

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 FEBRERO 2006)

Mónica Guzmán Zapater*

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. ANTECEDENTES. II. CONTENIDO DEL DICTAMEN 1/2003. III. UNA VALORACIÓN POR VÍA DE CONSECUENCIAS.

INTRODUCCIÓN

1. En el Derecho comunitario europeo hay cuestiones respecto de las que el transcurso del tiempo sólo incide incrementando su complejidad. Una de éstas sería la delimitación de las competencias externas de la Unión. Ante todo dada la expansión de la Unión Europea hacia ámbitos materiales (y competenciales) inicialmente no previstos por los Tratados¹. Teóricamente compleja porque constituye un punto de encuentro entre Derecho internacional público y Derecho comunitario europeo, disciplinas involucradas con el Derecho internacional privado como ocurre con el objeto del presente comentario relativo al *Dictamen del Tribunal de Justicia (TJCE) 1/2003, de 7*

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Habilitada para Catedrática.

© Mónica Guzman Zapater. Todos los derechos reservados.

¹ Sobre el tema en general, *vid.* J. DIEZ-HOCHLEITNER, “El sistema competencial comunitario ante la CIG?04: los trabajos de la Convención”, *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea* (dir.D.J.LIÑAN), Universidad de Granada, 2003, pp. 27-81; R. TORRENT, *Derecho y práctica de las relaciones internacionales*, CEDEC, Barcelona, 1998; WESSEL, R.A. , “The inside looking out: consistency and delimitation in EU external relations”, *Common M.L.Rev.*, 2000, 1135-1171. Desde el derecho internacional privado, A. BORRAS, “The frontiers and the institutional constitutional question”, *International civil litigation in Europe and relations with third States* , (ed. A. Nuyts/N.Watté), Bruselas, 2005, pp. 27-54; *id.* “Diritto internazionale comunitario e rapporti con Statu terzi”, *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario. A cura si P. Picone*, Padua, 2004, pp. 449-483; en la misma obra, Ch. KOHLER “Lo Spazio giudiziario europeo in materia civile e il Diritto internazionale privato comunitario, pp. 65-93, espec. pp. 91-92; A. BONOMI, “Le droit international privé entre régionalisme et universalisme-quelques considérations sur les compétences européennes en matière de droit international privé et leurs effets pour les Etats tiers”, *Revue Suisse droit international et droit européen*, 2006/3, pp. 295-309.

de febrero de 2006, sobre la competencia externa de la Unión Europea 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 mercantil²; en suma, un tratado internacional entre la Unión Europea con terceros Estados, precisamente en materia de Derecho internacional privado. Es además, una materia cambiante o en constante evolución dado que aparece condicionada por la falta de un modelo político firme. Tras esta indefinición subyace una contraposición fundamental: la de si se avanza por el método funcional como se ha venido siguiendo hasta ahora, ampliando competencias normativas en la medida en que ha resultado necesario, o bien si la Unión debiera decantarse por un modelo de corte federal en el que se hiciera constar un ámbito material definido sobre el que las instituciones comunitarias pueden (o no) legislar³.

En este Dictamen 1/2003 el TJCE se pronuncia sobre la cuestión de la competencia externa en el doble plano de la competencia judicial y el reconocimiento de decisiones judiciales (dentro del ámbito de la cooperación judicial); un sector que ante la creciente intensificación de las relaciones jurídicas y litigiosas con terceros Estados se inserta en una problemática más amplia y recurrente, cual es la de las complejas relaciones entre el espacio intracomunitario y el espacio mundial, sobre todo por lo que se refiere a las relaciones sujetas a Derecho internacional privado. Hay pues, dos planos de reflexión para el Derecho internacional privado: el plano intracomunitario y el plano mundial y el problema que se ha planteado el Dictamen 1/2003 está en relación con el segundo y ceñido al ámbito procesal ya señalado, aun cuando no hay que descartar que su contenido pueda extrapolarse a otros ámbitos de la cooperación judicial contemplados por el artículo 65 TCE. Y es que el contenido de los artículos 61 y 65 TCE, al dotar de competencia normativa a la Unión para la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, ha provocado comentarios por su potencial capacidad para cercenar las competencias de los Estados miembros en orden a la conclusión de *tratados* sobre la misma materia con terceros Estados o incluso con otras Organizaciones internacionales⁴.

2. Dividiré mi exposición en tres partes: la primera, relativa a los antecedentes y del Dictamen; en la segunda, me referiré al contenido extrayendo los principales argumentos sobre los que el TJCE ha construido su teoría sobre la existencia de una competencia externa exclusiva de la Unión en la negociación de un tratado

² Sobre el Dictamen 1/2003, A. BORRAS, "Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *R. des C.*, t. 317 (2005), pp. 317-526, espec. 479-490; "Dictamen C-1/03, de 7 de febrero de 2006", *Rev. Jurídica de Cataluña*, 2006, n° 3, pp. 837 ss.; *id.* "Competence of the Community to conclude a 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*, 2006; N. LAVRANOS, "Nota", *Common M.L.Rev.*, 2006, n° 4, pp. 1087-1100.

³ Sobre los términos de tan vasta cuestión, J. DIEZ- HOCHLEITNER, "El sistema competencial", *loc. cit.* Apart. III.1. A. MANGAS MARTÍN, "La Unión Europea y su futuro: el debate competencial", *Noticias UE*, n° 218, pp. 79-95.

⁴ Sobre esto, *infra*. nota 42

internacional; en la tercera, me permitiré un comentario revisando los aspectos más críticos.

I. ANTECEDENTES

3. El Dictamen 1/2003 tiene origen en la situación creada cuando en diciembre 1997 el Consejo faculta a un grupo *ad hoc* (integrado por delegados de los Estados miembros de la Unión Europea, los Estados miembros de la EFTA y por el Parlamento Europeo) para proceder a revisar y modernizar el *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988⁵, aproximándolo al *Convenio de Bruselas* sobre la misma materia. Los trabajos técnicos de revisión⁶ terminan justo antes de la entrada en vigor del *Tratado de Ámsterdam* (mayo 1999), momento a partir del cual ya no era posible el ejercicio conjunto de la competencia. En diciembre de 2000 se aprueba el *Reglamento 44/2001* de 22 de diciembre de 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* que sustituye al *Convenio de Bruselas*⁷.

Las negociaciones para llevar a cabo la revisión formalmente se emprenden en marzo 2003 y es entonces cuando surge la duda entre los Estados en cuanto a si la competencia corresponde en exclusiva a la Comisión o también a los Estados miembros. En febrero 2003 el Consejo decide pedir dictamen al TJCE al objeto de que se pronuncie sobre la posibilidad de que la Unión Europea asuma la competencia normativa exclusiva para negociar la revisión con los Estados partes en el *Convenio de Lugano*, paralelo al *Convenio de Bruselas*, esto es, la revisión de un tratado internacional que vincula a la Unión Europea con países terceros (Suiza, Noruega e Islandia).

