

LA COOPERACIÓN JURÍDICA EN LA UNIÓN EUROPEA EN CONTROVERSIAS SOMETIDAS A DERECHO ADMINISTRATIVO¹

JORGE AGUDO GONZÁLEZ
Universidad Autónoma de Madrid

Cómo citar/Citation

Agudo González, J. (2021).

La cooperación jurídica en la Unión Europea en controversias sometidas a derecho administrativo.

Revista de Administración Pública, 215, 69-110.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.215.03>

Resumen

La existencia de controversias con trascendencia transnacional en el mercado interior es una realidad jurídica frecuente. A diferencia de los mecanismos de cooperación administrativa transnacional como los articulados con base en el principio de reconocimiento mutuo, no existe un parangón similar en el marco jurisdiccional. Las singularidades de la justicia administrativa y la consiguiente fragmentación nacional de las jurisdicciones son causas históricas de esa situación. Por estos motivos, en materia administrativa no se han aprobado normas de derecho derivado destinadas a fortalecer la cooperación jurídica, como así sucede en materia civil o penal. Sin embargo, en controversias complejas como las antes mencionadas, precisamente por la ausencia de esa cooperación, pueden generarse limitaciones que pueden afectar a diversas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. Partiendo de una maximización del derecho fundamental y de una interpretación conforme con las exigencias derivadas del derecho comunitario, en este trabajo se proponen algunas soluciones que pudieran abrir la cooperación jurídica entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

¹ Proyecto «Relaciones jurídicas transnacionales en el mercado interior y justicia administrativa» (DER 2017-84500-P), Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Gobierno de España.

Palabras clave

Cooperación jurídica; tutela judicial efectiva; relaciones jurídicas transnacionales; reconocimiento mutuo; justicia administrativa.

Abstract

The existence of transnational disputes in the internal market is a frequent legal phenomenon. Unlike transnational administrative cooperation mechanisms –such as those based on the principle of mutual recognition–, there is not anything similar in the jurisdictional framework. The singularities of administrative justice and the national fragmentation of jurisdictions are causes of this situation. That is the reason why in administrative matters there are not secondary EU legislation intended to strengthen legal cooperation, as it happens in civil or criminal matters. However, in complex disputes such as those mentioned above, precisely due to the absence of such cooperation, limitations may arise which infringe various aspects of the right to an effective remedy. This paper departs from a maximization of the aforementioned fundamental right and an interpretation in accordance with the requirements of EU law. To such extent, the paper proposes an interpretation of our procedural law favorable to legal cooperation between courts of the different Member States.

Keywords

Legal cooperation; right to an effective remedy; transnational legal relationships; mutual recognition; administrative justice.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. UN DERECHO FUNDAMENTAL Y UNA PROTECCIÓN COMÚN: 1. La unidad de contenido del art. 47 CDFUE. 2. La cooperación jurídica como instrumento para lograr la plenitud de la tutela. 3. La base de la cooperación jurídica se encuentra en la confianza mutua que fundamenta la «fungibilidad» de los órganos jurisdiccionales. 4. ¿Cabe la extrapolación de las conclusiones precedentes a la justicia administrativa?: 4.1. *La «fungibilidad» de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos*. 4.2. *El eventual recurso a mecanismos de cooperación en controversias con dimensión transnacional y sujetas al derecho administrativo*. III. INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN JURÍDICA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN CUESTIONES ADMINISTRATIVAS, PERO «CIVILES» SEGÚN EL RBI BIS: 1. Bases propositivas para una eventual fundamentación de la apertura horizontal del proceso: 1.1. *Sobre el concepto de órgano jurisdiccional*. 1.2. *Ámbito de la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales que conocen de las controversias de naturaleza jurídico-administrativa*. 2. La cooperación en cuestiones administrativas, pero «civiles» según el RBI bis. IV. INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN JURÍDICA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ASUNTOS SOMETIDOS ÍNTEGRAMENTE AL DERECHO ADMINISTRATIVO NO «CIVILES». 1. Sobre la norma aplicable. 2. Mecanismos para articular la cooperación jurídica en el marco de controversias surgidas en relaciones jurídico-administrativas transnacionales: 2.1. *La prueba en el extranjero y la prueba del Derecho extranjero*. 2.2. *El reconocimiento de resoluciones jurisdiccionales extranjeras*: 2.2.1. Justificación. 2.2.2. Encaje de la propuesta con la jurisprudencia del TJ. 2.2.3. Tutela judicial efectiva y los principios de equivalencia y efectividad. 2.3. Litispendencia y conexidad internacional. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las libertades comunitarias confieren derechos cuyo ámbito de vigencia desborda las fronteras nacionales y abren paso a la normalización de relaciones jurídicas transnacionales articuladas con técnicas como el reconocimiento mutuo².

