenta que el autor, actualmente Director del Observatorio de la Globalización de la Universidad de Barcelona, fue Director responsable de las relaciones económicas exteriores en el Servicio Jurídico del Consejo de la Unión Europea hasta abril de 1998.

⁹¹ R. Torrent, en la obra citada en las notas anteriores, en p. 201.

IV. EL FUTURO

1. El Programa de reconocimiento mutuo

En el Consejo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) se decidió que «la piedra angular» del camino para simplificar el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil la constituía el principio de reconocimiento mutuo, invitando al Consejo y a la Comisión a adoptar un programa de medidas para llevarlo a la práctica. Este proyecto recibió un impulso decisivo en el Consejo informal celebrado en Marsella, durante la presidencia francesa (2.º semestre de 2000)⁹².

El objetivo final pretendido es la supresión del exequátur en Europa, de tal forma que una sentencia dictada en otro Estado miembro sea reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin ser sometida a ningún trámite ni control (las denominadas medidas intermedias), lo cual constituye un cambio fundamental respecto a la situación general⁹³ y que comporta hacer caer todas las barreras, incluida la del orden público, como última salvaguarda que los Estados siempre se reservan⁹⁴ y sobre la que en fecha próxima está previsto que se distribuya un cuestionario, del que, sin duda, resultará que es necesaria una cierta armonización de determinados aspectos del Derecho procesal interno, sin lo cual difícilmente podrá prescindirse de tal control⁹⁵.

De hecho, el Programa es fundamental para los próximos tiempos, pues marca el camino a seguir. Los datos esenciales a destacar serían dos: la forma en que se procederá y las etapas para conseguir la supresión del exequátur. En cuanto a la forma en que se procederá, se toma como punto de partida el estado actual de la situación, distinguiendo entre el primer grado, que sería el alcanzado en el Convenio de Bruselas de 1968 y en el Reglamento «Bruselas II» y el segundo grado alcanzado en el Reglamento «Bruselas I», en cuanto significa un paso más avanzado en este camino. En cada una de las diferentes materias ya incluidas en tales textos se partirá de ellos y en las materias no incluidas, se tratará de avanzar en la forma más rápida posible, sin que sea necesario pasar por el primer grado para alcanzar el segundo. Pero cada materia seguirá su propio ritmo, sin que sea preciso que todas avancen a la misma velocidad, lo que muestra un grado de realismo sobre las dificultades que sobre todo en determi-

⁹² Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, publicado en *DOCE* n.º C 12, de 15 de enero de 2001, del que se resalta el cuadro-resumen que aparece en la última página y que resulta muy ilustrativo para comprender el alcance del plan propuesta.

⁹³ Piénsese en nuestro sistema general, en el que la concesión del exequátur compete al Tribunal Supremo, en clara reminiscencia histórica, muy alejada de la cooperación internacional actual en materia judicial.

⁹⁴ Piénsese que en el proceso de transformación del Convenio de Bruselas en Reglamento, se trató de suprimir esta causa de no reconocimiento o ejecución (art. 27, 2) y los Estados no lo aceptaron y así ha pasado la excepción al art. 34, 1.

⁹⁵ Un buen ejemplo lo ha constituido la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Krombach*, que ha puesto de relieve las diferencias entre los ordenamientos alemán y francés en una cuestión fundamental, cual es el derecho de defensa.

nadas materias pueden encontrarse. Como también constituye una muestra de realismo el que se prescindiera de establecer fechas para la realización de los trabajos, puesto que «los plazos muy cortos resultan ilusorios y los demasiado largos paralizan a los Estados», estableciéndose únicamente la necesidad de que la Comisión presente un informe sobre los avances al Consejo y al Parlamento Europeo cada cinco años. Piénsese así que el programa puede durar muchos años.

El programa determina cuatro ámbitos de acción: 1) los ámbitos del Derecho civil y mercantil; 2) los ámbitos de Derecho de familia cubiertos por el Reglamento Bruselas II y las situaciones familiares surgidas de relaciones distintas del matrimonio. 3) los regímenes matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas; 4) los testamentos y las sucesiones, con lo cual se opta decididamente por la inclusión del Derecho de familia y sucesiones en el ámbito del Derecho internacional privado comunitario, pese a las dificultades que el tema tiene y que condujeron, por ej., a la limitación del ámbito de aplicación material del Reglamento «Bruselas II». Veamos a continuación las propuestas que se contienen en el documento y qué es lo que, hasta la fecha, se está haciendo.

2. La ejecución del Programa

La ejecución del trabajo previsto debe ser examinado a la luz del método de trabajo adoptado y de las materias que se están examinando.

A. EL MÉTODO DE TRABAJO: EL DENOMINADO «COMITÉ DE CUESTIONES DE DERECHO CIVIL»

El examen hasta ahora realizado no mostraría por sí solo el sentido y alcance de la transformación sufrida, sino que es necesario examinar las características y resultados de la intensa actividad desarrollada a partir de la entrada en vigor del tratado de Amsterdam, lo que añade, pues el elemento de la voluntad política, que se puso de manifiesto en el Consejo extraordinario de Tampere. Algunas cuestiones son particularmente relevantes y están vinculadas a la actividad del denominado «Comité de cuestiones de Derecho civil», creado por acuerdo del COREPER de 10 de marzo de 1999⁹⁶.

