

LAS COMPETENCIAS EXTERNAS DE LA UE Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO TRAS EL DICTAMEN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA RELATIVO AL CONVENIO DE LUGANO.

Prof. Dra. Dña. María Jesús Elvira Benayas*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA COMPETENCIAL COMUNITARIO. III. EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. IV. EL ART. 65 TCE Y LAS COMPETENCIAS EXTERNAS. V. POSIBLES LÍMITES A LA EXPANSIÓN DE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS EN EL ÁMBITO DEL ART. 65 TCE. VI. CONSIDERACIONES FINALES: PROBLEMA AÚN ABIERTO.

I. INTRODUCCIÓN

En el pasado año se conmemoraron dos fechas esenciales en la construcción de la Comunidad/Unión Europea lo que ha propiciado la oportuna y conveniente reflexión sobre la misma: el 27 de marzo se celebró el Cincuentenario de la firma del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE)¹ y, recientemente, el pasado 2 de octubre, el 10º Aniversario de la firma del Tratado de Ámsterdam².

Además, se alcanzó, en el Consejo Europeo celebrado en Lisboa, un acuerdo para desbloquear la situación planteada tras el fracaso de la Constitución Europea. Es el denominado Tratado de Lisboa³.

* Universidad Autónoma de Madrid. Prof. Contratado doctor. mariajesus.elvira@uam.es

**Concluido el 20 de junio de 2008.

*** El presente trabajo se encuadra dentro del proyecto SEJ2006-14516/JURI, “La incidencia del Derecho internacional privado en el proceso de integración europea (II)”.

¹ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 (*BOE*, 1 enero 1986). En el presente trabajo las referencias se harán a la versión consolidada del Tratado Constitutivo tras la reformas efectuadas sobre el mismo por el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Niza (por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos anejos, *DOCE* núm. C 80, 10 marzo 2001, en vigor desde el 1 de febrero de 2003).

² Tratado de Ámsterdam por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados Actos conexos (en adelante, Tratado de Ámsterdam), firmado el 2 de octubre de 1997 (*BOE*, 7 mayo 1999; corr. de errores, 7 agosto).

³ Toda vez que, además, se la superado la situación de bloqueo en la UE tras el rechazo de la “Constitución europea” con la conclusión, en Lisboa, del reciente acuerdo de 19 de octubre de 2007 para la reforma del Tratado CE. El mencionado acuerdo puede consultarse en : <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00001-re01.es07.pdf>

Fruto de todo ello es la abundancia de trabajos y reuniones académicas desarrollados a lo largo de 2007. Asimismo, han sido muchos los temas sobre los que se analizó el pasado, el presente y el futuro de la Unión. En el presente trabajo fijaremos la atención en la evolución de las competencias comunitarias y, en especial, su ejercicio respecto del Derecho internacional privado. Tales cuestiones fueron abordadas en un trabajo anterior⁴ pero merecen ser revisadas tras el Dictamen del Tribunal de Justicia 1/03 en relación con la revisión del Convenio de Lugano⁵. Así, junto a éste, analizaremos tanto el proceso de construcción de las competencias comunitarias como como los problemas que se han originado en ese proceso.

II. EL SISTEMA COMPETENCIAL COMUNITARIO⁶.

Desde el texto original del Tratado de Roma, la asignación de competencias a la Comunidad Europea se formula entorno al principio de competencia de atribución (art. 5, pfo. 1º TCE). Ello implica que la Comunidad/Unión sólo podrá actuar cuando el Tratado le atribuya competencias para ello. Sin embargo, no existe un listado de competencias sino que éstas se hallan dispersas a lo largo del Tratado, amparadas por

⁴ Concretamente, M.J. Elvira Benayas, “El reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados en materia de Derecho internacional privado. Drama en tres actos”, en AA.VV. *Pacis Artis. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, coed. UAM/Eurolex, 2005, vol. II, pp. 1453-1470.

⁵ Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia, de 7 de febrero de 2006 relativo a la competencia comunitaria para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este documento puede consultarse en la página del Tribunal: www.curia.europa.eu.

⁶ Entre otros, véanse, A. Tizzano, “Las competencias de la Comunidad”, en AA.VV., *Treinta años de Derecho comunitario*, Comisión Europea, Luxemburgo, 1981, pp. 45 y ss; P. Andrés Sáenz de Santamaría *et al.*, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, ed. Euro, 1999, pp. 78 y ss; M. de Lasala Lobera/H.G. Kamann/W. Schroeder, “El futuro de las competencias de la Comunidad Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 187-188, 2000-II, pp. 49 y ss; U. di Fabio, “Some Remarks on the Allocation of Competences between the European Union and its Members status”, *Common Market Law Review* (en adelante CMLR), 2002, pp. 1289 y ss; M. P. Chiti, “¿Delimitación o Reparto de Competencias entre la UE y los Estados miembros?”, en AA.VV., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, E. García de Enterría (Dir.) /R. Alonso García (Coord), ed. Cívitas, Madrid, 2002, pp. 69 y ss; E. Linde Paniagua, “Sistema de distribución de competencias y racionalización del sistema normativo”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 3, 2002-2, pp. 259 y ss; V. Michel, “2004: La défi de la répartition des compétences”, *Cahiers de Droit européenne* (en adelante, Cah.DE) 2003, pp. 27 y ss; AA.VV., *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, D.J. Liñán Nogueras (Dir)/C. López Jurado (Coord), Universidad de Granada, 2003; D. Hanf/T. Baumé, “Vers une clarification de la répartition des compétences entre l’Union et ses États membres. Une analyse du projet d’articles du Présidium de la Convention”, *Cah. DE*, 2003, pp. 135 y ss; P. Eeckhout, *External relations of the European Union legal and constitutional foundations*, Oxford University Press, 2004; A. Mangas Martín/D.J. Liñán Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea* (5ª ed), Madrid, ed. Tecnos, 2005, pp. 114 y ss; I. Pernice, “Eine neue Kompetenzordnung für die Europäische Union” - WHI Paper 15/2002 <http://whi-berlin.de/documents/whi-paper1502.pdf>; M. Cremona, “External Relations of the EU and the Member States: Competence, mixed agreements, International Responsibility and effects of international law”, *EUI Working Papers*, Law num. 2006/22, European University Institute. Florencia, 2006; E. Linde Paniagua, “El sistema de competencias de la Unión y las Comunidades”, en AA.VV., *Principios de Derecho de la UE*, ed. Colex, 2006, pp. 108 y ss.

las denominadas “bases jurídicas”. Este aparente defecto es, no obstante, una gran virtud pues permite a su vez un proceso dinámico de integración⁷.

Esta atribución de competencias viene unida a la consecución de ciertos objetivos o finalidades (método funcional)⁸. La consecuencia de esta forma de actuar es que, *a priori*, existe cierta indeterminación en el reparto de las competencias. Sin embargo, ello no significa la ausencia de control puesto que su ejercicio está bajo la supervisión del TJCE y supeditado a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5, pfos. 2º y 3º TCE).

1. El reparto de competencias

En este contexto, las competencias de la Comunidad Europea pueden clasificarse en tres categorías: exclusivas, concurrentes y complementarias⁹.

Las primeras se atribuyen a la Comunidad para la consecución de sus objetivos, bien expresamente, bien en forma implícita¹⁰. Así, por ejemplo, de forma expresa se establece la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de emisión de billetes (art. 106 TCE) o política comercial común (art. 133 TCE).

