

# LA CREACIÓN DE UN ESPACIO DE JUSTICIA EN MATERIA CIVIL

ALEGRÍA BORRÁS

CATEDRÁTICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

1. Ante todo quiero expresar mi agradecimiento por haberme invitado a impartir una de estas «Once lecciones de justicia internacional», una idea que considero muy acertada y que, además, me permite compartir unas horas con apreciados amigos y compañeros y, en particular, con mi colega la profesora Elena Zabalo. En este caso, esta «lección» se refiere a un tema bastante diferente de las demás, ya que se trata de instrumentos para facilitar al ciudadano europeo su vida cotidiana.

2. Como es bien sabido, el Tratado de Ámsterdam puede ser considerado como un punto muy importante en la evolución del Derecho internacional privado de los Estados miembros de la Comunidad Europea, en cuanto significó la «comunitarización» de una parte muy importante del Derecho internacional privado<sup>2</sup>. Los numerosos instrumentos adoptados en este período que van desde los primeros adoptados en el año

---

<sup>1</sup> Se ha mantenido el tono de la intervención oral, que tuvo lugar el 4 de abril de 2008.

<sup>2</sup> Entre la numerosa bibliografía sobre el tema, J. Basedow, «Die Harmonisierung des Kollisionsrecht nach dem Vertrag von Ámsterdam», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997, pp. 609 ss.; A. Borrás, «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999, 2, pp. 383 ss.; Ch. Kohler, «Le Droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *Devenir sociale e adeguamento del Diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, 1999; Ch. Kohler, «Interrogations sur les sources du Droit international privé après le Traité d'Amsterdam», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1999, 1, pp. 1 ss.; A. Labayle, «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997, pp. 856 ss.; Th. Drappatz, *Die Überführung des internationalen Zivilverfahrens in eine Gemeinschaftskompetenz nach art. 65 EGV*, Tübingen, 2002; S. Bariatti, «La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione Europea, al Titolo IV del Trattato CE», *Il diritto de l'Unione Europea*, 2001, fasc. 2-3, pp. 261-310. Más recientemente, Borrás, A., «Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, tomo 317 (2005), pp. 313-536.

2000 en materia de notificaciones<sup>3</sup>, litigios matrimoniales<sup>4</sup> y procedimientos concursales<sup>5</sup> hasta los más recientes sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales<sup>6</sup>, la modificación del Reglamento sobre notificaciones<sup>7</sup> o el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>8</sup>, por citar sólo algunos ejemplos, muestran las consecuencias importantes que se han derivado de los arts. 61 c) y 65 del TCE.

3. El hecho de haber participado activamente en este proceso<sup>9</sup> y en los trabajos de la Convención Europea que condujeron a la adopción del fallido Tratado constitucional<sup>10</sup>, permiten realizar esta valoración del significado del Tratado de Lisboa.

4. Esta intervención comprenderá cuatro partes. Se iniciará señalando los rasgos esenciales de la cooperación judicial en materia civil. Se pasará después a las particularidades del procedimiento de adopción de los instrumentos en esta materia. En tercer lugar, se examinarán los instrumentos adoptados o en preparación, para concluir con una breve referencia a la proyección externa de la comunitarización.

## II. LOS RASGOS ESENCIALES DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL

5. Los rasgos que resulta adecuado destacar, aunque sea brevemente, se enumeran a continuación.

<sup>3</sup> Reglamento (CE) nº 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, *D.O.C.E. L 160*, de 30 de junio de 2000.

<sup>4</sup> Reglamento (CE) nº 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 comunes, *D.O.C.E. L 160*, de 30 de junio de 2000.

<sup>5</sup> Reglamento (CE) nº 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, *D.O.C.E. L 160*, de 30 de junio de 2000.

<sup>6</sup> Reglamento 864/2007, *DOUE L 199*, de 31 julio 2007.

<sup>7</sup> Reglamento 1393/2007, *DOUE L 324*, de 10 diciembre 2007.

<sup>8</sup> Reglamento 593/2008, *DOUE L 177*, de 4 de julio de 2008.

<sup>9</sup> En particular, en relación a los litigios matrimoniales y responsabilidad parental, como relatora del Convenio de 1998, que es el antecedente del Reglamento 1347/2000 y del Reglamento que le ha sustituido, el Reglamento 2201/2003, que expresamente menciona el informe explicativo en su Considerando nº 3.

<sup>10</sup> Sobre los trabajos de la Convención en esta materia, pueden verse en <http://european-convention.eu.int>, en particular los trabajos del Grupo de trabajo X «Justicia e Interior» y sus conclusiones. La intervención de A. Borrás como experta invitada para informar sobre este tema, titulada «La coopération judiciaire en matière civile dans la Communauté Européenne» constituye uno de los documentos de trabajo del Grupo. Sobre las conclusiones y las opiniones sostenidas en la intervención, A. Borrás, «Significado y alcance del espacio judicial europeo en materia civil: hacia la reforma del Título IV TCE», *Noticias de la UE*, nº 225, octubre 2003, pp. 11-20.

a) *El principio de reconocimiento mutuo*

6. El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales constituye la piedra angular del sistema, respondiendo así a lo que se dijo en el Consejo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999), en el que se decidió que «la piedra angular» (*cornerstone*) del camino para simplificar el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil la constituía el principio de reconocimiento mutuo que se concretó en el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>11</sup>, hasta llegar al Programa de La Haya, aprobado el 4 de noviembre de 2004<sup>12</sup>, para reforzar la libertad, la seguridad y la Justicia. La Comisión presentó un plan de acción que recibió el apoyo político del Consejo Europeo de 16-17 junio de 2005<sup>13</sup> que establece los objetivos a alcanzar en el periodo 2005-2010, tomando en cuenta la evaluación hecha por la Comisión sobre el Programa de Tampere. El plan de acción adoptado por el Consejo en 2005 fijó las medidas concretas y el calendario a seguir, lo que constituye el marco de referencia de la acción de la Comisión.

b) *La «repercusión transfronteriza»*

7. La cooperación en materia civil se limita a los casos «*con repercusión transfronteriza*», según el art. 65 del TCE, lo que es importante para las cuestiones procesales. No obstante, continua suscitando dificultades de interpretación para las normas de Derecho internacional privado, a saber, si sólo afectan a las situaciones intracomunitarias o afectan también a las situaciones externas. Así, por ejemplo, el Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo<sup>14</sup> y el Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía<sup>15</sup> sólo cubren las situaciones intracomunitarias. En ambos casos se dice que «A efectos del presente Reglamento, se entenderá por asuntos transfronterizos aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habi-

<sup>11</sup> Publicado en *DOCE* n° C 12, de 15 de enero de 2001. Sobre el mismo, A. Borrás, «Programa de medidas sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil», *La Europa del Derecho* (Conferencia de los Notariados de la Unión Europea), Bruselas, 2002, pp. 461-468; González Beilfuss, C., «El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *Revista Española de Derecho internacional*, 2002, 2, pp. 662 ss.

<sup>12</sup> Publicado en el *DOUE* C 53, de 3 de marzo de 2005.

<sup>13</sup> Publicado en el *DOUE* C 198, de 12 de agosto de 2005.

<sup>14</sup> Publicado en *DOUE* L 399, de 30 de diciembre de 2006.

<sup>15</sup> Publicado en *DOUE* L 199, de 31 de julio de 2007.

tual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto», con lo que se crea una desigualdad entre los acreedores europeos.

8. Al respecto debe señalarse que en ambos casos la Comisión formuló una declaración que, curiosamente, no se publicó en el *Diario Oficial* y sólo como anexo al acta de la Sesión respectiva del Consejo en que se adoptó el acto. En ella se refleja el hecho de que no se trata de una delimitación del art. 65, sino que es un reflejo de la voluntad política de los Estados, que delimitan así el ámbito de aplicación del respectivo instrumento. Señala, además, que en el futuro deberá analizarse cuidadosamente y caso por caso la delimitación, teniendo en cuenta los objetivos de cada instrumento.