Y el Dictamen es terminante al afirmar que la Comunidad tiene una competencia exclusiva para celebrar el *Convenio de Lugano*⁸.

Esta doctrina se enmarca dentro de una cuestión particular que es la relativa al alcance de las competencias normativas comunitarias y más exactamente, hasta dónde pueden las Instituciones vincular a los Estados miembros no en sus relaciones intracomunitarias sino en sus relaciones con el mundo exterior, el mercado mundial o si se prefiere, simplemente los países terceros. Hay que recordar que en el TCE, salvo en ámbitos muy concretos como la Política agrícola común o la conservación de los recursos biológicos del alta mar, todas las competencias comunitarias son competencias compartidas entre la Comunidad y los Estados miembros. De modo que el desarrollo de

⁵ BOE nº 251, de 20 octubre 1994

⁶ Vid. A. BORRAS, "Nota", *REDI*, 1998, nº 2, pp. 300-302

⁷ DOCE nº L 012, de 16 de enero 2001; corrección errores DOCE nº L 307, de 24 de noviembre

⁸ nº 173

los objetivos consustanciales al Mercado interior y al Espacio de Libertad, seguridad y justicia responden al esquema típico de las competencias concurrentes o compartidas. Por una parte, los Estados miembros ceden a la Unión el ejercicio de su competencia normativa en la medida en que sea necesaria para el buen funcionamiento del Mercado interior y se comprometen a no ejercitarla si a nivel interno la adopción de normas u otras medidas cuestiona la realización de los objetivos del TCE. Asignación competencial sujeta a los límites derivados de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5 TCE), o lo que es igual, la acción normativa se emprenderá en la medida en que no pueda ser correctamente realizada por los Estados al tiempo que debe ser adecuada al fin perseguido

El TCE establece así un difícil equilibrio entre el ámbito de intervención de los Estados y las iniciativas de la Comisión. Aunque ello no ha impedido afirmar que los Estados miembros mantienen su competencia para concluir acuerdos con terceros Estados mientras no se haya producido intervención comunitaria.

5. Este esquema resulta cada vez menos nítido. Una importante duda se cierne en torno a cuál sea el margen de competencia normativa retenido por los Estados miembros para la celebración de tratados internacionales en una determinada materia cada vez que el TCE nada prevea al respecto. Comprender la acción comunitaria en ese plano externo requiere distinguir entre competencias explícitas (o previstas por el Tratado) y competencias implícitas (o que pueden “provenir” de sus disposiciones)⁹. Por lo que al Derecho internacional privado se refiere, desde luego el artículo 65 TCE no atribuye una competencia externa de aquella naturaleza a la Comunidad¹⁰.

La respuesta está condicionada por la admisión (o no) de una *competencia externa de la Comunidad* entendida, como competencia para concluir Tratados internacionales, que sustituya a la ostentada por los Estados. Y, de admitirse esa competencia externa aunque no haya sido explícitamente prevista, si su ejercicio corresponde en exclusiva a la Comunidad o será una competencia compartida Comunidad- Estados miembros. Pues, pese a la ausencia de una base competencial explícita, el TCE ha sido reconstruido en este punto por ciertas decisiones del Tribunal de Justicia conformando la llamada doctrina de las *competencias implícitas externas* que puede resumirse como sigue¹¹.

6. 1º La doctrina sobre *competencia implícita externa* (como variante de las competencias compartidas) defendida por el TJCE se inicia con la STJCE en el *asunto AETR*¹² en la que el TJCE afirma que la Comunidad puede concluir tratados

⁹ Diferenciación establecida en el Dictamen TJCE 1/76, de 26 de abril de 1977, relativo a la *institucionalización de un Fondo europeo de inmovilización de la navegación interior*, nº 3

¹⁰ Cfr. J.D. GONZALEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général de droit international privé”, *R. des C.*, t. 287, 2002, espec. p. 134.

¹¹ Vid. J. DIEZ-HOCHLEITNER, “El sistema competencial comunitario” *loc.cit.* nota 1, espec. pp. 43-46.

¹² STJCE de 31 de marzo de 1971, as. 22/70, AETR, espec. nºs 16 a 18 y 22. Se ha dicho que en esta doctrina subyacen dos lógicas: la lógica del principio de la primacía del Derecho comunitario sobre el

internacionales con terceros en el ámbito de los objetivos (nº 14), no sólo cuando resulte de una atribución explícita del Tratado (nº 16), pues puede derivar de otras disposiciones del Tratado y de actos adoptados por las instituciones de la Comunidad. Agregando que “cada vez que la Comunidad haya adoptado disposiciones instaurando, bajo cualquier forma, reglas comunes, los Estados miembros no tienen ya el derecho de contratar con estados terceros *obligaciones que afecten a estas reglas*” (nº 17). La competencia es de *alcance exclusivo* en tanto que afecte a normas comunitarias internas o altere su alcance¹³. Doctrina provoca un doble viraje a favor de las instituciones comunitarias: por una parte, se le asigna competencia externa a la Unión para la negociación y celebración de tratados internacionales y, por otra, dicha asignación tiene lugar con alcance exclusivo o en detrimento de la competencia normativa de los Estados.

7. 2º Esta extensión, desde una competencia interna expresamente prevista hacia una competencia externa no asignada en los Tratados, se reitera y refuerza en otros casos. Por ejemplo en el Dictamen 1/76¹⁴ al afirmar que cada vez que el TCE reconoce a la Comunidad la competencia interna, ostenta también el poder de concluir Tratados internacionales que sean necesarios para lograr el objetivo previsto más aún si ya existe armonización. Añadiendo que el ejercicio *ad extra* de una competencia concurrente no está forzosamente condicionado a una acción previa *ad intra*, bastando con que la acción exterior sea necesaria para lograr alguno de los *objetivos* de la Comunidad¹⁵.

En suma, que la competencia exclusiva a favor de la Comunidad puede derivar, bien de la *necesidad* de adoptar a nivel comunitario un acuerdo internacional (Dictamen 1/76), bien de la eventual *afectación* de las reglas comunitarias existentes por la efecto de conclusión de un acuerdo internacional entre el/los estados miembros con países terceros (*efecto AETR*).

8. 3º Criticada por excesiva, ha sido modulada por el propio TJCE en distintos dictámenes y, en particular en el *Dictamen 2/92*, concluir que “...los Estados *no pierden* el derecho a contraer obligaciones respecto a Estados terceros *más que en la medida en que se hayan establecido reglas comunes (= armonización) susceptibles de verse afectadas por dichas obligaciones*” (nº 31)¹⁶. Se reordena el sistema competencial con respecto a la decisión en el *asunto AETR* asumiendo que sólo tratándose de materias

derecho nacional combinada con la del respeto del Derecho Internacional, *cfr* .R. TORRENT, *Derecho y Práctica de las relaciones económicas exteriores en la Unión Europea*, *loc.cit.* nota 1, p. 54.