Sólo unos días después de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el día 7 de mayo de 1999, se reunía por primera vez el recién creado y denominado «Comité de cuestiones de Derecho civil», extraño nombre que no es significativo en relación a las funciones que asume y a las que a continuación se hará referencia. En realidad, se pretende huir de la denominación que le hubiera sido más propia,

⁹⁶ Ya con anterioridad había hecho referencia a su necesidad el Servicio Jurídico del Consejo. Para que el Consejo JAI pudiera ejercer sus responsabilidades, el COREPER, basándose en el art. 207 TCE (entonces, art. 151) organizó las estructuras destinadas a realizar un espacio de libertad, seguridad y justicia tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y, entre ellas, el denominado «Comité de Derecho civil».

que es «Comité de cuestiones de Derecho internacional privado», pues esta denominación va unida a la complejidad que siempre se nos atribuye, aunque hubiera tenido la ventaja de referirse esencialmente a los arts. 65 y 293 TCE; tampoco cabía denominarlo «Comité art. 65»⁹⁷, puesto que sus funciones van más allá de esta disposición, como veremos más adelante. Su actividad desde esa fecha ha sido intensa, sobre la base del plan de acción aprobado en el Consejo de Viena, en diciembre de 1998⁹⁸, y, más recientemente con el impulso que ha significado el Consejo extraordinario de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999.

En las funciones atribuidas al Comité cabe distinguir dos grupos, los asuntos generales y los proyectos específicos.

Por lo que se refiere a los asuntos generales, se trata de discutir el plan de acción para la creación de un área de libertad, seguridad y justicia y, por tanto, examinar las modificaciones que deben introducirse a los instrumentos existentes o en perspectiva con la vista puesta en los resultados de la reunión de Tampere.

Junto a estos asuntos generales, se ocupa el Comité de los proyectos específicos, en los que también es patente la evolución en relación a la situación anterior. Además de los actos ya adoptados y a que se ha hecho referencia con anterioridad, se ocupa de materias diversas a que se hace referencia a continuación.

B. LOS PROYECTOS ESPECÍFICOS

En el ámbito del Derecho de familia, Francia realizó una propuesta para suprimir el exequátur en materia de derecho de visita⁹⁹, texto que está teniendo numerosas dificultades. La primera, derivada de su vinculación a «Bruselas II» y, en consecuencia, limitarse a los hijos matrimoniales. La segunda, la presentación por la Comisión de una propuesta que se ocupa de la protección de los niños en general («Bruselas II bis»), que creará problemas de relación tanto con el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores, el Convenio de la Haya que más éxito ha tenido hasta la fecha, como con el Convenio de La Haya de 19 de junio de 1996 sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución y la cooperación en materia de protección de niños, todavía no en vigor pero que existe la decidida voluntad de ratificar por parte de todos los Estados miembros. En otros ámbitos previstos, como alimentos o parejas de hecho, no hay todavía proyectos específicos, aunque cabe formular ciertas dudas respecto al futuro. Si se trata de alimentos, la proliferación ya existente de instrumentos en la materia, unida a que la Conferencia de La Haya también inicia nuevos trabajos en la materia, no es lo mejor para estos trabajos, si bien se comprende que sería bueno suprimir el exequátur en este ámbito y para el que ya hay dificultades en el orden interno. En cuanto a las parejas de hecho, la sensibilidad es muy grande en los Estados miembros, en que la legislación tanto di-

⁹⁷ Como en la etapa anterior, en relación al Título VI TUE se denominaba el «Comité K.4».

⁹⁸ Resolución del Consejo de 18 de diciembre de 1997 fijando las prioridades de la cooperación en el ámbito de justicia y asuntos de interior para el período comprendido entre 1.º de enero de 1998 y la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, *DOCE*, C 11, de 15 de enero de 1998.

⁹⁹ Publicado en *DOCE* C 234, de 15 de agosto de 2000.

fiere, tanto en relación al tipo de unión (registrada o consensual) como a la admisión de las uniones homosexuales y su calificación.

En el ámbito patrimonial, la presidencia sueca, en su última reunión del Comité de D.º civil presentó un primer documento sobre la supresión del exequátur para los créditos no impugnados, es decir para supuestos similares a lo previsto en el procedimiento monitorio¹⁰⁰ y en la vía de implantar un Título Ejecutivo Europeo (TEE) en esta materia deberán iniciarse trabajos. En principio, se dice que en nada afectará a los procedimientos internos, pero es obvio que va a implicar un cierto grado de armonización de legislaciones, ya que la base de la supresión del exequátur en esta materia es que conste realmente que el crédito no está impugnado y que un acto de la autoridad del Estado de origen así lo determine, por lo que, por ej., son necesarias ciertas garantías del plazo para la notificación. También en el ámbito patrimonial se desea trabajar en la supresión del exequátur en los casos de demandas de cuantía mínima (*small claims*), tema que aparece vinculado a la protección de los consumidores y a los métodos alternativos de arreglo de diferencias (*ADR* o *alternative dispute resolution*) y sobre el que algunos Estados miembros tienen notables reticencias. De forma mucho más imprecisa, se vislumbra la perspectiva de crear un tipo de ejecución provisional, de instaurar medidas cautelares de nivel europeo e, incluso de un embargo europeo de activos bancarios, incluyendo medidas complementarias para conocer la situación financiera del deudor.