*c) El «buen funcionamiento del mercado interior»*

9. Debe señalarse, a continuación, la vinculación de la creación del espacio de justicia civil con el *mercado interior*. En el mismo art. 65 TCE se dice que las medidas que se adopten de conformidad con el art. 67 serán «en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior». En este sentido, en la bien conocida Sentencia en el caso *Owusu* se dijo que la armonización de las normas de competencia contribuye al funcionamiento del mercado interior, aunque se trate de una situación que afecte sólo a un Estado miembro y en relación con un Estado no miembro<sup>16</sup>.

10. Hay que destacar que el cuadro sistemático cambia en el Tratado de Lisboa<sup>17</sup>. En efecto, la cooperación en materia civil, integrada en el espacio de libertad, seguridad y justicia, aparece en el apartado 2 del art. 2 del TUE. Ello significa que, inmediatamente después del apartado 1, que establece la finalidad de promover la paz, sus valores y el bienestar de los pueblos de la Unión, aparece este espacio de libertad, seguridad y justicia, que precede al mercado interior, que aparece en el apartado 3. De ahí resulta, pues, que el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia queda disociado del mercado interior. Puede ser considerado un cambio relativo, pero es importante, ya que subraya la autonomía creciente de esta dimensión judicial, separándola de la dimensión económica.

<sup>16</sup> STJCE de 15 marzo 2005, Asunto C-281/02, *Owusu*, en particular, apartados 33 y 34. Comentario de P. Beaumont en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, 3, pp. 1246 ss.

<sup>17</sup> Que resulta de interés, aunque su entrada en vigor resulte dudosa. Al respecto, A. Borrás, «La cooperación judicial en materia civil», *El Tratado de Lisboa: La salida de la crisis constitucional* (J. Martín y Pérez de Nanclares, coord.), Madrid, 2008, pp. 437 ss.

11. En el texto actualmente vigente del TCE las medidas a adoptar vienen requeridas, de forma acumulativa, por la trascendencia transfronteriza y por el buen funcionamiento del mercado interior. En el Tratado de Lisboa, antes de enumerar las medidas a adoptar, se dice que «A los efectos del apartado 1 del art. 65 (renumerado, art. 81 del Tratado para el funcionamiento de la UE), y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior».

12. Es así como las palabras «en particular» muestran que la referencia al buen funcionamiento del mercado interior constituye sólo una ilustración, lo que es lógico por el carácter independiente de la cooperación civil respecto al mismo. No obstante, la referencia al buen funcionamiento del mercado interior había sido suprimida en algunos borradores anteriores a la Constitución, pero en el último momento fue reintroducida y ahora se ha mantenido. Ello debe valorarse negativamente en cuanto sigue las conclusiones del Grupo X de la Convención Europea<sup>18</sup>, en las que se decía que, si bien algunos de los miembros cuestionaban la inclusión de ambos presupuestos, la mayoría del Grupo «tras un examen detenido» consideraba que debían mantenerse, quedándose pues con la redacción actual, entendiendo que la formulación de la norma «resulta adecuada».

Sin embargo, la introducción de las palabras «en particular» puede permitir entender que no se trata de un límite inherente y que, por tanto, lo que importa es la vinculación a la creación del espacio judicial europeo en materia civil.

13. En todo caso, debe decirse que la referencia al mercado interior en el actual art. 65 del TCE no ha constituido un grave obstáculo para la adopción de numerosos instrumentos, como ya se ha destacado con anterioridad.

### III. LA ADOPCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS

14. Como regla general (art. 67), los instrumentos en que se incluyen las medidas de cooperación en materia civil se adoptan con arreglo al procedimiento legislativo ordinario del art. 251 TCE, con excepción de las medidas relativas al Derecho de familia, para las cuales seguirá utilizándose el sistema de la unanimidad en el Consejo, previa consulta al

---

<sup>18</sup> Sobre los trabajos de la Convención en esta materia, pueden verse en <http://european-convention.eu.int>, en particular los trabajos del Grupo de trabajo X «Justicia e Interior» y sus conclusiones.

Parlamento Europeo. Esto demuestra que existe gran sensibilidad de los Estados miembros respecto a los temas de Derecho de familia. La regla de la unanimidad ha planteado dificultades sea para la adopción de determinados textos, sea para la fijación de su contenido ya que ha significado tratar de encontrar soluciones aceptables para todos, incluso aunque no sean las mejores.

15. La única modificación destacable introducida por el Tratado de Lisboa en relación al actual 67 es que mientras en él se menciona simplemente el «Derecho de familia», en el nuevo texto se hace referencia al Derecho de familia «con repercusión transfronteriza», lo cual presenta los problemas que se han reseñado con anterioridad. La intención de incluir esta precisión fue buena, pero es dudosa en cuanto al resultado.

Esta limitación, no resulta además clara. En primer lugar, porque en el Derecho de familia, en el sentido amplio utilizado en el texto, están presentes aspectos sustanciales y aspectos procesales y, por ello, la exclusión de ambos parece excesivamente radical. En segundo lugar, porque el Derecho de familia está estrechamente vinculado al Derecho de sucesiones y la exclusión del primero conduce necesariamente a la exclusión del segundo. En tercero y último lugar, porque el Derecho de familia está evolucionando en Europa y han aparecido problemas nuevos, como las parejas no casadas, las parejas del mismo sexo y otros. Y cabe recordar a este respecto que en el Programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y comercial se incluyen tanto las sucesiones como el régimen de las parejas no casadas.

16. No obstante, el Consejo por unanimidad y previa consulta con el Parlamento Europeo puede decidir que determinados «aspectos» del Derecho de familia puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. En este punto, se imponen dos consideraciones. La primera, se refiere a la utilización del término «aspectos», lo que permite pensar en una proyección para el futuro, diciéndose, por ejemplo, «todos los aspectos relativos a la guarda». La segunda, referida a las dudas sobre la utilización de esta «pasarela», cuando ya se ha planteado en el tema del instrumento en elaboración en materia de alimentos<sup>19</sup>. Constituye, sin duda, un buen ejemplo que ilustra la diferente po-

---

<sup>19</sup> Siguiendo el Libro verde de 15 de abril de 2004 sobre obligaciones alimenticias, documento COM (2004) 254 final, 15 de abril de 2004, Propuesta para un Reglamento del Consejo sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación en materias relacionadas con las obligaciones alimenticias, Documento COM (2005) 649 final, 15 de diciembre de 2005.

sición de la Comisión y de los Estados miembros. En efecto, junto con la propuesta de Reglamento, la Comisión adoptó una Comunicación<sup>20</sup>, proponiendo al Consejo utilizar el procedimiento del artículo 251 para la adopción de medidas relativas a las obligaciones alimenticias en base al artículo 65. Sin embargo, una gran mayoría de Estados miembros fueron reticentes a la utilización de la «pasarela» que permitiría el paso de la unanimidad a la codecisión, manifestando así que son muy celosos de sus competencias y concepciones sobre la familia y el Derecho de familia. Y esto ocurrió en un material que, como dice la Comisión, tiene particularidades propias y que, además, la utilización de la «pasarela» en este caso no implicaba que fuera utilizado en otros supuestos. Y ello es aún más curioso si se tiene en cuenta que las obligaciones alimenticias se encuentran incluidas en el Reglamento «Bruselas I»<sup>21</sup>, como lo estaban también en el Convenio de Bruselas de 1968, y también en el ámbito de aplicación del Reglamento creando un Título Ejecutivo Europeo<sup>22</sup>, pero están excluidos del Reglamento «Bruselas II bis»<sup>23</sup>, el único instrumento vigente que se refiere exclusivamente a Derecho de familia. La razón de la propuesta de la Comisión es que el cobro de alimentos es un área en que los vínculos con la organización de la familia son menos patentes que en otras<sup>24</sup>. Parece que aún no ha llegado el momento de aceptar esta posibilidad. Y si no resulta aceptable en relación a las obligaciones alimenticias, resulta claro que será inaceptable para otros sectores más puramente de Derecho de familia.

<sup>20</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo solicitando al Consejo adoptar medidas para que las medidas adoptadas en relación a las obligaciones alimenticias de acuerdo con el art. 65 TCE se regulen por el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado, Documento COM (2005) 648 final, 15 de diciembre de 2005.

<sup>21</sup> Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre 2000 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, *DOUE L* 12, de 16 de enero de 2001.