¹³ Doctrina reiterada en STJCE de 5 noviembre 2002, as. 467/98, *Cielos abiertos*, nºs 75-80.

¹⁴ Dictamen 1/76, *loc. cit. supra*, nota 9

¹⁵ Dictamen 1/76, nº 1 y 4.

¹⁶ Dictamen 2/92, de 24 de marzo de 1995, *relativo a la competencia de la Comunidad o de una de sus instituciones para participar en la tercera decisión revisada del Consejo de la OCDE relativa al trato nacional*.

“indisolublemente ligadas” a la medida comunitaria la Comunidad retiene la exclusividad de la competencia¹⁷.

En esa misma orientación parece que se inscribe la STJCE en el asunto *cielos abiertos*¹⁸. En primer lugar, se afirma que “cuando la Comunidad ha incluido en sus actos legislativos internos cláusulas relativas al tratamiento a reservar a los nacionales de terceros estados o ha conferido expresamente a sus instituciones una competencia para negociar con países terceros, *adquiere una competencia externa exclusiva en la medida cubierta por estos actos*” (nº 83). Segundo, “lo mismo ocurre ...cuando la Comunidad ha realizado una *armonización completa* en un ámbito determinado, dado que las reglas comunes así adoptadas podrían ser afectadas...si los Estados miembros conservaran una libertad de negociación con los países terceros” (nº 84) . Para concluir, en cambio, que “las eventuales distorsiones en los flujos de servicios en el mercado interior que pueden derivarse de acuerdos bilaterales “de cielo abierto” *...no afectan por sí mismas a las normas comunes adoptadas en este ámbito y por tanto no pueden ser fundamento de una competencia externa de la Comunidad*” (nº 85). O lo que es igual, rechaza que la presencia de reglas comunitarias en una determinada materia y la pretensión de uno o más Estados miembros de concluir un tratado internacional en esa misma materia, *genere automáticamente* una competencia externa exclusiva a favor de la Comunidad.

9. 4º Finalmente, la jurisprudencia y la práctica comunitarias señalan otro supuesto en el que la competencia normativa corresponde a la Comunidad y no los Estados miembros: aquel en el que un acto de Derecho derivado reserva expresamente la celebración de acuerdos internacionales en un determinado ámbito a la propia Comunidad¹⁹.

10. Pues bien, proyectada toda esta doctrina jurisprudencial (singularmente *efecto AETR*, Dictamen 2/92 y doctrina “cielos abiertos”) cristaliza en una idea central: los artículos 61 y 65 TCE reconocen una competencia compartida susceptible de ser ejercitada en una dimensión interna como también una dimensión externa y, una vez que ha sido ejercida en el plano de las relaciones intracomunitarias (armonización) se despeja su ejercicio con alcance exclusivo en el plano de las relaciones con países terceros y con sujeción a muy pocas condiciones suplementarias. De éstas me ocupo al examinar el contenido estricto del Dictamen 1/2003.

11. Examinados los antecedentes, no sorprende del todo la conclusión final del Dictamen 1/2003. Tampoco era desdeñable como “aviso” el paso que ya se había dado

¹⁷ Cfr. en este sentido A. BORRAS, “Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con stati terzi”, *loc.cit.* nota 1, p. 457

¹⁸ STJCE de 5 noviembre 2002, as. 467/98, *Comisión c. Dinamarca*

¹⁹ J. DIEZ-HOCHLEITNER utiliza como ejemplo el Reglamento 4055/86, de 22 diciembre 1986, *relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre EM y EM y países terceros, que reserva a la CE la celebración de los acuerdos en materia de reparto de cargamentos* (DOCE nº L 378, de 31 diciembre 1986).

en el momento de la transformación en *Reglamento 44/2001* del originario *Convenio de Bruselas*. De hecho, la cláusula de compatibilidad contenida en el artículo 57 de éste convertido en el artículo 71 de aquel daba un cambio sustancial a la cuestión. Si el *Convenio de Bruselas* mantenía la eficacia de los convenios que en materias particulares regularan la competencia judicial y/o el reconocimiento de decisiones judiciales en materias coincidentes con el *Convenio de Bruselas* en los que los Estados eran o llegaban a ser partes, en el *Reglamento 44/2001* se restringe la presencia de estos regímenes especiales, de manera que se mantienen los convenios “en los que los Estados fueran parte” *en el momento de la entrada en vigor del Reglamento*. Es decir, se preserva lo existente pero se cierra el paso a toda posibilidad de futuro de que los Estados miembros negocien más convenios. Se apuntaba una tendencia de las instituciones comunitarias a impedir a los Estados la participación en otros tratados internacionales sobre la misma materia

La cuestión planteada y resuelta por el Dictamen 1/2003 tiene una trascendencia enorme de cara al futuro pues lo que está en juego, en definitiva, es la competencia normativa de los Estados miembros para negociar tratados internacionales con países terceros en aquellos ámbitos y materias en las que haya tenido lugar intervención previa del Derecho comunitario cualquiera sea el ámbito de la cooperación judicial (tal y como prevista por el art. 65 TCE) retenido en cada momento.

II. CONTENIDO DEL DICTAMEN 1/2003

12. En el Dictamen habría que escindir por una parte, la cuestión de la competencia normativa externa de la Unión y su alcance y, en conexión con esto, el examen de los ámbitos afectados en la medida en que interviene como condición de ejercicio de la competencia normativa.

1. En cuanto al alcance de la competencia normativa de la Unión en las relaciones con terceros Estados.

13. El TJCE asume básicamente parte de su jurisprudencia anterior. Son dos los argumentos centrales sobre los que se construye la asignación de una competencia exclusiva externa en favor de la Unión. En primer lugar, el criterio de la eventual afectación del Derecho comunitario vigente por el futuro tratado internacional. En segundo término, resulta central el desdén mostrado por las llamadas cláusulas de desconexión y la función que desenvuelven como instrumento paliativo en los supuestos de concurrencia de actos/tratados internacionales sobre una misma materia. Aparecen otros argumentos de peso pero secundarios que no sirven para paliar la generalidad de la doctrina vertida.

A) Criterio de la afectación del derecho comunitario existente

14. Al distinguir entre las competencias exclusivas de las competencias compartidas, se afirma que ha de ser exclusiva “cuando se han adoptado normas

comunes los Estados miembros ya no tienen la facultad, bien actúen individualmente o incluso colectivamente, de contraer con terceros estados obligaciones *que afecten a dichas normas*” (nº116), esto es, su jurisprudencia en el *asunto AETR*. El primer argumento sobre el que se sostiene el reconocimiento de una competencia exclusiva de la Unión para negociar un tratado internacional con países terceros se basa pues en el criterio de la afectación del Derecho comunitario.