Por lo que se refiere a los “poderes o competencias implícitas” son aquellos que derivan de competencias expresamente atribuidas en una base jurídica del TCE y cuyo ejercicio resulta necesario para la realización de las funciones y el logro de los objetivos a los que sirve dicha base jurídica. En ambos casos la existencia de tales competencias excluye por completo la actuación de los Estados miembros, incluso cuando éstas no sean ejercitadas.

En segundo lugar, las competencias concurrentes son aquellas que pertenecen a los Estados hasta que la Comunidad actúe o su ejercicio no se contradiga con la actuación comunitaria. Ello puede suponer un desplazamiento progresivo de la competencia

⁷ En este sentido, J. Díez-Hochleitner, “El futuro del sistema competencial comunitario: Algunas propuestas de reforma”, en AA.VV, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, E. García de Enterría (Dir) /R. Alonso García (Coord), ed. Cívitas, Madrid, 2002, pp. 85 y ss (esp. p. 86).

⁸ Véanse, por ejemplo, los arts. 94 y 95 TCE.

⁹ Téngase en cuenta que en el “Glosario” para estas últimas se utiliza el término de mixtas. Así, en éste las competencias se clasifican en exclusivas o mixtas.

¹⁰ La primera resolución en la que se definen éstas es la Sentencia de 16 de julio de 1956, asunto 8/55, *Fédération charbonnier de Belgique contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l’acier* (conocida como *Fédéchar*), *Recueil de Jurisprudence de la Cour* (en adelante *Rec.*), 1955, pp. 201 y ss. Fue, sin embargo, posteriormente con la sentencia AETR -a la que nos referiremos más adelante- con la que se consolidó esta doctrina.

Sobre los orígenes de la misma, véase, entre otros, P. Andrés Sáenz de Santamaría *et al.*, *Introducción...*, cit., *supra*, p. 135.

atribuida a los Estados¹¹ y se hace posible que la Comunidad “conquiste” ámbitos de materias compartidas con éstos a través de medidas armonizadoras¹².

En efecto, si ésta actúa en el marco de una materia que no le ha sido atribuida en exclusiva porque se considera que tal actuación es más eficaz¹³ que la que pudieran llevar a cabo los Estados por separado (por tanto respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad –art. 5, pfo. 2º TCE-) dicha competencia pasa a ser exclusiva ya que desplazaría la actuación de los Estados dada la primacía del Derecho comunitario, lo que produce un efecto bloqueo de la actuación de los Estados. Ello explicaría, lo que el Prof. González Campos ha dado en llamar la “carrera hacia los reglamentos comunitarios”¹⁴ que se ha producido con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam tras la que se convirtieron en Reglamentos normas que previamente fueron adoptadas en forma de Convenios¹⁵.

Por último, las competencias complementarias son aquellas que habilitan a la Comunidad para que complete la actuación de los Estados. Tal es el caso, entre otros, de los arts. 149 (educación), 151 (cultura) o 177 (salud pública) TCE.

2. Las bases jurídicas

Junto a este reparto de competencias, otro elemento determinante en la definición y funcionamiento de las competencias son las bases jurídicas. Estas suponen un límite para el reparto aquéllas. Según ha establecido el Tribunal de Justicia, la elección de una base jurídica debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de ser controlados

¹¹ Así, en J. Díez-Hochleitner/ C. Martínez, “Nota art. 5 TCE”, en *Derecho de la Unión Europea. Textos y Comentarios*, ed. McGraw-Hill, 2001, pp. 65 y ss.

¹² Siempre que su actuación sea necesaria para la consecución de los objetivos de ésta. En este sentido, véanse las Sentencias de “Cielo abierto”, de 5 de noviembre 2002, asuntos C-466/98; C-467/98; C-469/98; C-471/98; C-472/98; C-475/98 y C-476/98, *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia* (en adelante, Recopilación), pp. 9427 y ss.

Véase, además, en este sentido el “Dictamen del Servicio jurídico del consejo de 5 de febrero de 1999” citado por J. D. González Campos, “Diversification, specialisation, flexibilisation et matérialisation”, *Recueil des Cours de la Academie de La Haye* (en adelante, R. des C.), vol , 287, 2000, pp. 120 y ss (esp., p. 134).

Téngase en cuenta I. Thoma, “La définition et l’exercice des compétences externes de la CE au domain de la coopération dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière”, *European Review of Private Law*, 2002, pp. 397 y ss (esp. p. 403). En este trabajo se afirma que la exclusividad depende de un criterio comparado de la extensión y de la naturaleza de las competencias internas: si las reglas comunitarias “prescripciones mínimas”, entonces se mantiene carácter compartido.

¹³ Para valorar esta “mayor eficacia” de la acción comunitaria deberá considerarse que: a) el acuerdo entre los Estados de la Comunidad sea más fácil que el que pudiera alcanzarse en un foro universal; y, b) que convenga que la acción sea comunitaria, por su imperativa aplicación, sin necesidad de ratificación nacional y por la uniformidad que se asegura con mecanismos como la intervención el Tribunal de Justicia de la Comunidad, por ejemplo.

¹⁴ En este sentido, “Seminario de problemas avanzados de Derecho internacional privado: Derecho Internacional privado comunitario y Derecho privado europeo uniforme”, UAM, sesión del 13 de mayo de 2004.

¹⁵ Véase *infra* la nota a pie de página núm. 25 del presente trabajo.

jurisdiccionalmente, incluido el fin y el contenido del acto¹⁶. A dicha elección suele acompañarle la reclamación de una competencia exclusiva. En el ámbito del derecho internacional privado, como tendremos oportunidad de ver, esta cuestión se plantea en el modo en el que se relacionan los artículos 65 y 95 TCE y de éstos con la cláusula general del art. 308 TCE.

La importancia de las consideraciones anteriores radica en el hecho de que el reparto de competencia también se proyecta en las relaciones *ad extra* de la Comunidad y los Estados con organizaciones internacionales o Estados terceros. Es lo que se denomina “paralelismo de competencias”¹⁷. Este supone que siempre que el Derecho comunitario hubiera atribuido a las instituciones de la Comunidad competencias en el ámbito interno, con el fin de alcanzar un objetivo determinado, la Comunidad está facultada para contraer las obligaciones internacionales necesaria para la consecución de este objetivo, aun cuando no existiera una disposición expresa al respecto¹⁸. Bien es cierto que ésta, al igual que los poderes implícitos, se limita a materias conectadas directamente con una política común¹⁹.

III. EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Con anterioridad al Tratado de Ámsterdam, el Derecho comunitario ya había mostrado su interés por varios aspectos del Derecho internacional privado. No obstante, la única mención a los esta materia que el Derecho comunitario podría contemplar era la prevista en el art. 220 TCE (actual 293 TCE) . Éste sólo habilitaba a los Estados para la

¹⁶ En este sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia, C-281/01, de 12 de diciembre de 2002, Comisión c. Consejo, *Recopilación*, pp. 12049 y ss (esp. apdo. 33 y las sentencias que en él se citan).

¹⁷ Véanse, en este sentido, Sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70, Comisión v. Consejo (asunto AETR, en las siglas francesas del Accord Européen de Transport Routier), *Rec...*, 1971, pp. 263 y ss; y en el Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, sobre el Proyecto de Acuerdo relativo a la constitución de un Fondo europeo de inmovilización de la navegación interior, *Rec.*, pp. 741 y ss. Si bien este principio es formulado en el asunto AETR (apdo. 27) es desarrollado y precisado con más detalle en el segundo.