² La bibliografía sobre esta cuestión es extensísima. Véase al respecto J. Pelkmans (2005), «Mutual Recognition in Goods and Services: An Economic Perspective», en F. Kostoris

Sin embargo, la efectividad de esos mismos derechos se observa condicionada en el seno de controversias judiciales en las que, por la propia idiosincrasia del reconocimiento mutuo, se pueden generar problemas jurídicos derivados de la aplicación de dos ordenamientos nacionales por las autoridades nacionales respectivas y en momentos temporales no necesariamente sucesivos³. Esos problemas son aún más trascendentes en el ámbito de aplicación del derecho administrativo, donde las singularidades de la disciplina y de la justicia administrativa⁴, plasmadas en la fragmentación nacional de las jurisdicciones nacionales en el seno de la UE, han impedido aprobar normas de derecho derivado destinadas a fortalecer la cooperación jurídica judicial, como así sucede en materia civil o penal.

La fragmentación jurisdiccional entre los Estados miembros y la aplicación de la norma procesal de cada uno de ellos por los órganos jurisdiccionales nacionales puede dificultar lograr una tutela plena y efectiva de las libertades económicas, allí donde el derecho administrativo europeo se aplica en y por varios Estados miembros. Partiendo de esta premisa, en este trabajo se asume un enfoque fundamentalmente propositivo para abrir vías a la cooperación judicial, también en ese tipo de conflictos. Mi propósito se basa en la intención confesada de proporcionar una interpretación orientada a maximizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La evolución jurisprudencial del derecho a la tutela judicial efectiva y su ulterior «constitucionalización» como derecho fundamental con eficacia directa en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) ha abierto una nueva fase en la protección de los derechos reconocidos por el derecho de la UE. El estado de la cuestión en el derecho de la UE, pero también la evolución —lenta, pero halagüeña— de la jurisprudencia del Tribunal

Padoa Schioppa (ed.), *The principle of mutual recognition in the European integration process*, Basingstoke: Palgrave-Macmillan; C. Barnard (2013), *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford: Oxford U. P.; V. Hatzopoulos (2013), «From Hard to Soft: Governance in the EU Internal Market», *Cambridge Year Book of European Legal Studies* 15; C. Janssens (2013), *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford: Oxford U. P.; J. Agudo González (2020), «Mutual recognition, transnational legal relationships and regulatory models», *Rw. of European Administrative Law*, 13.

³ Hay casos difíciles, como los canjes de permisos de conducir obtenidos en Gibraltar con sospechas de fraude u otros de reconocimiento de títulos obtenidos en comisión de delitos con posterior prestación de servicios a terceros, etc.

⁴ El principio de territorialidad y el principio de exclusividad del derecho del Estado delimitan el ámbito de validez y vigencia del derecho estatal y, lógicamente, de las actuaciones administrativas de los poderes públicos fundadas en ese ordenamiento, lo que genera un efecto de «indiferencia» respecto de la validez y vigencia del derecho de otro Estado, algo que no sucede en el marco de las relaciones jurídico-privadas. Todas estas cuestiones las he desarrollado en J. Agudo González (2018), «La superación del paradigma territorial y sus efectos en el Derecho Administrativo. Bases normativas del Derecho Administrativo transnacional», *UNED Rv. de Derecho Político*, 103.

de Justicia (TJ) genera optimismo en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados, aunque de momento los avances son limitados. A tal efecto, no se puede ocultar que el propio TJ ha reconocido que la idiosincrasia de la UE puede exigir otorgar un contenido propio a los derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE⁵. Es desde esta perspectiva que se propone una interpretación de la aplicación de los mecanismos de cooperación jurídica, como instrumentos que pueden salvaguardar el art. 47 de la CDFUE, adaptada a las especificidades de relaciones jurídicas propias del ámbito comunitario como son las relaciones jurídicas transnacionales⁶.