15. A continuación para determinar que existe una competencia implícita externa de alcance exclusivo los esfuerzos se polarizan en sentar las *condiciones* en las que la competencia es exclusiva. El TJCE presupone como necesaria la competencia exclusiva “...cuando la celebración del acuerdo (1º) es incompatible con la unidad del mercado y con (2º) la aplicación uniforme del derecho comunitario (*efecto AETR*, nº 31)... o cuando (3º) dada la completa armonización en una cuestión determinada, cualquier acuerdo en la materia afectaría necesariamente a las normas comunitarias (*Dictamen 1/94 y Cielos abiertos*)” (nº122)

16. Pero al habilitarse sólo competencias de atribución, la decisión sobre su carácter exclusivo se construye en torno al examen de la relación entre el acuerdo previsto y el Derecho comunitario vigente y si la celebración de ese acuerdo “*puede afectar a las normas comunitarias*”(nº 124). Procede a verificar el grado de afectación. Sobre el resultado del test de la afectación vuelvo más adelante.

En todo caso, la referencia a la afectación de “*normas comunitarias* “ supone una interpretación extensiva, dado que el criterio de la afectación se extiende no solamente a materias que hayan sido objeto de regulación por normas vigentes, sino que comprende también las perspectivas de evolución (nº126) sobre una determinada materia en el momento en que se realiza el análisis. De suerte que, como ha sido justamente señalado²⁰, la generalidad de tal referencia, suscita la interrogante de si habrá afectación del Derecho comunitario cuando las perspectivas de evolución de una determinada materia se contemplan en proyectos, programas generales o incluso libros verdes en los que las Instituciones publican la estrategia a seguir en un concreto sector de problemas.

B) Cláusulas de desconexión

17. Más llamativa resulta la subestimación del mecanismo introducido por ciertas cláusulas de desconexión²¹ que, en otros lugares del Dictamen el TJCE utiliza a su conveniencia. Por referirnos a esto último, para el TJCE la simple presencia de cláusulas de desconexión en el ámbito del reconocimiento de decisiones es de por si un dato suficiente que “puede ser un *indicio* del riesgo de que las normas comunitarias resulten afectadas por disposiciones del citado acuerdo” (nº 154). O lo que es igual, justifica la conveniencia de prescindir de éstas para ir hacia un planteamiento superador

²⁰ Cfr. A BORRAS, “Dictamen C-1/03”, *loc.cit.* nota 1, p.838, nº 6.

²¹ Sobre éstas A. BORRAS, “Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire”, *Festschrift für E. Jayme*, t. I Munich, Sellier, pp. 57-72.

(por efecto de la asignación de una competencia exclusiva a la Unión) cuando el tratado que se pretende negociar y ratificar contiene reglas de reconocimiento²².

18. También subestima su juego y función en el ámbito de la competencia judicial internacional al entender que “no constituyen una garantía de que las normas comunitarias no se vean afectadas por las disposiciones del acuerdo” (nº 130)²³. Como es sabido dichas cláusulas desempeñan una función de prevención y solución en los supuestos de concurrencia normativa. En este concreto sector, los artículos 71 y 72 del *Reglamento 44/2001* permiten excluir la aplicación del *Reglamento* cuando existen convenios en materias particulares y convenios bilaterales sobre reconocimiento de decisiones con Estados terceros. Es cierto que su principal inconveniente reside en un fraccionamiento en el territorio de la Unión del sistema general de competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, dado que posibilitan la subsistencia de regímenes especiales o incluso preferenciales o más favorables. Como también lo es que complican el proceso de aplicación del derecho y en particular, la fase de selección de la norma competente, una carga que recae sobre los operadores. Pero no se hasta qué punto el incremento de la complejidad en esta fase justifica el salto hasta la afirmación de una competencia externa exclusiva a la Unión. Desde esta perspectiva no parece visible ni la necesidad ni la proporcionalidad de la medida adoptada por el TJCE.

C) La no exigencia de adecuación al “correcto funcionamiento del mercado interior”

19. No menos espectacular resulta que configure una competencia normativa externa exclusiva sujeta a menos restricciones que cuando se ejercita en el plano intracomunitario. Al descartar el requisito al que se subordina toda la acción normativa sobre la base competencial de los artículos 61 y 65 TCE, a saber, que las medidas en el ámbito de la cooperación judicial se adopten *en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior* (nº 131), está suprimiendo condiciones al ejercicio de la competencia normativa comunitaria. Añadiendo, por lo demás, que una competencia exclusiva de la Comunidad “tiene por objeto, en especial, preservar la eficacia del Derecho comunitario y el buen funcionamiento de los sistemas establecidos por sus normas con independencia de lo previsto, en su caso, por la disposición del tratado en la cual se hayan basado las instituciones para adoptar dichas normas” (nº 131).

Un resultado criticable por la razón señalada como también por la argumentación sobre la que se sustenta y por la tendencia que asienta. 1º A mi entender, es aceptable que no se exija en la medida en que lo concibo como un requisito distorsionador del objetivo de crear un Espacio de Libertad, seguridad y justicia como objetivo autónomo y diferenciado del objetivo de la creación del mercado interior. O

²² Siendo precisamente el mecanismo alternativo a la asignación de una competencia exclusiva a la Comunidad, *vid.* A. BORRAS, “The Frontiers and the institutional constitutional question”, *loc.cit.* nota 1, espec. pp. 33 y 40.

²³ En idéntica orientación nº 171.

articulamos Espacio de Justicia o esto es otra cosa. La referencia al “funcionamiento del mercado interior” posee una connotación económica que no debería entrar en línea de cuenta si estamos en el ámbito de la cooperación judicial. 2º Es incontestable que el *Convenio de Bruselas* y *Reglamento 44/2001* contribuyen al funcionamiento del mercado interior en tanto que provocan la disminución de obstáculos procesales que disuaden a los operadores de actuar más allá de las fronteras nacionales. 3º En cambio, no veo tan clara esa misma función, por ejemplo, en relación con el *Reglamento 2201/2003*. Admitiendo que contribuye a eliminar las disparidades legislativas en la materia regulada y también que las disparidades procesales pueden ser un elemento disuasorio de las operaciones en el ámbito patrimonial, no parece que en el ámbito de las relaciones personales la falta de reglas de competencia o reconocimiento de decisiones judiciales en materia de derecho de visita o de disolución del vínculo matrimonial comunes a los Estados miembros distorsione (entendida la distorsión como restricción) la Libre circulación de personas. De modo que sería cuando menos discutible que el *Reglamento 2201/2003* contribuya al funcionamiento del mercado interior, aunque si mejora las perspectivas vitales de quienes se desplazan de un Estado a otro en el marco de la Libre circulación de personas.