<sup>22</sup> Reglamento 805/2004 de 21 de abril de 2004, creando un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados, *DOUE L* 143, de 30 de abril de 2004.

<sup>23</sup> Artículo 1 (3) (e), del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia y al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, derogando el Reglamento 1347/2000, *DOUE L* 338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>24</sup> En palabras de la Comisión, «while maintenance obligations do indeed «relate to» family law, they are but a small component of a larger set. Once its existence is acknowledged and confirmed by a court judgment or similar formal act, a maintenance obligation is a claim and is subject to legal rules that differ very little from the general rules governing asset-related claims. That is the reasoning behind the inclusion of maintenance obligations within the scope of the Brussels I Regulation» y puede añadirse que las razones para la inclusión de los alimentos en el Convenio de 1968, antecedente del Reglamento 44/2001, se encuentra en el Informe Jenard a dicho Convenio.

17. Pero, además, por si fuera poco la exigencia de unanimidad en el Consejo para permitir la utilización del procedimiento legislativo ordinario en materia de Derecho de familia, en el párrafo 3º del apartado 3 del art. 65 en el Tratado de Lisboa se introduce una diferencia importante respecto al texto de la Constitución y al texto actualmente en vigor. En efecto, este nuevo párrafo implica a los Parlamentos nacionales en la utilización de la «pasarela», ya que la propuesta relativa a su uso se transmite a los Parlamentos nacionales para que puedan notificar su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación. Con ello, los Parlamentos nacionales tienen un verdadero derecho de veto, lo que tiene trascendencia, ya que un solo Parlamento nacional puede bloquear el pase al procedimiento legislativo ordinario. Es importante si se tiene en cuenta las grandes diferencias entre los Estados miembros y, en el ámbito de la familia, piénsese, por ej., que la oposición de un único Estado miembro ha impedido en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado que la Comunidad Europea pudiera apoyar una iniciativa de Suiza para que las parejas registradas se equipararan a los cónyuges y ex cónyuges a los efectos de percepción de alimentos<sup>25</sup>.

18. De ahí resulta que la comunitarización en el ámbito del Derecho de familia es más teórica que práctica. Si, por una parte, puede considerarse una prudente reserva mantener, al menos durante un cierto tiempo, la regla de la unanimidad. Pero, por otra parte, se ha primado el interés de los Estados miembros, en particular con la inclusión del nuevo párrafo 3 del apartado 3, frente a las necesidades más inmediatas de los ciudadanos en una Europa cada vez más integrada y con una creciente movilidad de las personas.

#### IV. LOS INSTRUMENTOS ADOPTADOS O EN PREPARACIÓN

19. Para realizar un examen de hasta qué punto se está creando un verdadero espacio de justicia en materia civil, es necesario pasar revista a los instrumentos que ya se han adoptado y a aquellos que se encuentran en preparación. Como se verá, hay características que pueden señalarse. En primer lugar, hasta el momento se ha puesto más el acento en la cooperación procesal que en los temas de ley aplicable. En segundo lugar, que se ha puesto más el acento en los temas vinculados a

---

<sup>25</sup> El Convenio aprobado el 23 de noviembre de 2007 puede verse en [www.hcch.nl](http://www.hcch.nl). Como resultado, el art. 5 del Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, se refiere sólo a «obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo matrimonio haya sido anulado».



la actividad patrimonial que en los vinculados al Derecho de familia y sucesiones. En tercer lugar, se prefiere normalmente la técnica del Reglamento a la de las Directivas, alcanzando así un mayor grado de integración.

20. Ello no es extraño si tenemos en cuenta los antecedentes antes del Tratado de Ámsterdam. En efecto, el «establecimiento de un mercado común» abierto a los nacionales de los Estados miembros fue el objetivo del Tratado de Roma de 1957 y, por ello, hubo poco interés en los temas de Derecho internacional privado. No obstante, el art. 220 del Tratado<sup>26</sup>, concebido al servicio de la integración económica, sirvió de base para el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, que tuvo gran éxito y es el antecedente de los instrumentos actuales. A ello habría que añadir también el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

#### *a) Instrumentos adoptados*

21. En el ámbito del proceso y en relación a cuestiones patrimoniales, el instrumento esencial es el Reglamento Bruselas I, Reglamento 44/2001, que comunitariza y moderniza el Convenio de Bruselas de 1968<sup>27</sup>. Vinculado a él puede considerarse el Reglamento 805/2004<sup>28</sup>, que crea un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados, que permite la libre circulación en todos los Estados miembros de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin que deba llevarse a cabo ningún procedimiento intermedio en el Estado miembro de ejecución para el reconocimiento y ejecución (art. 1). Como dice el art. 5, «Una resolución que se haya certificado como título ejecutivo europeo en el Estado miembro de origen será reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento».

---

<sup>26</sup> Art. 293 en la actualidad. Debe indicarse que este artículo no se utiliza en la actualidad y desaparece en el Tratado de Lisboa.

<sup>27</sup> Reglamento comunitario 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOCEL* 12, de 16 de enero de 2001, corrección de errores *DOCEL* 307, de 24 de noviembre de 2001, *DOCEL* 176, de 5 de julio de 2002, modif. *DOCEL* 225, de 22 de agosto de 2002, modif. *DOUEL* 236, de 23 de septiembre de 2003.

<sup>28</sup> El Reglamento 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, *DOUE* L 143, de 30 de abril de 2004. Modificado, en orden a la sustitución de sus anexos por Reglamento CE nº 1869/2005, de 16 de noviembre

Para ello se establecen unas garantías mínimas del procedimiento en el Estado de origen (en particular, notificación y en relación al Reglamento 1348/2000) y que la resolución haya sido certificada como TEE por el órgano jurisdiccional del Estado de origen y los efectos serán que produce los mismos que se se hubiera dictado en el Estado miembro en que se persigue la ejecución (art. 20). La única causa para denegar la ejecución, a instancia del deudor, será la incompatibilidad con una resolución dictada con anterioridad en un Estado miembro o en un tercer Estado, si reúne las condiciones del art. 21. Ofrece grandes ventajas frente al Reglamento 44/2001. Ahora bien, es un sistema opcional y no excluye que se pueda acudir a este último (art. 27)

Pero hay un problema en que siempre incidía González Campos<sup>29</sup>: el respeto de los derechos de defensa. La celeridad de la ejecución puede ser a costa del sacrificio de los derechos de defensa. Problema de defectuosa notificación y puede en España invocar el derecho constitucional a no sufrir indefensión (art. 24, 1 Const. española). En el Reglamento sobre Título Ejecutivo Europeo se pretende salvar con los artículos 13 (notificación con acuse de recibo por parte del deudor) y 14 (notificación sin acuse de recibo y que «se podrá haber realizado asimismo de alguna de las formas» que enumera). Debería decirse expresamente que no prejuzgan la aplicación del Reglamento 1348/2000, en especial, lo previsto en su art. 19, 4, en virtud del cual el Juez del Estado de origen puede eximir al demandado que no ha comparecido de los plazos de preclusión del recurso contra la sentencia, si no tuvo conocimiento en momento oportuno bien de la demanda y no pudo defenderse o de la posibilidad de recurso contra la sentencia.

En este mismo ámbito puede situarse el primer Reglamento adoptado, que fue el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia<sup>30</sup> y, más recientemente, el Reglamento 1896/2006 estableciendo un proceso monitorio europeo<sup>31</sup> y el Reglamento 861/2007 sobre procedimientos de escasa cuantía (*Small claims*)<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> González Campos, J. D., «Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso», *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, tomo II pp. 695 ss.

<sup>30</sup> Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, *DOCE* L 160, de 30 de junio de 2000, *DOCE* L 176, de 5 de julio de 2002, *DOUE* L 236, de 23 de septiembre de 2003

<sup>31</sup> Reglamento 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo, *DOUE* L 399, de 30 de diciembre de 2006

<sup>32</sup> El Reglamento 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, *DOUE* L 199 de 31 de julio de 2007.