¹⁸ Bien es cierto que el Tribunal de Justicia ha indicado que para que se entienda asumida una competencia implícita externa es necesario que la Comunidad haya ejercitado efectivamente la competencia interna. En el mismo sentido, Dictámenes 2/92, de 14 de marzo de 1995, sobre la competencia de la Comunidad Europea o una de sus instituciones para participar en la tercera decisión revisada de la OCDE relativa al trato nacional, *Recopilación*, pp. 521 y ss.; y 1/94, de 15 de noviembre de 1994, sobre competencia de la Comunidad para celebrar para celebrar acuerdos internacionales en materia de servicios y de protección de la propiedad intelectual, *Recopilación*, pp. 5267 y ss.

En el mismo sentido, véase R. Geiger, “External competences of the European Union and the Treaty-making power of its member status”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1997, pp. 319 y ss (esp. pp. 325-326).

¹⁹ Reitera esta idea ya expuesta en el asunto AETR, las sentencias de “cielos abiertos”, así como el Dictamen 2/92, cit. *supra* ambos.

conclusión de convenios internacionales, en un ámbito de materias limitado²⁰, y sólo “en tanto fuese necesario”.

La “necesidad” para la intervención en esta materia se entendió que existía cuando debía proporcionarse a los ciudadanos comunitarios un marco para una protección jurídica suficiente²¹ como instrumento para alcanzar un mercado interior cohesionado. Con su actuación se evitarían las posibles perturbaciones provocadas por la distinta regulación procesal nacional, lo que podría afectar al principio comunitario de no-discriminación (art. 12 TCE).

Por otra parte, también supuso un aumento del interés por estas cuestiones el hecho de que el Tribunal de Justicia dictaminase que las cuestiones procesales pertenecían a las competencias de la Comunidad²². Tras esta opinión se abordó la posibilidad de regulación de otras actuaciones procesales, de la necesidad de un modelo procesal único para la realización armónica del mercado interior²³.

Sin que la situación cambiase sustancialmente, salvo en la ampliación del alcance material, el art. K del TUE²⁴ creó una nueva base jurídica para que a su amparo pudieran concluirse nuevos instrumentos, aunque aún incardinados en la cooperación

²⁰ Véase, en este sentido, A.V.M., Struycken, “Les Conséquences de l’intégration européenne sur le développement du Droit international privé”, *R. des C.*, vol. 232, 1992, pp. 257 y ss (esp. 293 y ss).

²¹ En este sentido, véase la Nota de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 22 de octubre de 1959, citada en el “Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil”, elaborado por J. Jenard (en adelante, Informe Jenard), *DOCE*, núm. C 189, de 28 de julio de 1990.

²² Lo que la profesora Pérez Vera ha denominado “lento despertar” del Derecho comunitario hacia el Derecho internacional privado. Véase, en este sentido, E. Pérez Vera, “El Derecho internacional privado y la Unión Europea”, en *La Unión Europea ante el siglo XXI: Los retos de Niza (Actas de las XIX Jornadas de la AEPDIRI)*, Madrid, 2003, pp. 175 y ss.

Inicialmente, las normas procesales se encontraban fuera del ámbito de la Comunidad. Sin embargo, el Tribunal de Justicia entendió que “aunque no esté destinada, en cuanto tal, a regular una actividad de naturaleza comercial, tiene como resultado colocar a dichos operadores, en cuanto al acceso a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, en una posición menos ventajosa que a sus nacionales. En efecto, cuando el Derecho comunitario les garantiza la libre circulación de mercancías y de servicios en el mercado común, la posibilidad de estos operadores de recurrir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para solventar los litigios a los que pueden dar lugar sus actividades económicas, por las mismas razones que los ciudadanos de dicho Estado, constituye el corolario de estas libertades”, STJCE de 26 septiembre 1996, en el asunto *Data Delecta Aktiebolag y Ronny Forsberg contra MSL Dynamics Ltd* (As. C-43/95), *Recopilación*, 1996-I, pp. 4661 y ss. En este mismo sentido, STJCE 1 julio 1993, en el Asunto *Hubbard contra Hamburger* (As- 20/92), *Recopilación*, I, 1993, pp. 3777 y ss.

²³ Véanse, en este sentido el Informe coordinado por M. Storme, publicado en *Rapprochement droit judiciaire. Projet de directive. Rapport final. Gent. 18/2/1993*, ed. Kluwer, 1993; e Informe Sutherland, “Il mercato interno dopo il 1992- rispondere alla sfida”, citado en B. Capponi, en “Attualità e prospettive della cooperazione giudiziaria civile nell’Unione europea”, *Rivista trimestrale de diritto e processo civile*, 1998-1, pp. 157-158.

²⁴ Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992, (*BOE*, 13 enero 1994; corr. de errores, 10 junio 1994 y 18 abril 1997).

intergubernamental, pero que superasen el ámbito material del art. 220 TCE ya que en él se incluían todas las materias relacionadas con el proceso civil²⁵.

En este momento nadie dudaba de que la competencia en materia de reglas de Derecho internacional privado, pertenece a los Estados y son éstos a través de los mecanismos tradicionales de la conclusión de convenios internacionales quienes pueden ejercerla. Pese a este cierto desinterés inicial, el Derecho comunitario comienza a abordar ciertos aspectos vinculados tradicionalmente con cuestiones de Derecho internacional privado incidiendo en ellos a través de una pluralidad de técnicas (aproximación de legislaciones²⁶, principio de no discriminación²⁷, ejercicio de las libertades comunitarias) amparadas en distintas bases jurídicas. El resultado de todo ello es lo que el Prof. González Campos denominó el “no Derecho internacional privado”²⁸.

Una tercera fase en el desarrollo de un Derecho internacional privado comunitario, se abre con la reforma del Tratado Constitutivo tras el Tratado de Amsterdam.

En él la cuestión procesal bajo la rúbrica “cooperación judicial en materia civil” se convierte en una de las políticas prioritarias de la Comunidad²⁹, como una de las

²⁵ Sobre la base del presente título competencial se concluyeron los siguientes textos, posteriormente transformados en Reglamentos comunitarios: Convenio relativo a la 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 1997 (*DOCE* núm. C 261, 27 agosto de 1997); Convenio relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de 28 de mayo de 1998 (*DOCE* núm. C 221, 16 julio 1998); y Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995, sin publicación.

²⁶ Con el soporte del art. 100 A (actual art. 95 TCE) se adoptaron, entre otras, la Directiva 96/71, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, (*DOCE* núm. L 18, 21 enero 1997). Su art. 6 establece una regla específica y uniforme de competencia judicial internacional que se concreta en el art. 16 y la Disposición Adicional 1ª de la Ley 45/99, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios en la que se transpone aquella (*BOE*, 30 noviembre 1999). Además, véase, la Ley 36/94, de 23 diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CE, del Consejo, de 15 de marzo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea (*BOE*, 24 diciembre 1994). Asimismo, se han adoptado diversos Reglamentos que incorporan reglas procesales uniformes. Tal es el caso, entre otros, del Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre marca comunitaria (*DOCE* núm. L 11, 14 enero 1994); o el Reglamento (CE) 2100/94, del Consejo de 27 de julio de 1994 sobre protección comunitaria de obtenciones vegetales (*DOCE* núm. L 229, de 1 septiembre 1994).

²⁷ Véase, en este sentido, cómo ha influido el principio de no discriminación en la “depuración” de ciertas normas procesales. Concretamente cómo ha incidido en la supresión de la “*cautio iudicatum solvi*” así como de la obligación de constituir una caución en la ejecución de una resolución extranjera. Véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 10 de febrero de 1994, en el asunto *Mund & Fester contra Hatrex International Transport*, *Recopilación*, I, 1994, pp. 467 y ss.