La supresión de esta condición en la fundamentación del ejercicio de la competencia externa está en relación o por lo menos ya se había anticipado en la jurisprudencia del TJCE de 1 de marzo de 2005 en el *asunto Owusu*, en la que se fuerza una ampliación del ámbito espacial de aplicación del *Convenio de Bruselas*; esto es, que al no exigirse, se logra que el *Convenio* resulte de aplicación a todas las situaciones internacionales incluidas aquellas que presentan una débil vinculación con el espacio comunitario. Pues un aspecto central en el caso, residía en decidir si hay un vínculo efectivo con el funcionamiento del mercado interior de una situación cuyos elementos principales estaban localizados en país tercero, cuestión sobre la que el TJCE se pronuncia afirmativamente y, a mi entender, en términos contradictorios²⁴, para propiciar la aplicación del *Convenio de Bruselas*.

20. El resultado final subyacente es que en el Dictamen 1/2003 el TJCE entiende que en las relaciones intracomunitarias la acción normativa está condicionada a dicha exigencia y no así para asumir la competencia externa. Partir de unas condiciones más laxas para el ejercicio de la competencia externa no deja de parecer una contradicción: una cosa es preservar la coherencia interna o la *unidad del Derecho comunitario vigente* y cosa distinta es el *correcto funcionamiento del mercado interior*. Es jurisprudencia de este Tribunal que por este requisito se pretende la supresión de obstáculos en el mercado

²⁴ Cfr. STJCE de 1 de marzo 2005, As. 281/02, *Owusu c. Jackson*, F. 34 “No obstante, las reglas uniformes de competencia contenidas en el Convenio de Bruselas *no se aplican únicamente a las situaciones que tienen un vínculo efectivo y suficiente con el funcionamiento del mercado interior*, el cual implica, *por definición, a varios Estados miembros...*”(el subrayado es mío); y a continuación en nº 35 “Se deriva de lo que precede que el artículo 2 del Convenio de Bruselas se aplica a una situación tal como la del asunto principal, *abarcando las relaciones entre un solo estado contratante y las de un Estado no contratante* y no a las relaciones entre las jurisdicciones de varios estados contratantes”.

intracomunitario²⁵. Luego hubiera sido deseable una mayor precisión del ámbito competencial asumido por las instituciones. Pues si es claro que un convenio internacional con un ámbito material idéntico al Reglamento 44/2001 puede afectar a la coherencia del Derecho comunitario, no es tan evidente que afecte al funcionamiento del mercado interior. Como argumentos no son intercambiables. J. D. González Campos se ha referido con claridad a este tipo de extralimitación de la jurisprudencia comunitaria en un contexto sólo parcialmente diferente: “si no es necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior resolver determinados supuestos en base al Reglamento Bruselas I porque no tienen efectos en este mercado (no afectan a las libertades fundamentales del Tratado), entonces estos asuntos son *ultra vires* respecto a la competencia comunitaria.”²⁶. ¿Es *ultra vires* la asunción de una competencia externa de alcance exclusivo sin demostración previa de la repercusión negativa del futuro convenio internacional sobre el correcto funcionamiento del mercado interior?.

21. 4º Finalmente, otro argumento esgrimido para sostener la competencia externa de alcance exclusivo es el relativo a la falta de certeza en cuanto al texto definitivo que se pretendía adoptar (nº 137), lo cual no deja de parecer un manifiesto ejercicio de cinismo dado que en el momento en el que el TJCE se enfrenta al dictamen solicitado ya estaban concluidos los trabajos técnicos de revisión.

2. El test de afectación del Derecho comunitario

22. La segunda parte del Dictamen es el resultado de calibrar el grado de afectación del Derecho comunitario, esto es, del *Reglamento* 44/2001, por el futuro convenio. En esa operación el TJCE verifica en primer término, la afectación de las reglas de competencia judicial del futuro acuerdo por si perjudican la aplicación uniforme y coherente de las normas comunitarias y el buen funcionamiento del sistema que establecen (nº s 133 y 138).

23. 1º El Reglamento tiene por objeto eliminar obstáculos (nº 143) evitando conflictos positivos y negativos de competencia; pero además establecer un *sistema global* (de competencia judicial internacional) aplicable no sólo entre los distintos Estados miembros sino también en las relaciones entre 1 solo Estado y Estado tercero. Que estamos en presencia de un “sistema global” es un argumento reiterado (nº s 144, 148, 151 y 160) pero que muestra flancos débiles. Aceptando incluso que la cláusula de remisión al derecho procesal de los Estados miembros cuando falta domicilio del demandado (art. 4.1) “forma parte del sistema establecido”²⁷ (nº 148), bastaría con

²⁵ Vid. los fundamentos *cit. supra* en STJCE *as. Owusu*. En la misma orientación se pronuncia en STJCE de 9 de mayo 1982, as. 15/81, *Gaston Schul*, nº 33 al dictar que el objetivo del mercado interior consiste en “una eliminación de todos los obstáculos en el mercado intracomunitario con el objetivo de una fusión de los mercados nacionales con vistas a un mercado único”

²⁶ Cfr. J.D.GONZALEZ CAMPOS , “Nota” a STJCE de 1 de marzo 2005, as. 281/02, *Owusu c. N.B.Jackson*, *Rev. J.Cataluña*, 2005, nº 2, pp. 1246-1255, espec. p. 1252.

²⁷ Llevado a sus últimas consecuencias llevaría a afirmar que el fundamento de la competencia judicial internacional sobre la base del derecho procesal interno, reside en el propio Reglamento.

recordar las materias excluidas del ámbito material de aplicación del *Reglamento* 44/2001, como se evidencia sin ir más lejos en el sustrato fáctico del asunto “cielos abiertos”²⁸: no hay una completa comunitarización de la situación de las compañías aéreas de terceros Estados que operan en el interior de la Comunidad.

En cambio, si resulta convincente la idea expresada en el fundamento nº 142 al afirmar que “..en los acuerdos internacionales celebrados por los Estados miembros o por la Comunidad con Estados terceros, dichas normas de conflicto de jurisdicción establecen necesariamente criterios de competencia de los tribunales no sólo de los estados terceros, sino también de los estados miembros y, por consiguiente, se refieren a materias reguladas por el *Reglamento* nº 44/2001”. A lo que habría que agregar, siguiendo al TJCE, que “cualquier acuerdo internacional que instituya asimismo un sistema global de normas de conflicto de jurisdicción como el elaborado por este Reglamento podría afectar a las citadas reglas de competencia”²⁹. Se expresa, en suma, una preocupación por evitar supuestos de concurrencia normativa o situaciones abocadas a conflictos positivos y conflictos negativos de jurisdicción de tolerar la coexistencia de distintos sistemas de competencia judicial internacional en el espacio comunitario. Cosa distinta es que el único mecanismo para evitar este tipo de situaciones sea la asignación de una competencia exclusiva a la Unión: las cláusulas de desconexión, con todos sus inconvenientes, constituyen un mecanismo alternativo.