22. Como instrumentos al servicio del procedimiento pueden señalarse el Reglamento 1348/2000 sobre notificaciones en los Estados miembros de la Comunidad<sup>33</sup>, recientemente modificado por el Reglamento 1393/2007<sup>34</sup> para tratar de garantizar los derechos de defensa pero aumentar la celeridad en la realización de las notificaciones y teniendo en cuenta, en particular, las diferencias entre los Estados miembros en materia de fecha de la notificación.

Igualmente, se adoptó un Reglamento 1206/2001 sobre obtención de pruebas<sup>35</sup>, reglamento poco conocido y sobre el que la Comisión ha presentado un informe<sup>36</sup>. Llega a la conclusión de que el Reglamento no debe modificarse, pero que hay que mejorar su funcionamiento. Para ello propone que se haga conocer más para evitar retrasos inútiles y dificultades, garantizar una amplia difusión de la guía práctica entre los operadores jurídicos, tratar de que el grado de simplificación y aceleración sea lo más breve posible en todos los Estados miembros, pues difieren mucho y, finalmente, aprovechar adecuadamente las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la comunicación para la obtención de pruebas, como es la videoconferencia.

Finalmente, en este ámbito se adoptó la Directiva 2003/8/CE destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios<sup>37</sup>. Como se ve, se trata del único caso en que se ha adoptado una Directiva, que ya se ha traspuesto al ordenamiento español mediante Ley 16/2005, de 18 de julio, que modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, precisamente para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea<sup>38</sup>.

23. Si de aquí pasamos al ámbito del Derecho de familia, se adoptó el Reglamento 1347/2000 (Reglamento Bruselas II) sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de nulidad, divorcio y separación y protección de los hijos comunes en rela-

---

<sup>33</sup> DOCE L 160 de 30 de junio de 2000.

<sup>34</sup> DOCE L 324, de 10 de diciembre de 2007.

<sup>35</sup> DOCE L 174, de 27 de junio de 2001.

<sup>36</sup> Documento COM (2007) 769 final, de 5 de diciembre de 2007.

<sup>37</sup> DO L 26, de 31 de enero de 2003 y corrección de errores en DO L 32, de 7 de febrero de 2003.

<sup>38</sup> Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea, BOE de 19 de julio de 2005.

ción a tales procedimientos<sup>39</sup>. Este Reglamento fue sustituido poco tiempo después por el Reglamento llamado Bruselas II *bis*, el Reglamento 2201/2003<sup>40</sup>. Manteniéndose sin modificación las cuestiones relativas a los litigios matrimoniales, la novedad estriba en que se refiere a las cuestiones de protección de los niños y responsabilidad parental cuando las cuestiones aparecen desvinculadas de los litigios matrimoniales.

Deben destacarse los arts. 41 y 42 de este Reglamento que, apoyándose en las conclusiones de Tampere (considerando 23) suprimen todo tipo de procedimiento intermedio y toda posibilidad de denegar el exequátur en dos tipos de resoluciones, las relativas al derecho de visita y a la restitución del menor. En ambas materias se dice que el derecho de visita resultante de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, «será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento», siempre que «haya sido certificada en el Estado miembro de origen», de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 y de acuerdo con el formulario modelo que figura en anexo. Y, en consecuencia (art. 48), los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución «podrán adoptar las modalidades prácticas para organizar el ejercicio del derecho de visita» si no las hubieran establecido los órganos competentes para conocer del asunto y siempre sometido a que dichas autoridades las adopten.

Con ello se ha sustituido el control en el Estado requerido por el control en el Estado de origen de la decisión mediante la emisión del correspondiente certificado, habiendo desaparecido en estas materias incluso la barrera que siempre significó el orden público del Estado requerido. Se ha creado así en estas materias un verdadero Título ejecutivo europeo. No cabe duda que tendrá un efecto muy positivo en relación al interés del menor, facilitando el acceso a ambos progenitores y previniendo la sustracción o retención ilícitas.

Los temas vinculados a este Reglamento plantean sus dudas y prueba de ello es la Sentencia de 29 de noviembre de 2007, interpretando las complicadas normas de los artículos 6 y 7, sobre el juego de las competencias exclusivas y residuales<sup>41</sup>. Más recientemente, el 14 de mayo de

<sup>39</sup> DOCE L 160, de 30 de junio de 2000.

<sup>40</sup> DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>41</sup> STJCE de 29 de noviembre de 2007, asunto C-68/07, *Sundelind*, comentario de A. Borrás, «“Exclusive” and “Residual” Grounds of Jurisdiction on Divorce in the Brussels II *bis* Regulation», *IPRax*, 2008, 3, pp. 257 ss. y en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2008, 2, pp. 634 ss.

2008, se formuló la petición de decisión prejudicial en el asunto *Rinau*, que es la primera ocasión en que el Tribunal de Justicia tramita un Procedimiento Prejudicial de Urgencia (PPU) en un caso de reconocimiento y ejecución de una sentencia de retorno de un menor. Esta tramitación de urgencia ha implicado que no haya conclusiones escritas de la Abogada General, E. Sharpston, que sólo tuvo la oportunidad de presentarlas de forma oral, habiéndose dictado la sentencia en este nada fácil asunto el 11 de julio de 2008<sup>42-43</sup>. Otros recursos prejudiciales en materias de Derecho de familia se encuentran aún pendientes<sup>44</sup>.

24. Si de aquí pasamos al ámbito de la ley aplicable, el primer instrumento adoptado ha sido el Reglamento 864/2007 (Roma II) sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Aún no siendo un instrumento comunitario, hasta la fecha sólo había el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, del que son parte todos los Estados miembros. La ventaja indudable del nuevo instrumento es que evita el *forum shopping* en materia de responsabilidad extracontractual. En efecto, todos los Estados mantienen su Derecho de daños (sin perjuicio de la armonización que se haya producido como consecuencia de reglamentos o directivas sectoriales), por lo que resulta importante que los operadores sepan que, con independencia de los tribunales que entiendan del litigio, todos los Estados miembros van a aplicar el mismo Derecho material como consecuencia de la existencia de unas normas de conflicto unificadas. El Reglamento, además, tiene un ámbito de aplicación universal, esto es, se aplica aunque la ley designada sea la de un Estado no miembro (art. 3).

Sin poder entrar en el examen del contenido del Reglamento, un elemento a destacar es la relación de este Reglamento con otros instrumentos convencionales. Así, en el caso de España el Reglamento no afectará a la posibilidad de seguir aplicando el Convenio de La Haya de

<sup>42</sup> STJCE de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, *Rinau*, nota en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009, 1 (en prensa). Ver también A. Schulz, «Guidance from Luxembourg: first ECJ Judgment clarifying the relationship between the 1980 Hague Convention and Brussels II revised», *International Family Law*, 2008, 4 (en prensa) y, de la misma autora también en *Familienrecht Zeitung*, 2008, nº 18, pp. 1729 ss.

<sup>43</sup> STJCE de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, *Rinau*, nota en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009, 1 (en prensa). Ver también A. Schulz, «Guidance from Luxembourg: first ECJ Judgment clarifying the relationship between the 1980 Hague Convention and Brussels II revised», *International Family Law*, 2008, 4 (en prensa) y, de la misma autora también en *Familienrecht Zeitung*, 2008, nº 18, pp. 1729 ss.

<sup>44</sup> Asunto C-523/07, «A» (*DOUE* C 22 de 26 enero 2008) y Asunto C-168/08, *Hadady* (*DOUE* C 158 de 21 de junio de 2008).

1971 sobre accidentes de circulación y el Convenio de 1973 sobre responsabilidad por productos. La derogación material de esos convenios por el Reglamento planteó durante la negociación bastantes problemas legales y, además, nada impide que, siguiendo los cauces apropiados, dichos Convenios sean derogados por los Estados miembros (circunstancia prevista expresamente en el artículo 29).