Dotar de plena efectividad a los derechos reconocidos por el derecho comunitario también es exigible cuando se pretenden hacer valer en el seno de una controversia jurídico-administrativa. Esta reivindicación vinculada con el art. 47 CDFUE puede sugerir una adaptación del sistema de justicia administrativa en el seno de la UE. No se trata de reivindicar una regulación procesal común para la que quizá la UE no ostente competencias. Tampoco se trata de regular completos y complejos cauces jurídicos comunes que distorsionen el sistema de justicia administrativa de cada Estado miembro. Se trata de formular propuestas de naturaleza eminentemente procesal que, salvaguardando las particularidades consustanciales a la justicia administrativa, puedan incorporar fórmulas de colaboración entre los jueces nacionales que les faculen para abordar cuestiones jurídicas con relevancia transnacional y efectos *inter partes*.

⁵ El art. 47 CDFUE, interpretado conforme a las exigencias que la eficacia directa del precepto, así como los principios de equivalencia y efectividad, garantiza niveles de protección igual o superiores a los deducibles de las Constituciones nacionales. Esto no quiere decir que no haya excepciones derivadas, precisamente, de las singularidades de la UE [SSTJ de 26 de febrero de 2013 (C-399/11, Melloni) y de 23 de febrero de 2013 (C-617/10, Akerberg)]. Sobre todo ello, J. Agudo González (2021), *Tutela judicial efectiva y relaciones jurídico-administrativas transnacionales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

⁶ Sobre este particular véase P. M. Quesada López (2020), *El principio de efectividad del derecho de la Unión Europea y su impacto en el derecho procesal nacional*, Madrid: Iustel, o J. Agudo González (2021). Con anterioridad, este tema no ha sido especialmente tratado. Salvo el trabajo de R. Bocanegra Sierra y J. García Luengo (2008), «Los Actos Administrativos Transnacionales», *Revista de Administración Pública*, 177, págs. 22 y ss., el resto de manifestaciones han sido circunstanciales. En los países de nuestro entorno, destacan N. Bassi (2008), *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra Diritto Europeo e protezione degli interessi del terzo*, Milán: Giuffrè Editore; P. Clarizia (2010), *Il mutuo riconoscimento e la differenziazione dei diritti nell'Unione europea, Diritto amministrativo progredito*, tesis doctoral, Univ. Roma Tre; J. Hofmann (2011), «Legal protection and liability in the European Composite Administration», en O. Jansen y B. Schöndorf-Haubold, *The European Composite Administration*, Cambridge: Intersentia, págs. 449 y ss.; o L. de Lucia (2012), «Amministrazione europea e tutela giurisdizionale», en M. P. Chiti y A. Natalini, *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna: Il Mulino, págs. 376 y ss.

II. UN DERECHO FUNDAMENTAL Y UNA PROTECCIÓN COMÚN

1. LA UNIDAD DE CONTENIDO DEL ART. 47 CDFUE

1. El derecho fundamental reconocido en el art. 47 CDFUE es un derecho con un contenido unitario y común a todas las manifestaciones del derecho: los parámetros de control son semejantes. Esto no quiere decir que el grado de efectividad de la tutela conseguido gracias a determinados mecanismos procesales pueda ser aplicable sin más en otros ámbitos. El legislador puede dotar de mecanismos especialmente protectores a unos ámbitos jurídicos, pero no a otros. Ahora bien, y esta es la idea que quiero trasladar, con independencia del estado de la legislación procesal, el nivel de protección *iusfundamental* en las distintas vertientes del derecho es similar con independencia del tipo de relación jurídica ante la que nos encontremos. La ineffectividad de la tutela podrá solventarse en unos casos, gracias al legislador, con la correcta aplicación de determinados mecanismos procesales; ahora bien, allí donde no existan tales instrumentos legales, circunstancias conflictivas similares a las que pretenden ser solventadas con aquella regulación, es evidente que podrían tener lugar en otros ámbitos y dar lugar a una vulneración del derecho similar a la que se evita con esas normas. A falta de norma positiva, habrá de ser el juez nacional a quien corresponda tratar de proveer esa plena tutela. Una cosa es que los instrumentos legales para lograr una tutela plena y efectiva difieran según qué ámbitos, y otra que algunos resultados tutelares estén vedados en ciertas controversias motivadas por la naturaleza de las mismas. Acerca de las eventuales facultades del juez nacional en esa dirección es sobre lo que voy a indagar en este estudio.