En el establecimiento del programa se observó que en muchas ocasiones sería imposible suprimir el exequátur si no se tomaban ciertas medidas complementarias que puedan facilitar tal paso. En esta línea, en la que se sitúan los ya mencionados Reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas, así como la mencionada Decisión por la que se crea la Red Judicial Europea. De forma inmediata, se inician los trabajos en materia de asistencia judicial gratuita, sobre la base del Libro verde presentado por la Comisión en febrero de 2000 y las acciones allí previstas, tema del que no se ocultan las dificultades derivadas tanto de la admisión de la misma, como del diferente nivel económico de los Estados miembros.

Fue precisamente a iniciativa española que entre las medidas complementarias se incluyeran las normas de conflicto de leyes, que incluso habían propuesto algunos su exclusión explícita, perdiendo de vista que la posibilidad indudable de *forum shopping* derivada del hecho de existir foros alternativos sólo se evita si los tribunales de todos los Estados miembros aplican las mismas normas de conflicto de leyes. Esta línea, que tendría su origen en el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I»), encontraría ahora su continuidad en dos textos. Uno sería un instrumento comunitario sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales («Roma II»), para el cual se han realizado algunos trabajos preliminares¹⁰¹, siendo las dificultades políticas las que han impedido que se avance en este camino. El otro sería un instrumento comunitario sobre ley aplicable al divorcio («Roma III»), para el cual únicamente se ha contestado a un cuestionario.

¹⁰⁰ Arts. 812 y ss de la nueva LEC.

¹⁰¹ Tomando en cuenta, en parte, los trabajos del Grupo Europeo de Derecho internacional privado.

En definitiva, se ve una decidida voluntad política de avanzar por el camino de la supresión del exequátur, es decir, no tratar de forma discriminatoria a las sentencias dictadas por jueces de otros países europeos, de tal forma que prevalezca el principio de confianza mutua y para ello es preciso arbitrar una serie de medios que faciliten la libre circulación de decisiones en materia civil y mercantil. Pero dos consideraciones se imponen:

- 1.^a Si se examina la atención que a la cooperación penal se presta, se observará claramente que la cooperación civil no es objeto de la misma atención y ello se debe tanto a que políticamente resulta más lucida como a que es más fácil que alcance a la prensa. No obstante, debe tenerse en cuenta que en la vida cotidiana del ciudadano europeo es más trascendente la cooperación civil y de ahí la necesidad de avanzar con paso seguro por este camino. Pero es difícil imaginar que los políticos vayan a librar una batalla por la determinación de la fecha de la notificación o por la aceptación del *forum non conveniens*, por ejemplo, lo cual no es positivo, por las dificultades de carácter técnico que esta materia tiene.
 - 2.^a Lo anterior no obsta a que quepa intuir una decidida voluntad política de avanzar en la vía de la cooperación judicial en materia civil. Y es que, sin duda, la cooperación en materia penal tiene una mayor repercusión en los medios de comunicación, pero es preciso tomar conciencia del hecho de que la cooperación judicial en materia civil afecta muy directamente a la vida cotidiana del ciudadano europeo que, quizá, no es consciente todavía de la incidencia que la integración comunitaria puede tener en los problemas que le afectan más directamente y sin estridencias.
3. ¿QUÉ FUTURO TIENE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS ESTADOS MIEMBROS?

La pregunta que deriva de todo lo que se acaba de señalar es precisamente cual es el futuro que espera al Derecho internacional privado de los Estados miembros pero, además, cabe preguntarse también cuál será el futuro de las relaciones regidas por el Derecho internacional privado extracomunitario que se vean afectadas por el Derecho internacional privado comunitario. Pero muchas otras dudas y preguntas pueden formularse: ¿Sustituye el reconocimiento mutuo al Derecho internacional privado? ¿Es inocente que no se mencione el término Derecho internacional privado? ¿a quien se está dando el poder en el proceso de ampliación? Y, pensando en el futuro ¿qué ocurrirá en el momento de la ampliación?

Nos encontramos, por tanto, en una situación llena de interrogantes y para la que las respuestas son inciertas y dubitativas. Se trata de un nuevo reto de la integración europea ante el cual, las instituciones y los Estados miembros, deben asumir sus respectivos papeles, lo cual no es fácil en el ámbito del Derecho internacional privado. Los Estados están entregando una serie de competencias y deben saber a quién y cómo las están cediendo.