²⁸ En este sentido, véanse, J.D. González Campos, “La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé”, en *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2004, pp. 263 y ss; y, del mismo autor “El proyecto de Constitución para Europa y el Derecho internacional privado”, en AA.VV. *La Constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática núm. 9, Madrid, 2005, pp. 81 y ss.

²⁹ Tanto es así que con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo texto se adoptaron medidas para avanzar en los objetivos establecidos por aquél. Véase, en este sentido, la Resolución del Consejo, de 18 diciembre de 1997 sobre prioridades de la cooperación en materia de Justicia y Asuntos de Interior hasta

materias que integran la libre circulación de personas (Título IV, arts. 61 y ss³⁰). Este nuevo planteamiento significa la “comunitarización” de las cuestiones vinculadas con la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza mediante la inclusión en el Tratado de Roma del novedoso artículo 65³¹. La nueva situación creada no sólo tiene repercusión en el funcionamiento interno de la Comunidad, como lo han puesto de manifiesto los Reglamentos que se han adoptado –y se van a adoptar– a su amparo³² –o en aquellos supuestos en los que ha servido para la transformación en normas uniformes de Convenios comunitarios sobre la base del art. K TUE³³ o del art.

la entrada en vigor de Tratado de Ámsterdam (*DOCE* núm. C 11, 15 enero 1998). Asimismo, véase el Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (*DOCE* núm. C 19, 23 enero 1999).

³⁰ Sobre los “oscuros” orígenes de estos artículos, véase A. Borrás, “Hacia la supresión del exequátur en Europa”, en *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, (A. Borrás, dir), *Cuadernos de Derecho judicial*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 15 y ss (esp. p. 44)

³¹ Se entiende como tal “la transferencia de un sector que depende, en el marco institucional de la Unión, del método intergubernamental (segundo y tercer pilar) al método comunitario (primer pilar). El método comunitario se basa en la idea de que se defiende mejor el interés general de los ciudadanos de la Unión cuando las instituciones comunitarias juegan plenamente su papel en el proceso de toma de decisiones, respetando el principio de subsidiariedad”. Así es definido este proceso en el “Glosario” que puede consultarse en: <http://europa.eu>.

Sobre este artículo, entre otros, véanse Sobre este precepto, véanse, entre otros, S. Leible / A. Staudinger, “El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional Privado y Procesal”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, 2001, pp. 89 y ss; M. Gardeñes Santiago, “El desarrollo del Derecho internacional Privado tras el Tratado de Amsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, 2002, pp. 231 y ss; O. Remien, “European Private international law, the European Community and its emerging area of freedom, security and justice”, *CMLR*, 2001, pp. 53 y ss; J.J. Álvarez Rubio, “El futuro espacio judicial europeo”, en AA.VV. *La Constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática núm. 9, Madrid, 2005, pp. 169 y ss.

³² Con la única excepción, por el momento, de la Directiva 2002/8/CE del Consejo, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativa a la justicia gratuita de dichos litigios (*DOCE* núm. L 16, 31 enero 2003).

Respecto a los Reglamentos adoptados sobre esta base jurídica véanse el Reglamento (CE) 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 o mercantil (*DOCE* núm. L 174, 27 junio 2001); o Reglamento (CE) 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* núm. L 14, del 30 abril 2004); Reglamento (CE) 1896/2006, de 12 de diciembre por el que establece un proceso monitorio europeo (*DOUE* núm. L 399, 30 diciembre 2006); Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía de 11 de julio (*DOUE* núm. L 199, de 31 de julio); y Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 11 de julio (*DOUE* núm. L 199, de 31 de julio).

Asimismo ténganse en cuenta las Propuesta sobre derecho aplicable a la materia matrimonial (Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, Documento 11295/07, 28 junio 2007 que puede consultarse en: <http://register.consilium.europa.eu>).

³³ Los Convenios que están en su origen pueden consultarse en la nota a pie de página núm. 24 del presente trabajo. Los textos “transformados” son Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (*DOCE* núm. L 160, 30 junio 2000); Reglamento (CE) 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

220 TCE³⁴-, sino que se proyecta en sus relaciones con terceros Estados y afecta o puede afectar al funcionamiento y a la conclusión de Tratados internacionales con estos y con organizaciones internacionales (paralelismo de las competencias).

Esta nueva formulación significa, entre otras consideraciones³⁵, que la Comisión se reserva el monopolio de la competencia para elaborar proyectos de Reglamentos y Directivas relativos a la cooperación judicial internacional en materia civil³⁶ e incluir en éstos normas sobre competencia judicial, sobre reconocimiento y ejecución y de conflicto de leyes. No debe olvidarse, sin embargo, que las posibles actuaciones de la Comisión están subordinadas a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad contenidos en el artículo 5 TCE³⁷.

Junto a este impulso unificador se conserva la posibilidad de la celebración de convenios comunitarios (actual art. 293 TCE). A pesar de que formalmente permanecen ambas bases jurídicas es evidente que se ha apostado por el art. 65 TCE, por lo que algunos autores han vaticinado su inaplicación, su desplazamiento en favor de éste último³⁸.

comunes (*DOCE* núm. L 160, 30 junio 2000), derogado por el Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (*DOUE*, 23 diciembre 2003); y Reglamento (CE) 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales materia civil o mercantil (*DOCE* núm. L 160, 30 junio 2000), derogado por el Reglamento (CE) 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007 (*DO* núm. L 324, 10 diciembre 2007).

³⁴ En el caso del Convenio de Bruselas por el Reglamento (CE) 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 o mercantil (*DOCE* núm. L 12, 16 enero 2001).

Por lo que se refiere al Convenio de Roma, el proceso está aún abierto. En el debate inicial sobre la forma que debía adoptar la transformación en norma comunitaria, fue temprana la opción por el Reglamento. En este sentido, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo al mismo (*DOUE* núm. C 108, 30 abril 2004). Por lo que se refiere al texto resultante de todo este proceso, véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 2 de abril de 2008.

³⁵ Esta comunitarización también lleva aparejada el control directo del Tribunal de Justicia, sin necesidad de que se haga una declaración expresa, como ocurre en Convenios europeos a los que se acompaña con un Protocolo por el que se asume el control del Tribunal de Justicia para la interpretación y control de aquéllos (art. 234 TCE).

³⁶ Véase, en este sentido, M. Petite, "Le traité d'Amsterdam: ambition et réalisme", *Revue de Marché Unique Européen*, 1997-3, p. 27. A pesar de que este autor señala que el uso de los Reglamentos o de las Directivas es posible a partir del Tratado de Amsterdam, es evidente que ha sido utilizado con anterioridad, al amparo del anterior art. 100 A TCE (actual art. 95).

³⁷ Sobre el juego de estos principios en materia procesal, véanse, entre otros, M. Fallon, "Les conflits de lois et de jurisdiction dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", *R. des C.*, vol. 253, 1995 p. 155; F. Pocar, "La función de los Tratados internacionales sobre cooperación jurídica internacional en el ámbito de la Unión Europea", Ponencia presentada a las VII Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado sobre La reforma del Sistema español de cooperación jurídica internacional en materia civil (Burgos, 4 y 5 junio 1998), sesión de 4 de junio de 1998, *Inédita*.