25. Siguiendo en el ámbito del Derecho aplicable, en la antes citada comunicación de la Comisión se pone el acento en el creación de lo que se denomina «*Marco Común de referencia*» en materia de contratos, cuyos trabajos deberían terminar, en principio, en 2008. A este fin, la Comisión<sup>45</sup> envió una detallada comunicación al PE y al Consejo sobre el Derecho europeo de los contratos y la revisión del acervo, señalando las vías a seguir. Se trata de dar una visión de los trabajos lanzados y que siguen el plan de acción de febrero de 2003. Es un ambicioso plan cuyo elemento fundamental se encuentra el «Marco de referencia común» (MCR) que pretendería la enumeración de principios generales que derivarían del Derecho de los Estados miembros y de los Convenios internacionales, tales como el Convenio de Viena de 1980 en materia de venta. En el propio documento se especifica la estructura propuesta, el contenido mínimo y el proceso de elaboración, resaltando que ha de ser eminentemente práctico y con amplia participación de los medios interesados. El procedimiento de seguimiento correrá a cargo de los Estados miembros y del Parlamento. Se plantea la posibilidad de la elaboración posterior de un instrumento facultativo, respecto al que se dispondría de una posibilidad de *opting-in*. En la presentación del documento al Comité de Derecho Civil (16 noviembre 2004) Holanda e Italia consideraron que un instrumento facultativo sería un paso atrás en relación a las habituales técnicas en la Comunidad.

A mi juicio, debe prestarse especial atención a este punto y a la vinculación entre los temas de Derecho material y de Derecho internacional privado. La discusión de los próximos años ha de involucrar especialistas en ambas disciplinas, así como a los medios interesados. Un buen ejemplo al respecto lo proporciona Directiva 2006/123/CE de 12 diciembre 2006, relativa a los servicios en el Mercado interior<sup>46</sup>. El proyecto fue muy criticado por la aplicación del principio de origen en materia de ley aplicable, en particular por el GEDIP, que tuvo en mi presidencia una reacción fuerte al respecto, aunque no fuera decisiva, sino,

<sup>45</sup> Documento COM (2004)651 final de 11 de octubre de 2004.

<sup>46</sup> *DOUE* L 376, 27 diciembre 2006.

como siempre, una decisión política. Pero la cuestión es que, al final, el artículo 17, apartado 15 dispone que las normas de la Directiva no se aplicarán «a las disposiciones aplicables a las obligaciones contractuales y extracontractuales, incluida la forma de los contratos, determinadas de conformidad con las normas de Derecho internacional privado».

26. El día 17 de junio de 2008 se adoptó el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como «Roma I»<sup>47</sup>. El Reglamento entra en vigor a los 20 días de su publicación y se aplicará a los contratos celebrados después de 17 de diciembre de 2009 (arts. 28 y 29). Viene a sustituir al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones, del que todos los Estados miembros son parte<sup>48</sup>. No obstante, el Convenio de Roma continuará aplicándose en Dinamarca (Considerando 46) y en los territorios franceses y holandeses de Ultramar. En el caso del Reino Unido, el Consejo de los días 24-25 de julio tomó nota de su deseo de aceptar el Reglamento en su totalidad, lo que no había hecho con anterioridad. Al igual que el Reglamento Roma II, tiene carácter universal, es decir, que la ley designada por las normas del Reglamento se aplica tanto si es de un Estado parte como no parte.

27. Como un instrumento de tipo horizontal cabe calificar la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>49</sup>. La razón para haber adoptado en este caso una Directiva es que, como dice la exposición de motivos (Considerando 7), se trata de dar una legislación-marco que se ocupe de los aspectos esenciales. En relación a esta Directiva debe decirse que tiene su origen en el «Libro verde» de la Comisión sobre los modos alternativos de arreglo de diferencias (ADR, en sus siglas inglesas)<sup>50</sup>. Es de destacar que abarca tanto los aspectos patrimoniales como los familiares, lo que es relevante en relación al Reglamento 2201/2003 y a la importancia de la mediación familiar<sup>51</sup>, aunque, como ocurre también en otros instrumentos, se limita a los litigios transfronterizos (art. 2), con lo que el temor de la Co-

<sup>47</sup> DOUE L 177, de 4 de julio de 2008.

<sup>48</sup> En el caso de España, publicado en el BOE de 19 de julio de 1993.

<sup>49</sup> Diario Oficial L 136, de 24 de mayo de 2008. Sobre el proyecto, R. Gil Nievas, «La Directiva de mediación en la Comunidad Europea», *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, 2006.

<sup>50</sup> Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, documento COM (2002) 196 final, de 19 de abril de 2002.

<sup>51</sup> Ver Considerandos 20 y 21.

misión en la declaración hecha en relación al Reglamento sobre procedimiento monitorio y sobre créditos de escasa cuantía, se ha cumplido en este caso. Recordemos que continúa suscitando dificultades de interpretación para las normas de Derecho internacional privado, a saber, si sólo afectan a las situaciones intracomunitarias o afectan también a las situaciones externas, tema al que antes nos hemos referido.

### *b) Instrumentos en preparación*

28. Trataremos ahora de pasar revista brevemente a los instrumentos en preparación. En primer lugar, se encuentra muy avanzada la elaboración del *Reglamento Roma III*<sup>52</sup>, pero su adopción es, cuando menos, dudosa. Se trata de una modificación del Reglamento 2201/2003, introduciendo dos cambios fundamentales. Por una parte, la introducción de la posibilidad de elección de foro. Por otra parte, la introducción de normas de conflicto de leyes en materia de divorcio y separación, una novedad importante para evitar el *forum shopping* resultante de la pluralidad de foros alternativos en la materia. No obstante, tiene el inconveniente de que aún no está decidida la participación de Irlanda y el Reino Unido, por el derecho de *opting-in* que se reservaron en el Tratado de Ámsterdam. En efecto, la inclusión de normas relativas a la ley aplicable hace dudoso que lleguen a ejercerlo.

Pero en este caso, la regla de la unanimidad significa, de hecho, el bloqueo del sistema: Suecia mantiene desde hace tiempo una postura inamovible en relación a que no podrá aceptar otra cosa que no sea la aplicación de la *lex fori*. Esta es la razón por la que el Consejo de los pasados días 5 y 6 de junio mantuvo un debate en torno a este tema, en el que se concluye que «Una amplia mayoría de Estados miembros apoya los objetivos de esta propuesta de Reglamento del Consejo. Así pues, y debido a que no ha podido obtenerse la unanimidad que requiere la adopción del Reglamento, el Consejo ha establecido que los objetivos de Roma III no podrán alcanzarse dentro de un plazo razonable mediante la aplicación de las disposiciones pertinentes de los Tratados. Los trabajos deben proseguir con vistas a estudiar las condiciones y las implicaciones de la posibilidad de establecer una cooperación reforzada entre los Estados miembros». Ello podría significar una nueva manifestación de la fragmentación en la aplicación del Derecho comu-

---

<sup>52</sup> Propuesta de Reglamento modificando las normas de competencia del Reglamento 2201/2003 e introduciendo normas de conflicto (documento COM [2006] 399 final, de 17 de julio de 2006).



nitario<sup>53</sup>. En el Consejo de los días 24-25 de julio de 2008, 8 Estados<sup>54</sup> se manifestaron favorables a una propuesta de cooperación reforzada, a la que luego se han añadido otros Estados<sup>55</sup> y es previsible que lo hagan también otros<sup>56</sup>. Es difícil imaginar cómo podrá articularse esta fórmula que nunca hasta ahora ha sido utilizada en materia civil<sup>57</sup>. Es importante señalar su trascendencia política y el hecho de que con ella no se puede alterar el acerbo comunitario, por lo cual es necesario distinguir entre las normas relativas a la competencia judicial y las relativas al conflicto de leyes. En mi opinión, sería conveniente separar ambos ámbitos para con ello limitar el ámbito de la cooperación reforzada. De hecho, la propuesta de aceptar la elección de foro, suprimir el artículo 6 y modificar el artículo 7 para incluir normas subsidiarias de competencia judicial internacional, no aumenta el riesgo de «carrera al tribunal» o *forum shopping*, sino que, al contrario, lo reduce.

Este tema preocupa al GEDIP que es quien realizó la propuesta originaria sobre el tema y lo ha visto en otras ocasiones posteriores<sup>58</sup>. En el fondo, se trataría de ver si es posible que una conexión sobre la base de la residencia común, anterior o actual, podría dar una solución, ya que una de ellas será, en la mayoría de casos, la ley del foro.