El TJ ha ido confiando un contenido unitario y exigente al derecho fundamental reconocido en el art. 47 CDFUE, extrapolable a cualquier relación jurídica sujeta a derecho comunitario⁷. Ese contenido configura niveles de protección exigibles al juez nacional, no solo con base en la eficacia directa del art. 47⁸ y de la integración en el derecho fundamental de las exigencias derivadas del art. 19.1.II del Tratado de la UE⁹ (TUE), sino también de la instrumentación de los principios de equivalencia y efectividad para la salvaguarda del derecho fundamental¹⁰.

⁷ Un estudio completo puede consultarse en J. Agudo González (2021).

⁸ SSTJ de 17 de abril de 2018 (C414/16, Egenberger), de 29 de julio de 2019 (C556/17, Torubarov) y de 19 de noviembre de 2019 (C-585/18, 624/18 y 625/18, A. K. y otros).

⁹ Así, la STJ de 19 de noviembre de 2019 (C-585/18, 624/18 y 625/18, A. K. y otros).

¹⁰ Tras la entrada en vigor de la CDFUE, se abre paso una jurisprudencia integradora de las distintas líneas de doctrina que se habían venido configurando por el TJ. Probablemente la primera de esas sentencias sea la STJ de 13 de marzo de 2007 (C-432/05, Unibet). También son más frecuentes las sentencias en las que el TJ acude en exclusiva al art. 47 CDFUE como base jurídica que penetra con similar intensidad que los principios de equivalencia y efectividad en la autonomía procesal de los Estados miembros.

Si algo trascendente se deriva de esa doctrina, es que al juez nacional se le arrojan facultades que su propio derecho le niega. Son muchos los ejemplos en los que el derecho fundamental habilita al juez nacional a interpretar adaptativamente —y creativamente— su norma procesal y aplicar el derecho interno de forma que se garanticen los derechos reconocidos por el derecho de la UE.

Esto no quiere decir que la (in)aplicación de los requisitos o mecanismos procesales constituya de por sí una vulneración del derecho fundamental; estas son cuestiones de estricta legalidad ordinaria¹¹. Ahora bien, no es descartable que la (in)aplicación de esas normas procesales pueda suscitar problemas *iusfundamentales*, cuya corrección pueda reivindicar la aplicación de parámetros de constitucionalidad similares a los que se aplicaría a cualquier otra cuestión que ataña al correcto devenir del proceso. Esto tampoco es una excepción en relación con los mecanismos de cooperación jurídica.

2. El estado de la cuestión en el derecho de la UE, ya lo he anticipado, es contrario a las fórmulas de cooperación judicial administrativa que se sugieren desde mi planteamiento. El Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) dispone en su art. 81 que la «Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales». Esas fórmulas de cooperación se limitan a los asuntos calificados como «civiles». El art. 1 del Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RBI bis), especifica que «se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional»; y puntualiza que: «No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*)».

Esta tajante afirmación no obsta para adentrarse con algo más de rigor en el entendimiento de lo que para el TJ sean los «asuntos civiles» objeto del RBI bis. La literalidad del art. 1 del RBI bis no impide identificar asuntos sujetos al derecho administrativo en el ámbito interno que, sin embargo, pueden ser considerados como materia «civil» en el contexto europeo. Como señalaré más tarde, muchos de esos casos son asuntos en aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Lógicamente, esto no aclara qué sucede con los casos puramente administrativos no calificables como «civiles» en los que directamente no cabe la aplicación del RBI bis. Respecto de estos últimos, también se va a formular una propuesta que intenta ser ajustada tanto al estado de la cuestión en el derecho positivo como a las singularidades de nuestra disciplina.

¹¹ Como señalan en nuestro país las SSTC 285/2000, de 27 de noviembre (FJ 4), 16/2001, de 29 de enero (FJ 4), 71/2001, de 26 de marzo (FJ 3), 58/2002, de 11 de marzo (FJ 2) o 127/2006, de 24 de abril (FJ 2).

2. LA COOPERACIÓN JURÍDICA COMO INSTRUMENTO PARA LOGRAR LA PLENITUD DE LA TUTELA

1. La cooperación jurídica es uno de los instrumentos fundamentales que el TFUE refuerza para la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. La previsión del tratado ha dado lugar a un cuerpo de normas de derecho internacional privado y derecho procesal que se interrelacionan con los sistemas jurídicos domésticos, con el fin de establecer unas reglas procesales mínimas comunes para toda la UE¹². Los avances más notables se han plasmado en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales al que aluden los arts. 67.4 y 81.1 TFUE.