³⁸ Téngase en cuenta que el art. 65 cubre todos los supuestos previstos en el art. 293 lo que, por razones no meramente técnicas, conduce al abandono de los convenios comunitarios a favor de alternativas armonizadoras o unificadoras. En este sentido, J. Basedow, "The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam", *Common Market Law Review*, 2000, pp. 700-701; y J.L. Iglesias Buhigues, "La cooperación judicial en materia civil antes y después del Tratado de Ámsterdam", *Revista*

Definidas las aspiraciones de la Comunidad tras esta nueva formulación y con el fin de saber cuál es su efecto en el marco de las relaciones exteriores, es preciso delimitar el alcance de esta nueva base jurídica así como cuál sea la relación con las otras dos de alcance general: los artículos 95 y 308 del TCE.

Respecto al art. 308 TCE, éste ha sido utilizado para justificar ciertas actuaciones de la Comunidad en el momento en el que no existía otro medio para ello. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha indicado que éste opera cuando el acto que se pretende adoptar no tiene un fundamento suficiente en otras bases jurídicas o cuando los poderes que se atribuyan en éstas resultan insuficientes³⁹. Tendría, por tanto, un carácter subsidiario o complementario de las otras dos.

Del art. 95 TCE cabe extraer su desplazamiento a favor de la competencia sectorial que supone el art. 65 TCE. El mencionado artículo dispone en su apartado segundo: “El apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas...”. Debe entenderse, por tanto, que no cabe utilizar dicho artículo para la aproximación de legislaciones en las materias contenidas en el art. 65 TCE⁴⁰.

General del Derecho, mayo 1998, pp. 5847 y ss. Señala este último que: “A fortiori, el art. 220 carecerá de poco o ningún sentido, como veremos, tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, si bien los Estados miembros se han empeñado en conservarlo” (p. 5856).

Este planteamiento se ve reforzado si tenemos en cuenta el importante respaldo a la “comunitarización” que supuso el Consejo Europeo celebrado en Tampere (Finlandia) los días 15 y 16 de octubre de 1999. En este sentido las Conclusiones del mismo pueden consultarse en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/es/ec/00200-r1.es9.htm.

En éstas se anima a los Estados/UE a desarrollar ciertas actividades dirigidas a la creación de “un auténtico espacio europeo de justicia”. Para ello se proponen tres campos de actuaciones: 1. un mejor acceso a la justicia en Europa (a través de la divulgación de los instrumentos para el acceso a los tribunales, normas de procedimiento, etc.); 2. el impulso del Consejo para que se establezcan normas comunes para “litigios transfronterizos relativos a las demandas de consumidores o de índole mercantil de poca cuantía, así como a demandas de pensión alimenticia y a las reclamaciones sin oposición”; y, 3., la instauración, por los Estados miembros, de procedimientos extrajudiciales alternativos; el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (que se ha concretado en el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOCE C 12*, 15 Enero 2001) y la mayor convergencia en el Derecho procesal civil.

Para la consecución de estos fines, se invita “al Consejo y la Comisión a que elaboren una nueva legislación en materia procesal para casos transfronterizos, en particular en lo que se refiere a los elementos decisivos para allanar el camino a la cooperación judicial: medidas provisionales, la obtención de pruebas, las órdenes de pago y los plazos” (Conclusión núm. 38 de las Conclusiones del Consejo celebrado en Tampere).

³⁹ En este sentido, las Sentencias del Tribunal de Justicia, asunto 8/73, de 12 julio 1973, *Hauptzollamt Bremerhaven / Massey Ferguson, Rec.*, pp. 897 y ss., y asunto 45/86, de 26 de marzo de 1987, Comisión c. Consejo, *Recopilación*, pp. 1493 y ss.

⁴⁰ En contra de esta interpretación, J. Basedow, “The communitarization...”, cit., *supra*, pp. 697-699

Otros autores defienden que utilizar el art. 65 no excluye la posibilidad de utilizar el resto de bases jurídicas ya que de otro modo se estaría reduciendo las competencias de la comunidad. En este sentido, C. Kohler, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam”, *Revue Critique de Droit international privé* (en adelante RCr), 1999-1, p. 17. En nuestra opinión más que una reducción de las competencias de la Comunidad, el uso del art. 65 como

Así, el art. 65 TCE se constituye como una competencia sectorial específica para las materias que en él se formulan y para la consecución de los fines fijados en él. En ella se contienen materias que integran una política prioritaria de la Comunidad – que no debe confundirse con una política común- como una de las materias que se integran en la libre circulación de personas (Tit. IV, arts. 61 y ss⁴¹).

Además, las normas que se adopten a su amparo han de tramitarse mediante un procedimiento especial contenido en el art. 67.5 TCE :

“ 5. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, el Consejo adoptará de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251:

(...)

- las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia”.

IV. EL ART. 65 TCE Y LAS COMPETENCIAS EXTERNAS⁴².

1. El artículo 65 TCE

Para delimitar el ámbito del art. 65 debemos precisar, en primer lugar, la exigencia de que concurren cumulativamente los siguientes presupuestos:

única base jurídica para la regulación de actuaciones relativas a la cooperación judicial en materia civil es una garantía para amortiguar la “avidez” comunitaria e impedir que los Estados queden privados de competencias que, en principio, les son propias.

⁴¹ El artículo 61 fija que: “A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará: (...)

c) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65; (...)”

⁴² Entre otros, véanse, A. Borrás, “Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam”, *REDI*, 1999, pp. 385 y ss; A. Borrás, “La incidencia de la comunitarización del Derecho internacional Privado en la elaboración de Convenios internacionales”, en *Estudos em Homenagem a Prof. Dra. Magalhaes Collado*, Coimbra, 2002, vol. I, pp. 45 y ss; A. Borrás, “Efectos respecto a terceros del ejercicio de competencias por la Comunidad europea en el ámbito del Derecho internacional privado”, *R. Jurídica de la U. de La Laguna. Homenaje a A. Perez Voituriez*, 2002, pp. 99 y ss; C. T. Kotuby, “Internal developments and external effects : The Federalization of Private international Law in the European Community and its consequences for transnational Litigants”, *Journal Law and Commerce*, 2002, pp. 157 y ss; S. Leible, “Die Europäisierung des internationalen Privat- und Prozessrechts: Kompetenzen, Stand der Rechtsvereinheichung und Perspektiven”, en *La Cooperación judicial en materia de Derecho civil y la Unificación del Derecho privado en Europa* (S. Sánchez /M. Moya ,Edits), ed. Dyckinson, Madrid, 2003, pp.13 y ss; K. Takahashi, “External competences implications of the EC Regulation on Jurisdiction and Judgments”, *International Comparative Law Quarterly*, 2003- 2, pp. 529 y ss; A.V. M. Struycken, “Das Internationale Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft im Verhältnis zu Drittstaaten und zur Haager Konferenz”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2004-2, pp. 277 y ss; AA.VV. *External competence of the European Union and Private international law*, F. Pocar (coord) CEDAM, 2007.

Asimismo, ténganse en cuenta las Consideraciones del Grupo europeo de Derecho internacional privado en su sesión celebrada en Coimbra, los días 22 a 24 de septiembre de 2006, que pueden consultarse en <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-16t-fr.html> .

- 1º. Debe de tratarse de medidas en el ámbito de la cooperación judicial civil⁴³;
- 2º La cooperación judicial civil debe tener “repercusión transfronteriza”⁴⁴;
- 3º Tales medidas deben adoptarse “en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”⁴⁵.

En cuanto a las medidas que pueden adoptarse éstas deben ir destinada a los fines previstos en el propio artículo y que se concretan en:

- Mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos; la cooperación en la obtención de pruebas y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales o extrajudiciales.
- Fomentar la compatibilidad regulaciones estatales conflicto de leyes y jurisdicciones.
- Eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.