29. También se encuentra muy avanzada la elaboración de un instrumento en materia de alimentos<sup>59</sup>, que abarcará competencia, ley aplicable, reconocimiento y declaración de ejecutabilidad y ejecución de decisiones, sobre el que las grandes líneas políticas se adoptaron en el Consejo de 5-6 de junio de 2008 en que adoptó una serie de directrices políticas para el futuro trabajo sobre la preparación del Reglamento en materia de alimentos, subrayando que su principal objetivo es la com-

<sup>53</sup> A. Borrás, «La fragmentation des sources de droit international privé communautaire. Le cas de la responsabilité nucléaire», *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, París (Daloz) 2008, pp. 41 ss. y A. Borrás, «La falta de unificación del ámbito de aplicación del Derecho internacional privado comunitario», *Libro Homenaje a Victoria Abellán*, en prensa.

<sup>54</sup> Austria, Eslovenia, España, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Rumanía.

<sup>55</sup> Bulgaria.

<sup>56</sup> Bélgica, Alemania, Lituania, Portugal y, tras el fin de su Presidencia, Francia.

<sup>57</sup> K. Bolee-Woelki, «To be or not to be: enhanced cooperation in international divorce law within the EU», *Victoria Wellington University Law Review*, 2008, en prensa.

<sup>58</sup> Puede verse en <http://www.gedip-egpil.eu>, propuestas originarias en Milán (1992) y Heidelberg (1993). Revisadas en Viena (2003) y Chania (2004). Nota informativa de todas las reuniones de A. Borrás y J. D. González Campos en *Revista Española de Derecho internacional*.

<sup>59</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos, documento COM (2005) 649 final, de 15 de diciembre de 2005.

pleta abolición del exequátur sobre la base de unas normas. En realidad, las directrices constituyen soluciones de compromiso sobre seis elementos clave de la propuesta: su ámbito, competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecutoriedad, ejecución y cláusula de revisión.

En realidad, este instrumento se ha retrasado un poco por esperar la conclusión de un Convenio de La Haya sobre alimentos respecto a los niños y otros miembros de la familia que, finalmente, fue adoptado el pasado 23 de noviembre de 2007, juntamente con un Protocolo sobre ley aplicable a los alimentos<sup>60</sup>. Ahora se trata de que los textos de La Haya y el instrumento comunitario puedan aplicarse de forma armónica<sup>61</sup>. El Convenio de La Haya es más reducido, pues se limita a cooperación de autoridades y reconocimiento y ejecución, a lo que añade la ejecución *stricto sensu*. El instrumento comunitario incluirá, además, normas de competencia directa, algo que no es difícil dado que los alimentos estaban ya incluidos en el Convenio de Bruselas de 1968 y lo están en el Reglamento 44/2001. Pero se tratará de profundizar en el tema de los procedimientos intermedios para la ejecución, aboliendo completamente el exequátur de las decisiones en materia de alimentos, algo que era fácilmente imaginable cuando el exequátur se ha suprimido para determinadas decisiones (derecho de visita y retorno del menor ilegalmente desplazado o retenido en el Reglamento Bruselas II *bis*) pero que está vinculado al tema de la ley aplicable, pues la total supresión del exequátur sólo será posible si cualquier Estado miembro aplica la misma ley. Por lo que se refiere a la ley aplicable, teniendo en cuenta el carácter *erga omnes* del Protocolo de La Haya, la decisión política ha sido que se haga una remisión al Protocolo, para lo cual la Comisión prepara una decisión para la firma y posterior ratificación del mismo, dado que la gran mayoría de Estados miembros están dispuestos a aceptar el Protocolo. Por otra parte, se incluyen en el Reglamento unas normas mínimas de procedimiento. Por el momento, finalmente, los Estados rechazan la propuesta de la Comisión de incluir normas muy específicas de ejecución sobre los sueldos y las cuentas del deudor de alimentos.

30. Un tema más complejo, es el de las sucesiones. Tras un «Libro verde» sobre sucesiones y testamentos en 2005<sup>62</sup>, es posible una iniciativa de

---

<sup>60</sup> Pueden verse en <http://www.hcch.net>. Sobre la conferencia diplomática y los textos aprobados, A. Borrás-C. Parra, en la sección de información y documentación de la *Revista Española de Derecho internacional*, 2007, 2 (en prensa).

<sup>61</sup> De ahí, también, que la Comunidad esté tomando las medidas necesarias para la ratificación del Convenio y del Protocolo.

<sup>62</sup> Documento COM (2005) 65 final, de 1 marzo 2005.

la Comisión en marzo de 2009, tras una serie de reuniones de expertos, que han elaborado un detallado documento, que fue presentado el 30 de junio de 2008. El eje del nuevo instrumento será la inclusión de una norma de conflicto, que pretende sea más simple que la del Convenio de La Haya de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte. Incluye también reglas de competencia directa, para las que se seguiría el mismo criterio que para la ley aplicable, y también reglas residuales, es decir, excluyendo la aplicación de las normas estatales, como se está haciendo en otros instrumentos. También contiene reglas de reconocimiento y ejecución, proponiendo utilizar un sistema simplificado, si bien no es posible aún la supresión total del exequátur. Desde la perspectiva del ciudadano europeo<sup>63</sup>, habría interés en disponer de un certificado europeo de heredero (o «Título sucesorio europeo»), de forma que, emitido en un Estado, tuviera validez en todos y la creación de un Registro europeo de testamentos, algo aún más complejo, pues no todos los Estados disponen de un Registro de últimas voluntades.

Por el momento, el instrumento choca con la oposición frontal del Reino Unido y de los Notarios, que lo consideran una injerencia excesiva en los sistemas de propiedad, de adquisición de bienes inmuebles, instrumentos públicos y registros. En particular, les preocupa que las escrituras públicas otorgadas en un Estado miembro puedan registrarse directamente en un Registro inmobiliario de otro país.

31. En 2006 presentó la Comisión un «Libro verde» sobre conflicto de leyes en materia de regímenes matrimoniales («Roma IV»)<sup>64</sup>, con especial referencia a las cuestiones de competencia judicial y reconocimiento mutuo. En este instrumento se incluye tanto los efectos patrimoniales del matrimonio como los de otro tipo de uniones, como el *Partenariat* u otras uniones de hecho. Aunque con dificultades, es posible una iniciativa de la Comisión a finales de 2009.

32. Finalmente, hay que hacer referencia a un tema horizontal, cual es el de los derechos del niño<sup>65</sup>. Durante 2009 se harán consultas sobre las áreas de actuación y se espera el establecimiento de la estrategia futura en 2009-2010.

---

<sup>63</sup> Como lo muestra Flash Eurobarometer nº 188, *Family Law. Analytical Report*, Octubre 2006.

<sup>64</sup> Libro verde sobre conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, documento COM (2006) 400 final, de 17 de julio de 2006.

<sup>65</sup> Comunicación de la Comisión «Towards an EU strategy on the rights of the child», documento COM (2006) 367 final.

33. Si tenemos en cuenta la evaluación de los actos anteriores realizada por la Comisión, ya hemos visto que se ha modificado el Reglamento sobre notificaciones y ha evaluado el Reglamento sobre obtención de pruebas. Sin entrar aquí a considerar si es bueno modificar los instrumentos con tanta frecuencia, hay que decir que también se encuentra en marcha el proceso para la revisión del Reglamento 44/2001 (Bruselas I). Durante el año 2007 se hizo un estudio de impacto, además de dos detallados estudios encargados por la Comisión<sup>66</sup>. El GEDIP se ocupó también del tema en la reunión de Hamburgo<sup>67</sup> y ahora un subgrupo, del que formo parte, se ocupa en detalle del problema que ahora más preocupa y se refiere a la aplicación del Reglamento a supuestos en los que el demandado no tiene su domicilio en un Estado miembro, un cambio importante que pretende una unificación, por tanto, de las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros y, en consecuencia, una desaparición de las normas autónomas en las materias unificadas, es decir, en el caso de España, de las reglas contenidas en el artículo 22 de la LOPJ. Junto a ello, otros puntos fuertes son la modificación de las reglas de elección de foro, la cooperación efectiva de los tribunales en relación a la litispendencia y la simplificación del exequátur. El GEDIP, en su reunión de Bergen (septiembre de 2008)<sup>68</sup> ha adoptado un texto al respecto para enviar a la Comisión. La Comisión prepara en estos momentos un informe, que será objeto de amplios comentarios, esperando realizar una propuesta a principios de 2009.