La trascendencia de la implantación del reconocimiento mutuo en el marco de la cooperación jurisdiccional es un paso fundamental para lograr efectividad plena de la tutela judicial en contextos transnacionales. Fue una novedad que, en comparación con el art. 65 del Tratado de la Comunidad Europea, el art. 81.2.e) TFUE dispusiera que la regulación de esta cuestión estuviera orientada a «garantizar: [...] una tutela judicial efectiva». Asimismo, el art. 67.4 TFUE establece que «(l)a Unión *facilitará la tutela judicial*, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales [...]». La cooperación judicial, en suma, no es *a priori* una garantía más del derecho fundamental, sino que los procedimientos y trámites que articulan dicha cooperación deben promoverse para garantizar la plenitud y la efectividad de la tutela¹³. Solo así puede entenderse el preámbulo del RBI bis (ap. 38º) cuando afirma que el reglamento respeta los derechos de la CDFUE y, en particular, «el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial garantizado en su artículo 47»¹⁴.

La consecuencia es clara: la omisión, demora injustificada o imposibilidad práctica en la aplicación de los mecanismos de cooperación jurídica puede generar vulneraciones del derecho fundamental. Esta conclusión se acepta con normalidad en el contexto civil-internacional, donde la cooperación es considerada

¹² A. Chicharro Lázaro (2016), «Trascendencia de la cooperación judicial europea en materia civil en el derecho privado de los Estados miembros y sus entes territoriales», *Iura Vasconiae* 13/2016, págs. 291-292.

¹³ En este sentido, P. Blanco-Morales y A. Durán Ayago (2005), «Luces y sombras del título ejecutivo europeo sobre créditos no impugnados», en A. L. Calvo y S. Areal (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid: Colex, págs. 42-43, quienes se pronuncian sobre el precepto que, con una redacción similar, se incluía en el Proyecto de Constitución Europea.

¹⁴ En ese sentido, la STJ de 19 de septiembre de 2018 (C325/18 PPU y C375/18 PPU, Hampshire County Council), en el marco del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

como una garantía de la efectividad de la tutela judicial¹⁵: en la medida en que una resolución judicial deba hacerse valer fuera de las fronteras del país en que se adoptó, además de una tutela judicial efectiva declarativa, es necesario dispensar una «tutela judicial efectiva por reconocimiento» que garantice la continuidad transfronteriza de las resoluciones extranjeras¹⁶.

2. La cooperación judicial no se limita al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, aunque este sea su máximo exponente. Tanto los reglamentos comunitarios como numerosos tratados y acuerdos internacionales en vigor abordan distintos instrumentos de la cooperación judicial internacional: comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, pruebas en el extranjero, excepciones procesales... Por el objeto de este estudio, simplificaré esta cuestión centrándome en el análisis del RBI bis y en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIC).

La LCJIC ha venido a colmar las lagunas existentes en nuestro ordenamiento en esta materia. La LCJIC cumplió, con quince años de retraso, el mandato establecido en la disposición final 20ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv). En lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de sentencias, la ley acaba con la vigencia de los arts. 951 a 958 LECiv de 1881¹⁷ y puede decirse, *grosso modo*, que nos sitúa en un punto medio entre el Reglamento 44/2001 (Reglamento «Bruselas I»), en la medida en que subsiste todavía el procedimiento de exequátur para la ejecución de resoluciones y documentos públicos extranjeros, y el RBI bis, pues también incorpora algunas novedades de este¹⁸.

La LCJIC incorpora otros aspectos de la cooperación jurídica huérfanos o infradotados hasta ese momento. El concepto de cooperación que utiliza la ley es

¹⁵ En este sentido se pronuncian F. J. Garcimartín Alférez (2001), «Sobre el fundamento de la cooperación civil internacional», en S. Álvarez González y J. R. Remacha y Tejada (eds.), *Cooperación jurídica internacional*, Madrid: Colección Escuela Diplomática 5, págs. 65-66; P. Blanco-Morales y A. Durán Ayago (2005: 42-43), M. Guzmán Zapater (2010), «Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?», *Diario La Ley* 7479, Sección Doctrina, Año XXXI; H. Aguilar Grieder (2010), «La cooperación judicial internacional en materia civil en el tratado de Lisboa», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(1), págs. 325-326; I. Heredia Cervantes y E. Rodríguez Pineau (2013), «Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Rv. Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 28, págs. 94-95, o A. Chicharro Lázaro (2016: 301), por citar algunos ejemplos.