24. 2º el TJCE emprende otro camino en orden a la justificación de la competencia exclusiva comunitaria a la vista del incremento de relaciones litigiosas vinculadas con el mercado mundial, , al recordar que en la caracterización del elemento internacional que ha de concurrir como presupuesto de aplicación del *Convenio de Bruselas* no se ciñe a las relaciones litigiosas suscitadas entre Estados contratantes sino al contrario, no se ha excluido la aplicación del *Convenio* en litigios que involucraban un Estado contratante y un Estado tercero (nº 145), como también un único Estado contratante y uno o varios terceros Estados (nº 146). Además, recuerda el TJCE, el propio *Reglamento* prevé soluciones para los supuestos de sociedades que domiciliadas en terceros Estados, pueden ser atraídas al foro de la sucursal y demás establecimientos sin personalidad jurídica (nº 150).

En su argumentación es recurrente el recurso a la decisión del TJCE en el *asunto Owusu* (aparts. 25 y 26) (nºs. 143, 145 y 146) mostrando una cierta pobreza en los materiales empleados, pues son muchas más las decisiones en las que la relación litigiosa de base afectaba a Estados miembros y uno o varios Estados terceros. Igualmente ilustrativos de esta problemática serían las sentencias del TJCE en el *asunto Six Constructions c. Humbert* en la que el trabajador desarrollaba su actividad en distintos países y también en países africanos, siendo necesario precisar el lugar de la obligación a que se refiere el artículo 5.1 del *Convenio de Bruselas*³⁰, cuestión que se

²⁸ STCE de 5 de noviembre de 2002, *loc.cit.supra*, nota 18

²⁹ nº 151

³⁰ STJCE de 15 de febrero de 1989, as. 32/88.

resuelve rechazando la relevancia de la pluralidad de lugares de ejecución par asignar como foro competente el del domicilio del empleador. A una decisión similar llega en el *asunto Weber c. Oyden*³¹. Igualmente el Convenio ha sido aplicado en relación con contratos de reaseguro en el que el demandante no tenía domicilio en territorio comunitario³². Pero los problemas pueden plantearse en los supuestos de pluralidad de lugares de manifestación o generación del daño, como también en los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario cuando alguno de los demandados tiene su domicilio fuera del territorio comunitario³³ o, como se ha visto, en supuestos de litispendencia cuando en el segundo proceso, el demandado resulta no tener su domicilio en territorio de la Unión y se suscitaba la cuestión de si eran aplicables las reglas uniformes sobre litispendencia³⁴. Estos serían algunos de los supuestos reales e imaginables. La interrogante sería si el *Reglamento* es aplicable cuando el fundamento de la competencia judicial internacional cristaliza en un tercer Estado.

25. Bien, el *Convenio de Bruselas* se ha aplicado a situaciones internacionales vinculadas con terceros Estados. Las decisiones mencionadas obedecen sin duda a una preocupación por no dejar fuera del sistema Bruselas a situaciones simultáneamente vinculadas con terceros Estados y con el espacio comunitario. Sin duda con el transcurso del tiempo (no se olvide que el *Reglamento 44/2001* desciende del *Convenio de Bruselas* concluido en 1968) este amplio sistema de competencia judicial internacional está adquiriendo una pretensión de universalidad, ausente sin embargo en la mente del legislador comunitario de los años sesenta. Las propias situaciones a las que se enfrentan los jueces nacionales cada vez con más frecuencia justificarían que la preocupación y el objetivo inicial de establecer un sistema de competencia judicial uniforme y común a los Estados originariamente miembros haya cedido, rebasado por la necesidad de dar respuesta a litigios surgidos en el contexto de una sociedad internacional cada vez más interdependiente.

³¹ STJCE de 27 febrero 2002, as. 37/00

³² STJCE, de 13 de julio 2000, *Group Josi*, as. 412/98, en la que concluye que el Convenio

“trouve en principe à s'appliquer dès lors que le défendeur a son domicile ou son siège sur le territoire d'un État contractant, même si le demandeur est domicilié dans un pays tiers. Il n'en irait autrement que dans les cas exceptionnels où une disposition expresse de ladite convention prévoit que l'application de la règle de compétence qu'elle énonce dépend de la localisation du domicile du demandeur sur le territoire d'un État contractant”. Desde ésta, se ha afirmado que el Convenio de Bruselas ya no solamente es aplicable a los litigios Intracomunitarios, *cfr.* A. BONOMI, “Le droit international privé entre régionalisme et universalisme”, *loc. cit.* nota 1, p. 301

³³ Claramente se muestra favorable y con sólida argumentación R. MICHAELS, “Re-Placements. Jurisdiction for contracts and torts Under the Brussels I regulation when arts. 5.1 and 5.3 do not designate a place in a member State”, *International Civil Litigation in Europe and relations with Third States*, Bruylant, Bruxelles, pp. 129-156; en la misma obra, B. AUDIT/G.A.BERMANN, “The Application of private International Norms to third countries: the jurisdiction and judgment example”, pp. 55 y ss. espec.pp. 63-67.

³⁴ Cuestión que se resuelve favorablemente en STJCE de 27 de junio 1991, as 351/89, *Overseas Union Insurance*, bien que esta disposición requiere que la situación de pendencia se suscite entre jurisdicciones de *Estados contratantes*.

De hecho el problema se apunta desde hace años también en la dimensión del derecho aplicable. La necesidad de articular respuestas a las situaciones vinculadas con el mercado mundial superando un planteamiento “regionalista” está presente en el artículo 2 del *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* o en la *Propuesta de Reglamento del Consejo 2005/0259 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*, de 15 de diciembre 2005³⁵. De igual modo que empezamos a ver con cierta frecuencia la extensión del Derecho comunitario (derivado) a situaciones claramente vinculadas con terceros Estados, bien que el argumento sobre el que se sustenta dicha expansión no es idéntico (asegurar los objetivos imperativos del Derecho comunitario). Nótese en relación con éstas, que el propio Tribunal se ha anticipado a la Comisión al rebasar los límites geográficos europeo-comunitarios para decidir en torno al ámbito de vigencia del Derecho comunitario: la primera sentencia, a nuestro conocimiento, data de 1984³⁶ y solo posteriormente la Comisión comienza a introducir en sus propuestas cláusulas de delimitación unilateral del ámbito del Derecho derivado en materia de consumo³⁷. En esa misma orientación el TJCE no ha tenido reparos en rechazar la aplicación de una norma de derecho norteamericano que privaba a un agente comercial de la indemnización derivada de la rescisión de un contrato de agencia extendiendo unilateralmente la *Directiva 86/653, sobre los agentes comerciales*³⁸.