Sin embargo, éste es un precepto de “textura abierta”, es decir, que el listado de cuestiones que en él se establece es meramente indicativo⁴⁶. Así, cabe cualquier otra, si se dan las condiciones del párrafo inicial. Si bien es cierto que existen límites a esta comunitarización. Tal es el caso de las restricciones incluidas en el mismo texto como son la posibilidad de excluirse de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda a través de los Protocolos anejos al Tratado de Ámsterdam⁴⁷. Esta situación especial impide que, salvo manifestación en contrario, la medida adoptada sea una medida unificadora, ya que sólo lo será parcialmente⁴⁸. Razón que permitiría afirmar la existencia de una competencia compartida entre Estados y Comunidad que, sin embargo, se cuestiona tras la interpretación que hace el Tribunal en el Dictamen 1/03.

⁴³ Téngase en cuenta que la noción que se utiliza en este artículo supera cualquiera de las nociones que anteriormente se tenían de las misma ya que comprende el conflicto de leyes. Sobre las distintas posiciones en torno al contenido de la cooperación judicial internacional, véase O. Capatina, “L’entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale”, *R. des C.*, vol. 179, 1983, pp. 159 y ss.

⁴⁴ Véase el art. 2 de la Directiva 2002/8/CE de justicia gratuita, en la que se define esta repercusión transfronteriza vinculada a los litigios: “... un litigio transfronterizo es aquel en el que la parte que solicita la justicia gratuita en el contexto de la presente Directiva está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se halle el tribunal o en el que deba ejecutarse la resolución”.

No obstante, según la “Comunicación del Servicio Jurídico, de 12 de abril de 2002” se admite la posibilidad de regular materias puramente internas cuando éstas afecten o puedan afectar al proceso.

⁴⁵ Sobre la justificación de cómo las cuestiones de familia pueden afectar al “correcto funcionamiento del mercado interior”, véase S. M. Nott, “For Better or worse? The Europeanisation of the Conflicts of Law”, *Liverpool Law Review*, 2002, pp. 3 y ss (esp. pp. 10).

⁴⁶ En este sentido, J.D. González Campos, “Seminario de Problemas avanzados de Derecho internacional privado: Derecho internacional privado comunitario tras el Tratado de Ámsterdam”, sesión de 27 de marzo de 2003.

⁴⁷ Dichos protocolos pueden consultarse en: <http://europa.eu.int/eur-lex/es/treaties/dat/amsterdam.html>

⁴⁸ No utilizada hasta el momento por RU e Irlanda, sí por Dinamarca. No obstante recientemente ésta ha “admitido” la aplicación del Acuerdo sobre los Reglamentos 44/2001 y 1348/2000 (*DOUE* núm. L 299, 16 noviembre 2005). Ratificación que supone entrada en vigor del mismo el 1 de julio de 2007.

En el reciente Tratado de Lisboa la situación no varía sustancialmente respecto a lo ya indicado (art. 69D). Sí es destacable la mención expresa del reconocimiento mutuo como principio informador y la ratificación de que las medidas que en él se recogen deben activarse cuando sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior y que aquéllas no agotan las posibles actuaciones que podrían desarrollarse con dicho fin.

2. Las competencias externas y el Dictamen del Tribunal de Justicia 1/03.

Ya hemos indicado que la comunitarización del Derecho internacional privado ha tenido y tendrá una importante repercusión en el marco de las relaciones con terceros Estados y organizaciones internacionales. Como señalamos al abordar la cuestión del reparto de competencias en general, indicamos que la “exclusividad” podía adquirirse mediante la actuación previa de la Comunidad. Así ha ocurrido, entiende el Tribunal, con la unificación de ciertas reglas procesales a través de la adopción de Reglamentos comunitarios. Dado que la Comunidad ya ha regulado ciertas materias relativas al Derecho internacional privado, debe entenderse que el sector regulado se incorpora a la competencia de la Comunidad (efecto AETR) y lo hace con carácter exclusivo. Ello supone que la nueva competencia conquistada se “extiende” a las relaciones con terceros Estados por el efecto reflejo que se produce, al que hicimos referencia anteriormente⁴⁹.

En las materias reguladas, la Comunidad se ha convertido en la única competente, tanto en el orden interno como en relación con terceros. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en su Dictamen 1/03, de febrero de 2006 relativo a la competencia para negociar una reforma del Convenio de Lugano.

Dos datos nos permiten valorar la complejidad del proceso de deliberación y adopción del Dictamen: su duración (22 meses desde la petición por el Consejo) y el modo de elaboración (multitud de audiencias y adopción por el Plenario). Evidentemente, después de un trabajo tan laborioso el resultado no podía ser otro: valoraciones opuestas de quienes piensan que con él se ha terminado con una etapa errática del Tribunal por su falta de coherencia⁵⁰ y de quienes vaticinan un futuro incierto y de consecuencias impensables⁵¹.

⁴⁹ Obvia esta opción la existencia de otras alternativas más respetuosas con las relaciones entre los Estados y la Comunidad como es el efecto útil. En este sentido, véanse T. Baumé, “Competence of the Community to conclude the New Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters: Opinion 1/03 of 7 February 2006”, *German Law Journal*, 2006-8, pp. 681 y ss (esp. 688) en <http://www.germanlawjournal.com>; y N. Lavranos “Opinion 1/03, Lugano Convention, (Full Court) of 7 February 2006”, *CMLR*, 2006, pp. 1087 y ss.

⁵⁰ Véase J.V.Louis, “La Cour et les relations extérieures de la Communauté”, *Cah. DE*, 2007-2, pp. 285-291 (esp. 286).

⁵¹ Así, A. Borrás, “Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Comentario al Dictamen C-1/03, de 7 de febrero de 2006”, *Revista General del Derecho*

La opinión del Tribunal de entender que las razones apuntadas⁵² justifican la existencia de una competencia exclusiva de la Comunidad en relación a la negociación de un nuevo Convenio de Lugano, puede decepcionar pero no sorprender: desde el Consejo de Tampere es evidente la voluntad firme de la Comunidad por extender su influencia de materias que difícilmente puede justificarse su incidencia en el “correcto funcionamiento del mercado interior”. En este sentido, el Profesor Jayme destaca la decisión de la Comunidad de unificar completamente el derecho internacional privado y procesal europeo⁵³ - y de excluir a los Estados miembros de la participación en las instituciones internacionales dedicadas al derecho internacional privado y procesal- así como su extensión a sus relaciones con Estados terceros. En este sentido, pone como ejemplo, el art. 30 del Convenio de La Haya de 30 junio de 2005 sobre cláusulas elección de foro⁵⁴.

De igual modo, son destacables los elementos que deben ser considerados para valorar la posible interferencia de una norma internacional sobre una comunitaria⁵⁵. El Tribunal de Justicia en el Dictamen 1/03 indica que no sólo deberá considerarse el alcance de la norma sino también su naturaleza y contenido y no sólo el derecho afectado sino también sus perspectivas de evolución (§ 126). Si se hace esta interpretación extensiva, concluye la Profesora Borrás, la competencia “conquistada” no sólo abarcará normas ya dictadas sino también a normas en proyecto, sea cual sea el tipo de iniciativa utilizada, incluida la elaboración de un Libro verde⁵⁶.

Europeo, núm. 10, mayo 2006 (nosotros hemos utilizado el texto publicado en www.iustel.com). En el mismo se indica también su publicación en la *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006-3.

⁵² “Imprecisas, vagas e inconsistentes” en opinión de A. Borrás, “Competencia exclusiva de la Comunidad Europea...”, cit., *supra*, § 14.