¹⁶ I. Heredia Cervantes y E. Rodríguez Pineau (2013: 95).

¹⁷ La vigente LECiv derogó la anterior aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con la excepción, entre otras normas, de los arts. 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales extranjeros, que quedaron en vigor hasta la entrada en vigor de la LCJIC.

¹⁸ F. Gascón Inchausti (2015), «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7(2), pág. 159.

muy amplio, pues permite «incluir materias que, como la litispendencia y la conexidad internacionales, el reconocimiento y ejecución de sentencias o la información y prueba del Derecho extranjero, en sentido estricto, son ajenas al concepto indicado y que tradicionalmente se han regulado en otros cuerpos normativos» (ap. III, exposición de motivos de la LCJIC —en adelante, EM-LCJIC—). Lo más destacable es que todos esos aspectos de la cooperación también están orientados a salvaguardar la plena efectividad de la tutela judicial. La incorporación misma en la LCJIC de la obligación general de cooperación que emana del derecho internacional, incluso en ausencia de reciprocidad, es ya de por sí un paso adelante con gran incidencia en ese ánimo de lograr la optimización de la tutela.

La conexión de ese deber de cooperación con la tutela plena y efectiva se plasma en la EM-LCJIC (ap. II), donde se destaca lo siguiente: «Se priman así los intereses de la ciudadanía en ver asegurados y protegidos sus derechos, incluido el derecho a la tutela judicial efectiva»¹⁹. Consideraciones que luego se trasladan, bajo el epígrafe del art. 3 —«Principio general favorable de cooperación»—, al apdo. 3º de ese artículo: «En la interpretación y aplicación de la presente ley *se procurará asegurar una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares*».

3. A pesar de algunas opiniones vertidas desde la disciplina del derecho internacional privado, los textos transcritos no codifican las exigencias *iusfundamentales* que se pueden derivar de la CDFUE o de nuestra Constitución. Los instrumentos de cooperación son facilitadores de la tutela y, por ello, la (in)aplicación de estos mecanismos no implica necesariamente una vulneración del derecho a la tutela. Esto es una obviedad. Lo mismo se deduce de la jurisprudencia constitucional.

El TC se ha pronunciado en bastantes ocasiones afirmando que, en determinadas circunstancias, la articulación de la cooperación judicial tiene relevancia constitucional²⁰. Esto significa que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se proyecta también sobre la dimensión internacional de la cooperación judicial²¹.

La STC 199/1994 (FJ 3) alude al «principio de cooperación» para referirse al reconocimiento en España de una resolución judicial dictada en otro Estado²².

¹⁹ También el ap. III de la EM-LCJIC afirma que el régimen de cooperación jurídica internacional debe diseñarse como un medio efectivo para facilitar la tarea de administrar justicia, «permitiéndose así la efectividad en el plano internacional de la tutela judicial efectiva».

²⁰ El TC ha abordado esa perspectiva con total naturalidad: SSTC 99/1985, 43/1986, 54/1989, 132/1991, 199/1994, 10/2000, 61/2000, 91/2000, 155/2001, 208/2001, 33/2002, 172/2004, 181/2004, 150/2016, 151/2016, 6/2017 y 50/2017, entre otras, en el ámbito penal, social y civil.

²¹ Así lo interpreta F. J. Garcimartín Alférez (2001: 61 y ss.).

²² No son muchas las sentencias que mencionan expresamente este principio. En el ámbito civil, las SSTC 150/2016, 151/2016, 6/2017 y 50/2017, y en el penal, las SSTC 50/2019 y 132/2020.

La sentencia pone de manifiesto que la articulación de dicha cooperación es una cuestión de legalidad ordinaria²³. Ahora bien, la doctrina constitucional no excluye, como es lógico, la posibilidad de que la instrumentación de la cooperación pueda generar una lesión del derecho fundamental. Esto mismo ha sido reconocido en relación con varios ámbitos de la cooperación jurídica²⁴. El TC se centra en el modo en que se ha desarrollado —o se ha omitido— la cooperación, alcanzando conclusiones de relevancia constitucional con base en parámetros de control similares a los que se emplearían en asuntos domésticos.