26. Ahora bien, una cosa son los deseos y otra la realidad. Y es que tal vez resulta insuficiente para sostener una competencia externa exclusiva la vigencia de un sistema global de competencia judicial internacional (que, como hemos apuntado encuentra al menos límites materiales) o el incremento de relaciones litigiosas entre Estados miembros y el *outer world*, (que sólo puede registrar un crecimiento). Si la solución del Dictamen 1/2003 se ciñe al problema concreto planteado sólo será una opción discutible. Pero como solución general y de cara al futuro para otros ámbitos de la cooperación judicial civil (*ex. art. 65 TCE*) no parece sostenible aunque sólo sea porque el *outer world* no es ni compacto ni homogéneo y los intereses de los Estados

³⁵ Doc. n° 2005/0259 (CNS), *Doc. COM (2005) 649 final.*, cuyo art. 18 dispone que “la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque sea la de un “estado no miembro”.

³⁶ Habiendo afirmado que las disposiciones de derecho comunitario pueden aplicarse a actividades desarrolladas fuera del territorio de la Comunidad, “cuando la relación de trabajo guarda una vinculación suficientemente estrecha con el territorio de la Comunidad” (p.ej., STJCE de 12 de julio 1984, as 237/83 *Prodest*, F 6.

³⁷ Cronológicamente la primera, art. 6 *Directiva 93/13 de 5 de abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. Además destacan art. 9, *Directiva 1994/47 de 26 de octubre de 1994, sobre “Time share”*; art.7.2 *Directiva 1999/44, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*; art. 12.2, *Directiva 97/7 de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*; 12.2, *Directiva 2002/65, de 23 de septiembre de 2002, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*; art.3 *Directiva 1996/71, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores en régimen de libre prestación de servicios*.

³⁸STJCE de 9 noviembre de 2000, as. 381/98, *Ingmar*.

están lejos de ser comunes a los Estados miembros. De la situación de España me ocupo más adelante.

27. Verifica, en segundo término, el grado de afectación del futuro instrumento sobre las reglas sobre reconocimiento y ejecución.

1º En la opción entre concebir este sector de problemas como un ámbito separable de la competencia o estrechamente vinculado, se decanta por lo segundo (nº 163) siguiendo, por cierto, la posición de la delegación española³⁹. Un dato que se verifica en la presencia de reglas sobre control competencia (y en el mandato genérico de no control en sede de reconocimiento) precisamente porque hay reglas uniformes de competencia que previamente se han respetado. Asimismo, en las reglas del *Reglamento* relativas a resolver los conflictos entre resoluciones con identidad de partes ante distintos tribunales.

28. 2º En sede de reconocimiento vuelve sobre las cláusulas de desconexión para poner de relieve las dificultades de anclaje entre las normas comunitarias de reconocimiento y las contenidas en los convenios existentes de los que son parte los Estados miembros en materias particulares (nº s 166 y 167). Esto es, que las previsiones de los artículos 71 y 72 del *Reglamento* 44/2001 se contemplan como un problema más que como técnicas de solución para los supuestos de concurrencia normativa entre regímenes de reconocimiento, pues establecen unas reglas de relación y no simplemente de la prioridad del *Reglamento* sobre otros instrumentos.

29. 3º Finalmente, el TJCE entiende que por el 26.1 del *Reglamento* aumentan el número de decisiones dictadas por órganos jurisdiccionales de Estados no miembros de la Comunidad, cuya competencia no se deriva de la aplicación del *Reglamento* (las procedentes países Lugano y las dictadas en virtud de convenios en materias particulares) que ven sometidas sus decisiones a ejecución sin procedimiento alguno.

III. UNA VALORACION POR VIA DE CONSECUENCIAS.

30. En una primera lectura y desde una “perspectiva española” el Dictamen 1/2003 puede provocar una reacción contradictoria. Por una parte, para un país sin una política legislativa en materia de Derecho internacional privado, o por lo menos, errática⁴⁰, parece preferible que legisle Bruselas. Pero, en cambio, el contenido del Dictamen conduce a un resultado discutible, pues supone que la Unión, como organización internacional y como sujeto de derecho en las relaciones internacionales asume (o se apropia) de una competencia normativa inicialmente compartida con los Estados miembros. En suma, asume o pretende asumir en adelante la posición del legislador estatal en sus relaciones con terceros Estados en un contexto, el actual, en el

³⁹ Cfr. A. BORRAS, “Dictamen C-1/03”, *loc. cit.* nota 1, nº 11.

⁴⁰ Como ejemplo reciente, el nuevo proyecto de ley sobre adopción internacional (junio 2007) que, de llegar a término constituiría la cuarta ley en la materia en los últimos veinte años.

que claramente no se ha superado el paradigma estatal sobre el que descansa desde sus orígenes la Unión Europea. ¿Es un salto cualitativo adelante en la jurisprudencia? Tal vez haya que entenderlo en esa clave de impulso institucional de la que el TJCE ha hecho gala en distintas ocasiones (p.ej. STJCE en *as. Cassis de Dijon*). Sin embargo, una valoración más ponderada requiere un examen por vía de consecuencias.

31. En primer lugar, el *Dictamen 1/2003* es más discutible por lo que oculta que por lo que dice. No se ha referido a la cuestión de la competencia externa exclusiva con alcance general en el ámbito de la cooperación judicial civil, por cuanto que está centrado en la afectación del *Reglamento 44/2001* por el *Convenio de Lugano*.

Al no haber clarificado la cuestión de la competencia externa Comunidad en los ámbitos contemplados por los artículos 61 y 65 TCE, en principio no despeja las incógnitas e implicaciones múltiples sobre la capacidad para la celebración de Tratados internacionales restante a los Estados miembros siendo ésta atributo consustancial a la soberanía del Estado. Incide cualquiera sea la fase del *iter* que se retenga (negociación, firma o aplicación)⁴¹. Se proyecta tanto en las relaciones con países terceros como en cuanto a los Tratados gestados en otras Organizaciones internacionales a las que obviamente no pertenece la Unión Europea⁴².

32. En segundo lugar, aunque quisiéramos entenderlo como un resultado puntual o exclusivamente orientado a negociar la modificación del *Convenio de Lugano* constituye ya un punto de referencia importante que, por otra parte, resulta inseparable de la posición de otras instituciones expresada poco tiempo después (el 11 de abril 2006) en el *Documento 8140/06* 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 mundial*⁴³. Un documento que, como se establece en la introducción, tiene por finalidad “establecer el marco general de la futura estrategia para la dimensión exterior de la cooperación judicial en materia civil” (nº 1) y que rezuma

⁴¹ Vid. A. BORRAS, “La incidencia de la comunitarización del derecho internacional privado en la elaboración de Convenios internacionales”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora I. De Magalhaes Collaço*, vol I, ed. Almedina, 2002, pp. 45-77. espec. pp. 60 y ss.