## V. LA PROYECCIÓN EXTERIOR

34. Un último aspecto que merece destacarse es el relativo a la proyección exterior de la comunitarización del Derecho internacional privado<sup>69</sup>. El origen de esta proyección se encuentra en la integración económica y en la STJCE «AETR» en la que se dijo que

<sup>66</sup> Se trata del estudio preparado por el Prof. A. Nuyts, sobre el art. 4 y titulado *Study on residual jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the «Residual Jurisdiction» of their courts in civil and commercial matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)*, versión final de 3 de septiembre de 2007 y del estudio, de carácter más general, presentado por los Profs. B. Hess, T. Pfeiffer y P. Schlosser, titulado *Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States*, versión final de septiembre de 2007.

<sup>67</sup> Sobre el desarrollo de la reunión, A. Borrás, «La XVII Sesión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Hamburgo, 14-16 de septiembre de 2007)», *Revista Española de Derecho internacional*, 2007, 2 (en prensa).

<sup>68</sup> Nota sobre la reunión en *Revista Española de Derecho internacional*, 2008, 2 (en prensa).

<sup>69</sup> Entre la abundante bibliografía sobre este tema, Audit, B.-Bermann, G.A., «The application of Private international norms to "third countries": The jurisdiction and judgments example»,

«Cada vez que para la puesta en práctica de una política común prevista por el Tratado la Comunidad ha adoptado disposiciones que instauran normas comunes, los Estados miembros no tienen ya el derecho, ya actúen individual o colectivamente, a contraer obligaciones con Estados terceros que afecten a tales reglas»<sup>70</sup>.

En materia de DIPr esta cuestión se planteó como consecuencia del intento de revisión del Convenio de Lugano de 1988, Convenio paralelo al Convenio de Bruselas de 1968, pero Convenio del que son parte Estados no miembros de la Comunidad. Acordada la parte técnica del Convenio para alinearlo con el Reglamento 44/2001 y acentuar su paralelismo, la existencia precisamente de ese Reglamento abre la discusión sobre la competencia de la Comunidad o de los Estados miembros para la conclusión del Convenio de Lugano revisado.

En este sentido, es importante la STJCE «Open Skies» (2002)

«Los compromisos internacionales dependen del ámbito de aplicación de las normas comunes o, en todo caso, de un ámbito ya cubierto en gran parte por normas comunes. En este último caso el Tribunal ha juzgado que los Estados miembros no pueden, fuera del marco de las instituciones comunes, asumir compromisos internacionales y ello incluso cuando no hay ninguna contradicción entre ellos y las normas comunes»<sup>71</sup>.

35. En el ámbito de la justicia civil, tenemos el ejemplo reciente de la firma del Convenio de Lugano revisado, el 30 de octubre de 2007<sup>72</sup>,

---

*International civil litigation in Europe and relations with third States*, Ed. by A. Nuyts & N. Watté, Bruxelles, 2005, pp. 55-82; Borrás A., «The frontiers and the institutional constitutional question», *International civil litigation in Europe and relations with third States*, Ed. by A. Nuyts & N. Watté, Bruxelles, 2005, pp. 27-54; Borrás, A., «Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati terzi», *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, a cura di P. Picone, Padoue, 2004, pp. 449-483; A. Borrás, «Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *Recueil des Cours*, tome 317 (2005), pp. 467 ss.; Gaudemet-Tallon, H., «Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen: quelques repères», *Mélanges en l'honneur de Georges A.L. Droz*, La Haye, 1996, pp. 85-104; Hess, B., «Les compétences externes de la Communauté européenne dans le cadre de l'article 65 CE», *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, (sous la direction de: A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Pataut), Dalloz, 2004, pp. 81-100; Struycken, A.V.M., «Le droit international privé d'origine communautaire et les Etats tiers», *Revue des Affaires Européennes*, 2001-2002/4, pp. 469-479; Wilderspin, M. - Rouchaud-Joët, A.M., «La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2004, n. 1, pp. 1-48.

<sup>70</sup> STJCE de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70, en particular apartado 17.

<sup>71</sup> STJCE 5 noviembre 2002, Asuntos 466, 467, 468, 469, 471, 472, 475 y 476/99, Comisión c. Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Bélgica, Luxemburgo, Austria y Alemania, comentario de en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003, 3, pp.946 ss.

<sup>72</sup> El texto del Convenio revisado, puede verse en <http://www.bj.admin.ch> y también en DOUE L 339 de 21 de diciembre de 2007. A. Borrás, «La firma del Convenio de Lugano revisado», *Revista Española de Derecho internacional*, 2007, 2 (en prensa).

que fue firmado por la Comunidad, Suiza, Noruega e Islandia<sup>73</sup> y no por los Estados miembros de la Comunidad Europea que, sin embargo, quedarán obligados por dicho Convenio. Ello fue consecuencia directa del Dictamen C-1/03, emitido el 7 de febrero de 2006 y en el que el Tribunal, sobre la base de la existencia del Reglamento 44/2001, dijo que la competencia para la conclusión del Convenio de Lugano revisado «*corresponde íntegramente a la competencia exclusiva de la C.E.*». Sin entrar en otros aspectos<sup>74</sup>, debe destacarse que en el Dictamen se dice que el «buen funcionamiento del mercado interior» no afecta a la conclusión del Convenio, sino únicamente a la adopción del acto interno. En cuanto a las previsiones relativas a la entrada en vigor del Convenio de Lugano revisado, la Comisión presentó la propuesta de ratificación el 29 de febrero de 2008, habiéndose alcanzado el acuerdo político del Consejo el 6 de junio. Consultado el Parlamento europeo, como es preceptivo, ha tenido un primer cambio de impresiones en septiembre, no esperándose problemas para que el Consejo acuerde en noviembre la ratificación, que podría así producirse a principios de 2009. Noruega espera ratificarlo durante este invierno. Suiza, no obstante, puede retrasarse en la ratificación debido a que el 1º de enero de 2011 entrará en vigor la nueva Ley Procesal Federal, que permitirá que los 26 cantones apliquen de la misma forma el Convenio, lo que tiene ventajas frente a la situación actual, con 26 leyes de procedimiento. Islandia aún no se ha manifestado. En este sentido, es necesaria información más precisa sobre las fechas exactas de la ratificación, ya que, aunque los Estados no firman ni ratifican el Convenio de Lugano revisado, se verán obligados por él<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Dinamarca no firmó aduciendo la proximidad de las elecciones, pero lo hizo el 5 de diciembre de 2007.

<sup>74</sup> Sobre este importante Dictamen, A. Borrás, «Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and immediate consequences», *Yearbook of Private International Law*, volume 8 (2006), pp. 37-52 y también en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006, 3 pp. 879 ss. y en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10, mayo 2006, Revista electrónica que se encuentra en <http://www.iustel.com/revistas/>. Ver también los comentarios de T. Baumé, in *German Law Journal*, 2006, nº 8, pp. 681-692; R. A. Brand, «The Lugano Case in the European Court of Justice: Evolving European Union Competence in Private International Law», *ILSA Journal International and Comparative Law*, L.297. Más amplios comentarios sobre el tema en A. Borrás, «Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *Recueil des Cours*, volumen 317 (2005), en particular, pp. 467-522.

<sup>75</sup> Debe indicarse, además, que es previsible que en fecha próxima se estudie la forma de extender a los Estados parte en el Convenio de Lugano el régimen comunitario de notificaciones y más adelante el de obtención de pruebas.

La Comisión explica también que el Informe explicativo al Convenio de Lugano revisado, preparado por el Prof. Fausto Pocar en italiano, ha sido ya traducido al inglés y será enviado por correo electrónico en los próximos días.