⁵³ En este sentido, E. Jayme, “Il Diritto internazionale privato nel sistema Comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con stati terzi”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006-3, pp. 353-360.

⁵⁴ Establece dicho artículo que:

“1. Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, une Organisation régionale d'intégration économique peut déclarer qu'elle a compétence pour toutes les matières régies par la présente Convention et que ses Etats membres ne seront pas Parties à cette Convention mais y seront liés en raison du fait de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion de l'Organisation.

2. Lorsqu'une déclaration est faite par une Organisation régionale d'intégration économique en conformité avec le paragraphe premier, toute référence à « Etat contractant » ou « Etat » dans la présente Convention s'applique également, le cas échéant, aux Etats membres de l'Organisation.”.

Este texto puede consultarse en: <http://hcch.e-vision.nl>.

⁵⁵ Con anterioridad al Dictamen comentado, el Tribunal de Justicia ya había abordado la cuestión de la “afectación” de las normas procesales comunitarias en supuestos no directamente conectados con las mismas. Nos estamos refiriendo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 2005 (As. C-281/02), conocida como el asunto Owusu. En éste la aplicación del Convenio es dudosa y, sin embargo, el Tribunal declara la incompatibilidad de una institución como el “forum non conveniens” con dicho Convenio.

⁵⁶ Así, A. Borrás, “Competencia exclusiva de la Comunidad Europea...”, cit., *supra*, § 6.

Además, esta nueva competencia no sólo afecta a los convenios multilaterales⁵⁷ sino también a los bilaterales⁵⁸. Así, estos podrán ser concluidos por los Estados pero deben ser supervisados por la Comisión, situación que algunos han calificado de “libertad vigilada”⁵⁹.

⁵⁷ Para un análisis pormenorizado de los convenios internacionales multilaterales que plantean su compatibilidad con los Reglamentos comunitarios véanse, entre otros, A. Borrás, “La proyección externa de la comunitarización del DIPr: los datos del problema”, *La Ley*, año XXIII, Num. 5611, 13 septiembre de 2002, pp. 1 y ss; A. Borrás, “Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati Terzi”, en *Diritto internazionale privato e Diritto Comunitario* (Paolo Picone coord.), ed. CEDAM, Padua, 2004, pp. 449 y ss; (esp. pp. 460 y ss); M. Wilderspin/ A.M. Rouchaud-Joët, “La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé”, *RCr*, 2004, pp. 1 y ss (esp. pp. 27 y ss); A. Borrás, “The frontiers and the institutional Constitutional Question”, en AA.VV., *International Civil Litigation in Europe and relations with third States*, ed. Bruylant, 2005, pp. 27-54 (también se puede consultar en : www.ub.es/facdt/borras-cours-05.html); o A. Espiniella Menéndez, “La competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, vol. VI, 2006, pp. 503-528.

También el derecho de familia se ve afectado por esta cuestión de las competencias de la Comunidad y su extensión a las relaciones con terceros Estados. Véanse como ejemplo de ello AA.VV., *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, (M. Alberto, F. Pocar y B. Stefania, eds.), ed. CEDAM, 2008; y A. Santini, “The doctrine of implied external power and private international law concerning family and succession matters”, *Diritto del Commercio internazionale*, 2007-4, pp. 809-828.

Téngase en cuenta, además, el caso particular que se analiza en el Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de octubre de 2004, asunto C-148/03, Nürnberger Allgemeine Versicherungs AG. C. Portbridge Transport International BV, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005-2, pp. 296-301.

Especialmente intensa es dicha repercusión en las relaciones de la Comunidad Europea y la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ya que muchas de las actuaciones de aquella inciden en materias que han sido o van a ser objeto de Convenios adoptados en el seno de ésta. Véanse, en este sentido, las Declaraciones del Grupo europeo de derecho internacional privado de Oslo (1999) relativa al ejercicio de las competencias de la comunidad europea en materia de derecho internacional privado y de Ginebra 1995 la relativa a la cooperación entre la Unión Europea y otras organizaciones internacionales en materia civil. Ambos pueden consultarse en la dirección del Grupo: www.drt.ucl.ac.be/gedip

Asimismo, puede consultarse mi trabajo “La cooperación judicial internacional como observatorio de las fricciones entre la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y la Comunidad Europea. ¿Posibles vías de coordinación?”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, T. 0, 2000, pp. 261-274. Debe advertirse, no obstante, que la avidez de la Comunidad por regular aspectos de Derecho internacional privado sobrepasa las valoraciones que se hicieron en el mismo.

Una de las soluciones que se ha dado para solventar los problemas de relación entre la actuación comunitaria y la que otras organizaciones puedan desarrollar es la inclusión en los actos de éstas de cláusulas de desconexión. Sobre las mismas, véase, A. Borrás, “Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire”, *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier. European Law Publisher, Munich, 2004, pp. 57 y ss. Sin embargo, en el Dictamen 1/03 la existencia de estas cláusulas no se considera un mecanismo de solución sino una prueba de la afectación. En este sentido, véanse los apartados 78 y ss del mismo.

⁵⁸ Que en el caso de España serían los convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y cooperación jurídica en materia civil; El Salvador (*BOE*, 25 octubre 2001), Túnez (*BOE*, 1 marzo 2003); Rep. Dominicana, (*BOE*, 23 octubre 2003), Argelia (*BOE*, 1 mayo 2006) y Mauritania (*BOE*, 8 noviembre 2006).

⁵⁹ Así, A. Borrás, “Competencia exclusiva de la Comunidad Europea...”, cit., *supra*, § 13 *in fine*.

V. POSIBLES LÍMITES A LA EXPANSIÓN DE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS EN EL ÁMBITO DEL ART. 65 TCE

Con un posicionamiento tan tajante del Tribunal parece claro que ha vencido la interpretación más amplia de la doctrina AETR. Pueden, sin embargo, aportarse argumentos que limiten o restrinjan aquélla. Argumentos y límites que proceden tanto de la propia consideración del Derecho comunitario como de las constituciones nacionales y que pueden invocarse frente a esta *vis expansiva*.

1. Límites desde el ordenamiento comunitario.

En primer lugar, como hemos señalado anteriormente, la doctrina AETR hace referencia a la extensión de las competencias exclusivas a las relaciones *ad extra* cuando éstas tengan por objeto una política común. En el caso que nos ocupa, ya hemos señalado que se trata de una política comunitaria, por tanto, no debería suponer la existencia de una competencia exclusiva. Refuerza esta interpretación el hecho de que el art. 3 d) TCE se limita a circulación de personas lo que significa que sólo esta está entre los fines sobre los que actúa la CE. Así, el art. 65 quedaría fuera de dichos fines y, por tanto, estaríamos ante competencias compartidas⁶⁰.

Un segundo argumento, es el origen económico que dio lugar a la expansión de las competencias. Parece aconsejable que ésta debería ser más deferente cuando las materias sobre las que se proyecte pertenezcan a ámbitos de especial sensibilidad nacional⁶¹.

En tercer lugar, como se reconoce en la “Declaración sobre los artículos 71 y 72 del Reglamento 44/2001 y sobre las negociaciones en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado⁶² los Estados miembros pueden celebrar convenios con terceros Estados “sobre materias cubiertas por el mismo, siempre que se trate de acuerdos que no afecten al Reglamento” (apdo. 5). Esta declaración da cuerpo al principio de lealtad comunitaria contenido en el art. 10 TCE que obliga a los Estados a actuar en favor de la consecución de los objetivos contenidos en el Tratado⁶³ y en los

⁶⁰ En este sentido, J.D. González Campos, “Diversification...”, cit., *supra*, p. 126.