⁴² Corolario de lo anterior es el propio acceso de la Unión Europea, como organización internacional, a otra organización internacional inicialmente prevista sólo para Estados. Es así como recientemente ha pasado a formar parte como miembro de pleno derecho de la Conferencia de La Haya de DIPr (por decisión del Consejo de 5 de octubre 2006 (*DOUE* nº L 297/1, de 26 de octubre 2006) y en sustitución de los Estados. El desarrollo de instrumentos comunitarios diversos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, adoptados o en curso de elaboración tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, ha tenido por efecto la transferencia de las competencias externas de los Estados a la Comunidad en los ámbitos afectados. El hecho de estos nuevos poderes asumidos y de su participación creciente en los trabajos de la Conferencia de la Haya hicieron indispensable el acceso de la Unión a la Conferencia de la Haya. El proceso concluye a final de 2006 con un nuevo *Estatuto de la Conferencia*, en vigor desde enero 2007. Como miembro de pleno derecho, ostenta tantos votos como Estados miembros tiene la Unión Europea. No obstante, la fórmula escogida deja numerosas cuestiones abiertas: quién fija la agenda, qué ocurre si no hay acuerdo en las propuestas, etc. El tema ha sido ampliamente estudiado por A. BORRAS, “Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con stati terzi”, *loc.cit.* nota 1, pp. 449-483.

⁴³ Doc. del Consejo, nº 7279/06 JUSTCIV 59.

una cierta orientación política de partida al afirmar que la cooperación “deberá ajustarse al marco general de las relaciones entre la Unión Europea y un determinado tercer país” (nº 8). Resultando que entre los “países destinatarios” de la cooperación ni siquiera se menciona a los Estados de América del Sur⁴⁴ con los que España mantiene unas relaciones privilegiadas.

En lo que se refiere al ámbito de la cooperación procesal⁴⁵ las dificultades más serias se derivarían del entendimiento de que las competencias nacionales se han transferido, en adelante, para toda esta materia. Habrá que diferenciar según que se trate de *convenios particulares* que contengan alguna disposición procesal (p.ej. reglas de competencia judicial internacional o de reconocimiento de decisiones) y, en tales casos, la atribución de competencia exclusiva a la Comunidad lógicamente se limita a esa cuestión particular⁴⁶. Particularmente complejo e importante sería neutralizar la doctrina del TJCE en el reconocimiento de decisiones. En primer término, porque las jurisdicciones de origen operan sobre parámetros de justicia muy diferentes. Pero en segundo lugar y sobre todo, porque como ya se ha apuntado, los intereses geopolíticos de los Estados miembros de la Unión con otras áreas del mundo no siempre son coincidentes.

33. Y es que, en tercer lugar, aplicada rigurosamente la doctrina del Dictamen conduce a la conclusión inexorable de que el legislador español ha perdido su competencia para negociar y concluir Tratados bilaterales con Estados terceros, por ejemplo, en ciertas materias procesales a partir del momento de la entrada en vigor de los *Reglamentos comunitarios* 44/2001, 2201/2003 y 1348/2000 *sobre notificación*, etc. Una interpretación llamada a chocar frontalmente con una marcada tendencia de las autoridades españolas en los últimos tiempos a la celebración de tratados bilaterales en el ámbito de la cooperación civil. Como muestra de esto, ahí están los recientes *Convenio con Mauritania, relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil*, de 12 de septiembre de 2006⁴⁷, o el *Convenio con República Dominicana, sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil*, de 15 septiembre 2003⁴⁸, por con citar otros.

⁴⁴ Distingue entre países candidatos y adherentes (p.ej. Bulgaria, Rumanía), Estados del Convenio de Lugano, países de la Política Europea de Vecindad, destacando algunas en Europa, otros en Asia y otros en África, Estados Unidos y Canadá y, finalmente Rusia.

⁴⁵ Entre los posibles ámbitos se identifican la jurisdicción, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, el derecho aplicable, el traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la obtención de pruebas y la cooperación administrativa entre las autoridades que se ocupan de la asistencia jurídica internacional (*cf.* nº 7), en simetría con el art. 65 TCE.

⁴⁶ *Cfr.* en el mismo sentido, J.D.GONZALEZ CAMPOS, “Nota” a la STJCE de 28 de octubre 2004, *loc. cit.* pp. 624-629; A. BORRAS, “El Dictamen C 1/2003”, *loc. cit.* nota 1, nº 12.

⁴⁷ *BOE*, de 8 noviembre 2006, que sería un acto *ultra vires* por parte del Estado español, pues ya estaba en vigor el Reglamento 44/2001.

⁴⁸ *BOE* de 23 octubre 2003.

34. Finalmente, la restricción de la competencia normativa estatal posee una proyección propia para España, país observador en la *Conferencia Interamericana para el Derecho internacional privado*, si se dieran dos circunstancias: una, que España decidiera superar la posición de observador para pasar a ser miembro de pleno derecho; otra, que optara por ratificar las convenciones gestadas en esa Organización internacional⁴⁹. Y tendríamos, por ejemplo, que aprobado el *Reglamento Roma I* (ley aplicable a las obligaciones contractuales) se incorporase el Convenio equivalente en el ámbito interamericano.

35. En cambio, desde la perspectiva de los países terceros la extensión de la competencia comunitaria en materia Derecho internacional privado les aporta la ventaja de negociar con un solo *partenaire* y esperar la ratificación de uno sólo, aunque como ha señalado la profesora Borrás, no deja de ser un pobre consuelo⁵⁰.

36. En suma, qué duda cabe que el sistema de distribución de competencias es cada vez más complicado. El Dictamen 1/2003 confirma una clara preferencia del TJCE por el método funcional, en el entendimiento de que lo que está en el juego político y no jurídico es una opción: dada la falta de una lista de competencias materiales propia de un modelo político de factura federal (y la previsión de que no va a darse), los avances hacia una Unión Europea reforzada sólo pueden tener lugar, como hasta ahora, por el método funcional.

El resultado final no sorprende. Encaja con distintos antecedentes en el sistema comunitario. Desde el *Tratado de Ámsterdam* hay un nuevo ámbito material de intervención y todo apunta a una progresiva asunción de competencias con el firme impulso de la Comisión. El reconocimiento de una competencia externa exclusiva no por razón de la afectación del funcionamiento del mercado interior sino por la afectación del Derecho comunitario europeo: ¿es necesario o es prematuro? ¿es proporcional? ¿se extenderá al ámbito del conflicto de leyes?

⁴⁹ Si retenemos el momento actual, hasta siete convenciones de la CIDIP, elaboradas en el transcurso de distintas conferencias, coincidirían por su ámbito material con los Reglamentos comunitarios 44/2002, 2201/2003 y el futuro *Reglamento Roma I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*.

⁵⁰ *Cfr.* A. BORRAS, "Dictamen C 1/2003", *loc. cit* nota 1. *Vid.* asimismo, A. BONOMI, "Le droit international privé entre régionalisme et universalisme", *loc.cit.* nota,1, p. 305; E. JAYME, "Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi resentí sviluppi normativi nei rapporti con statu terzi", *Riv. Dir. Int. p. e p.*, 2006, n° 2, pp. 353-360.