36. No puede sorprender que la Comisión tomara buena nota del Dictamen del Tribunal y tiene que subrayarse que, por primera vez, el Consejo publicó poco tiempo después un documento general sobre los aspectos de la cooperación judicial en materia civil en el ámbito de la estrategia relativa a la dimensión externa de la justicia y asuntos de interior, en relación con la libertad, seguridad y justicia a nivel mundial, de abril de 2006<sup>76</sup>. Este documento muestra claramente que la Comisión está dispuesta a intervenir más directamente en las relaciones exteriores, lo que es un claro indicio de que en el futuro será la Comunidad y no los Estados miembros quienes concluirán los Convenios multilaterales y bilaterales con terceros Estados. Ello será, sin duda, una ventaja para los terceros Estados que negociarán sólo con la Comisión, que consultará durante la negociación con el Comité del artículo 300 o del 188 N (artículo 218 en el texto consolidado) tras el Tratado de Lisboa y no necesitará esperar la ratificación de todos los Estados miembros que, sin embargo, estarán obligados por el Convenio.

37. De ahí, pues, que el Dictamen para la conclusión del Convenio de Lugano tenga consecuencias para otros Convenios multilaterales, en que, siguiendo la terminología del Dictamen, la competencia de la Comunidad será exclusiva, pero no «íntegramente», ya que se trata, normalmente, de Convenios que abordan materias que son competencia en parte de la Comunidad y, en parte, de los Estados miembros, supuestos que son cada vez más frecuentes<sup>77</sup> y en las más diversas materias<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> *Aspects of the judicial cooperation in civil matters in the scope of the strategy relating to the external dimension of justice and home affairs: freedom, security and justice at a mondial level*, documento 8140/06, de 11 de abril de 2006, de carácter público. Con posterioridad, la Secretaría General del Consejo ha preparado diversos documentos de trabajo tratando de especificar la situación en relación a determinados países o áreas geográficas a que se refiere el documento anterior.

<sup>77</sup> Como lo subrayó J.D. González Campos en su comentario a la Sentencia de 28 de octubre de 2004, asunto C-148/03, *Nürnbergger Allgemeine Versicherungs AG c Portbridge Transport International BV.*, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, 2, pp. 624-629.

<sup>78</sup> En materias tan diversas como el Convenio de UNIDROIT y de la OACI (Organización de Aviación civil internacional) sobre garantías internacionales sobre los materiales de equipos móviles y el Protocolo sobre las cuestiones específicas relativos a los equipos móviles aeronáuticos, adoptados en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños, el Protocolo al Convenio de Atenas de 13 de diciembre de 1974 relativo al transporte por mar de pasajeros y sus equipajes o el Convenio de París de 29 de ju-

38. En este caso, hay que añadir que la cuestión de Gibraltar ha tenido bloqueada la ratificación de una serie de Convenios. Al fin, el 19 de diciembre de 2007 se ha desbloqueado la situación con el «Régimen acordado relativo a las Autoridades de Gibraltar en el contexto de los Acuerdos mixtos (2007)». Este ha sido el caso<sup>79</sup> del Convenio de La Haya de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de protección de niños. En este caso, el Convenio de La Haya afecta al Reglamento 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental<sup>80</sup>. Dado que el Convenio no tiene cláusula de adhesión para la Comunidad Europea, los Estados miembros deben firmar y ratificar el Convenio en interés propio y de la Comunidad Europea. La situación ha resultado compleja y aún lo seguirá siendo hasta que, siguiendo la decisión del Consejo, los Estados destinatarios adopten las medidas necesarias y puedan ratificar simultáneamente el Convenio. Un tema similar, pero con importantes matices diferenciadores, se produce en relación al Convenio Europeo sobre el derecho de visita relativo a los niños, abierto a la firma el 15 de mayo de 2003<sup>81</sup>.

39. En el caso de los convenios bilaterales, no cabe duda que pueden concluirse por la Comunidad, pero la duda estriba en lo que pueden hacer los Estados miembros, cuando en la actualidad son tan frecuentes los Convenios bilaterales en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil. El Dictamen sobre la conclusión del Convenio de Lugano revisado no dice nada sobre ellos, pero interesa señalar que, entre las cuestiones planteadas por el Tribunal para la audiencia se incluyó una relativa a los acuerdos bilaterales, pregunta que no era realmente de las más fáciles. Para algunos Estados miembros bastaba con incluir una cláusula de desconexión para no afectar al Reglamento 44/2001. Sin embargo, para el Parlamento y la Co-

---

lio de 1960 sobre responsabilidad civil en el ámbito de la energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982.

<sup>79</sup> Más ampliamente sobre los problemas de estos Convenios en el ámbito del Derecho de familia, A. Borrás, «La expansión comunitaria: penetración en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones», lección inaugural del Curso de verano *«La familia de la sociedad multicultural. Recientes reformas del Derecho civil e internacional»* Universidad de Santiago de Compostela, 9 de julio de 2008 (en prensa).

<sup>80</sup> Antes, del Reglamento 1347/2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de nulidad, divorcio y separación y protección de los hijos comunes con motivo de tales crisis.

<sup>81</sup> Y entrado en vigor el 1 de septiembre de 2005 entre Albania, la República Checa y San Marino. Con posterioridad, lo han ratificado Rumanía y Ucrania.



misión los acuerdos bilaterales afectan al Reglamento, aunque incluyan una cláusula de desconexión, con el argumento, utilizado por el Tribunal, que la existencia de tales cláusulas demuestra precisamente la afectación. En relación a este tema, se ha debido tomar en consideración el hecho que en muchas ocasiones puede no haber un interés comunitario, sino de determinados Estados miembros, sobre la base de proximidad geográfica o vínculos históricos entre dos Estados en cuestión. En esta perspectiva, por ejemplo, España ha concluido un Convenio sobre asistencia judicial en material civil y comercial con la República Dominicana el 15 de septiembre 2003<sup>82</sup>, o incluso más recientemente, el Convenio sobre asistencia judicial en materia civil y comercial con Argelia de 24 de febrero de 2005<sup>83</sup> o el Convenio sobre asistencia judicial en materia civil y comercial con Mauritania de 12 de septiembre de 2006<sup>84</sup>, todos ellos posteriores al Reglamento 44/2001 y el último, incluso, posterior al Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006. Puede considerarse cuál será la situación en el futuro ya que, por ejemplo, España puede estar interesada en concluir determinados convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias con alguna república latinoamericana, en cuya conclusión no tengan interés los demás Estados miembros de la Comunidad. Para estos casos, se está examinando la posibilidad de delegar en los Estados miembros la competencia, en las condiciones que se establezcan, cuando el interés comunitario no se vea afectado, siguiendo el modelo del Reglamento 847/2004 sobre la negociación y aplicación de acuerdos de servicios de transporte aéreo entre Estados miembros y países terceros. Sería como un sistema de «libertad vigilada».

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

40. El Derecho comunitario es *moving law* en el sentido de evolución constante y con trascendencia *ad intra* y *ad extra*, en la creación de un espacio de justicia europeo, algo vinculado a la ciudadanía de la Unión Europea y a la libre circulación de personas.

Hace unos años, en 1995, pude calificar a la cooperación judicial en materia civil como el «pariente pobre» de la cooperación judicial<sup>85</sup>. El cambio que se ha producido en los últimos años ha transformado el pa-

<sup>82</sup> BOE de 23 de octubre de 2003.

<sup>83</sup> BOE de 1º de mayo de 2006.

<sup>84</sup> BOE 8 de noviembre de 2006.

<sup>85</sup> 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.

norama del Derecho internacional privado en Europa. En esta línea, el Tratado de Lisboa ha seguido en esta materia los pasos del Tratado constitucional y, en definitiva, dejando que los trabajos continúen por la línea que viene marcándose y acentuándose desde el Tratado de Ámsterdam. De todas formas, en esta cambiante situación es importante que, en el apartado h) del apartado 2 del art. 65 (artículo 81 del texto consolidado) se incluya como una de las medidas el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia. De hecho, ese apoyo es necesario no sólo para los jueces, sino para todos los operadores jurídicos, para los cuales el ejemplo del Convenio de Lugano revisado es significativo: los Estados miembros aplicarán, por ejemplo, este Convenio a la ejecución de una Sentencia dictada en Suiza, cuando Suiza no es miembro de la Comunidad, el Convenio no se publica en el *BOE* y se trata de un Convenio del que no son parte y, sin embargo, no aplicarán el Convenio de Lugano de 1988, del que son parte y está publicado en el *BOE*.