⁶¹ En este sentido, C. T. Kotuby, “External Competence of the European Community in The Hague Conference on Private International Law: Community Harmonization and Worldwide Unification”, *New York International Law Review*, 2002, p. 129.

Este origen concreto en el que se elabora la doctrina AETR y la “desnaturalización” que supone su extensión a otros ámbitos es uno de los argumentos que utiliza el Gobierno español en el Dictamen 1/03 para descartar su aplicación en el caso. En este sentido véase el § 107 de dicho documento.

⁶² Véase el contenido de la misma en *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 17ª ed. Ed. Tecnos, 2007, nota al art. 71, pp.162-163.

⁶³ Lo que permite la actuación solidaria de los Estados miembros “en interés de la Comunidad”. Véase, en este sentido, el Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, sobre el Convenio nº 170 de la OIT relativo a la seguridad en el empleo de productos químicos en el trabajo, *Recopilación*, pp.1061 y ss, apdo. 5.

actos de las instituciones o de abstenerse cuando su actuación pudiera poner en peligro los mismos⁶⁴.

Por otra parte, extender la interpretación del Tribunal entra en conflicto con la posición de otras instituciones comunitarias. Así el Documento del Consejo de 11 de abril de 2006 relativo a los “aspectos de la cooperación judicial en materia civil en el marco de la estrategia para la dimensión exterior de la JAI: libertad, seguridad y justicia a escala mundial⁶⁵”.

De todo lo anterior cabría concluir que, en principio, los Estados miembros podrían concluir convenios internacionales en materia de cooperación judicial en materia civil siempre que no afectasen a la eficacia de los Reglamentos comunitarios. Tal afirmación supondría que los Convenios bilaterales celebrados por España tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam⁶⁶ no supondrían una amenaza a aquél y, por tanto, respetarían el *status quo*. Si bien es cierto que con la extensión a los índices utilizables para comprobar la afectación de la norma comunitaria a la naturaleza y contenido de la norma esta interpretación se hace más débil.

2. Límites desde la Constitución española⁶⁷.

Como sabemos, nuestra Constitución prevé la autorización del Parlamento para la conclusión de Tratados Internacionales (arts. 93 y 94). Este fue el procedimiento que hubo de seguirse para la incorporación de España a las Comunidades Europeas. En el Acta de Adhesión a las mismas se fija el alcance de la delegación de soberanía⁶⁸.

Debe aclararse que esta delegación no es absoluta sino que, por una parte, sólo habilita al ejercicio de una competencia derivada del propio texto constitucional y con los límites que en él se contienen⁶⁹. Ello significa que no hay una renuncia a las competencias sino una mera modalidad de su ejercicio. Por tanto, no se varía la competencia del Estado sino que se modula en función de la delimitación de las competencias de la Comunidad⁷⁰.

⁶⁴ Sobre este principio véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, asunto T-115/94, de 22 de enero de 1997, en el asunto Opel Austria GmbH c. Consejo, *Recopilación*, 1997, pp. II-39 y ss.

⁶⁵ Documento del Consejo núm. 8140/06 JUSTICIV 93. Ténganse en cuenta, además, M. Guzmán Zapater, “Competencia de la Unión Europea para concluir tratados internacionales en materia de Derecho internacional privado (A propósito del Dictamen del TJCE 1/2003, de 7 de febrero de 2006”, *REEI*, núm. 14, 2007, p. 16.

⁶⁶ Vid. *supra* nota 57.

⁶⁷ Véase, entre otros, A.J. Gil Ibáñez, “El principio de la primacía del Derecho europeo y la Constitución española: límites y consecuencias de la cesión de soberanía tras la nueva Constitución Europea”, *Gaceta jurídica UE*, núm. 232, julio-agosto 2004, pp. 3 y ss.

⁶⁸ Véase, en este sentido, el Tratado de Adhesión de España y Portugal a la CEE y a la CECA, firmado en Madrid el 12 de junio de 1985 (*BOE*, 1 enero 1986).

⁶⁹ Entre otros, véase, A. Mangas Martín/D.J. Liñán Noguera, *Instituciones...*, cit., *supra*, p. 516.

Sobre la ausencia de rango constitucional del derecho comunitario, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, 13/1998, de 22 de enero de 1998 (*BOE*, 24 febrero 1998)

⁷⁰ En este sentido, P. Andrés Sainz de Santamaría, *Introducción...*, cit., *supra*, pp. 551 y ss.

Como el propio Tribunal de Justicia ha señalado, si bien la delegación que realizan los Estados es incondicional, también es limitada a los objetivos que establecen los Tratados⁷¹.

En este sentido, cabe mencionar la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, que se pronuncia a requerimiento del Gobierno sobre la compatibilidad con la Constitución española de ciertos preceptos contenidos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa⁷². En su Fundamento jurídico 4º se afirma que: “En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitarán, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes (...) incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros”.

VI. CONSIDERACIONES FINALES: PROBLEMA AÚN ABIERTO.

Resulta difícil vaticinar cuál será el desarrollo del Derecho internacional privado comunitario. Sabemos que la Comunidad ha fijado su atención en nuevos ámbitos. Baste mencionar los avances en el ámbito del Derecho de Familia, las sucesiones o los alimentos⁷³.

Por otra parte, tampoco tenemos un panorama claro de cómo va a jugar el principio de reconocimiento mutuo y hasta dónde habrá de intervenir para su pleno desarrollo. Por el momento tiene una presencia “testimonial” en el Reglamento 2201/2003 (arts. 41 y 42) o, con un papel central en los Reglamentos sobre título ejecutivo europeo, monitorio europeo y el que crea un proceso europeo de escasa cuantía. Sin embargo, éste principio exige que una vez concretado en las normas procesales se proyecte, a su vez, sobre el derecho aplicable⁷⁴.

⁷¹ En este sentido, Sentencia Tribunal de Justicia, as. 6/64, de 15 julio 1964, en el asunto Flaminio Costa c. E.N.E.L, *Rec...*, 1964, pp. 1141 y ss.

⁷² El texto de la misma se puede consultar en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=DECLARACION-2004-0001.

⁷³ Véase, por ejemplo, la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia judicial, el derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones y de cooperación en materia de alimentos, de 22 de abril de 2008, núm, documento 8467/08 EXT 1.

⁷⁴ Véase el Dictamen del Servicio Jurídico, de 2 de marzo de 2004 sobre la Propuesta de Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. En él se señala que el principio de reconocimiento mutuo de decisiones “should be supplemented by a harmonization or standardisation of the rules of private international law...”, p. 7.

Debe, además, tenerse en cuenta que la interpretación que ha hecho el Tribunal de Justicia sobre los supuestos en los que cabe entender la afectación de la norma comunitaria, tal vez, sea excesivamente amplia. Por ello, tal vez, convendría promover el uso de otras técnicas protectoras de la primacía del Derecho comunitario pero respetuosas con la facultad de los Estados de celebrar acuerdos internacionales con terceros Estados sin que ello suponga en abstracto un ataque a los objetivos de la Comunidad.

En cualquier caso, el Dictamen 1/03 abre el debate sobre el alcance del mismo respecto a otros instrumentos presentes y futuros.

En el mismo documento se aborda el problema de la atribución de competencia y de su proyección al exterior. Así afirma que con su adopción “would create new external power of the Community” (p. 9). Ello significa que, conforme al efecto AETR, “any posterior international agreement in this field would fall under the exclusive competence of the Community to the extent that it would be capable of affecting these rules or altering their scope”.