3. LA BASE DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA SE ENCUENTRA EN LA CONFIANZA MUTUA QUE FUNDAMENTA LA «FUNGIBILIDAD» DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

1. La intensidad en la colaboración entre autoridades jurisdiccionales depende del grado de confianza existente entre los Estados. El art. 3.2 TUE y el art. 67.1 TFUE proclaman la constitución de un «espacio jurídico europeo» de libertad, seguridad y justicia, dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros. Esta noción de «espacio jurídico europeo» expresa la mutua influencia e interdependencia que los ordenamientos jurídicos (supranacional y nacionales) han ido forjando en el proceso de construcción de la UE. El derecho de la UE ha ido generando una homogeneización importante en los ámbitos de cooperación regulados en los arts. 67 y ss. TFUE. En cualquier caso, ese proceso no hubiera sido posible sino fuera porque todos los sistemas jurídicos nacionales comparten un conjunto común de principios y valores que conforman las tradiciones jurídicas constitucionales comunes de los Estados miembros plasmadas en los principios comunes del art. 2 TUE y en las garantías y derechos de la CDFUE.

²³ En esta dirección, las SSTC 43/1986, 94/1984 y 54/1989. La última sentencia resume la doctrina constitucional: «[...] el examen de los requisitos que derivan del orden público del foro, la homologación del cumplimiento de tales requisitos y la interpretación de las normas que las establecen son cuestiones de legalidad ordinaria en sentido estricto y como tales están atribuidas de forma exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios. El TC no puede ni debe entrar en ellas, salvo en el supuesto de que se vulnere un derecho fundamental susceptible de amparo» (FJ 2).

²⁴ La STC 54/1989 (FJ 4) desarrolla la doctrina constitucional vinculando la salvaguarda del art. 24 CE con el respeto del orden público interno. En esa línea, en relación con la función «homologadora» de las resoluciones judiciales extranjeras, las SSTC 132/1991 (FJ 4) y STC 91/2000 (FJ 6) y los AATC 276/1983, 147/1987 y 795/1988. Esa misma trascendencia constitucional en relación con la prueba del derecho extranjero en la STC 10/2000 (FJ 4). Igualmente, respecto al emplazamiento mediante edictos realizado sin agotar las posibilidades de cooperación, las SSTC 150/2016, 151/2016, 6/2017 o 50/2017.

Las bases compartidas sobre las que se constituye esa noción de espacio jurídico son lo suficientemente sólidas como para advertir que las interconexiones e influencias mutuas contribuyen a consolidar la confianza mutua entre Estados miembros. Esa confianza permite la instauración de un modelo de relación entre Estados que no responde a los parámetros clásicos de las relaciones internacionales bilaterales. El espacio jurídico europeo genera un ámbito de confianza intensa y amplia, que constituye el presupuesto para la instauración del reconocimiento mutuo en todas sus expresiones²⁵.

2. La confianza mutua entre los Estados miembros encuentra su plasmación en el ámbito jurisdiccional en la «fungibilidad» de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE²⁶. La idea que se pretende trasladar es que la plena cooperación entre los órganos jurisdiccionales se garantiza gracias a la confiabilidad en la actuación de los jueces no nacionales —ap. 26º del preámbulo RBI bis²⁷—.

Esa confianza se basa en dos pilares fundamentales. El primero se asienta en la común configuración de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros. Configurados con base en los principios del Estado democrático y de derecho y en el pleno respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales, las Constituciones nacionales otorgan un estatuto de independencia e imparcialidad a todo órgano jurisdiccional, sin perjuicio de su naturaleza judicial o administrativa, sometiendo su jurisdicción a procedimientos con plenas garantías. A partir de este presupuesto, el segundo pilar que sostiene la noción de «fungibilidad» es el principio de «equivalencia de resoluciones». Este principio permite presumir que todo juez o tribunal de cualquier Estado miembro tiene la potestad de dictar resoluciones similares a las que pudiera dictar en un asunto análogo cualquier otro juez o tribunal de la UE. Similitud que no implica coincidencia sustantiva, pues se presume que esas diferencias son irrelevantes en términos de tutela. La consecuencia que la confianza mutua implica, adicionalmente, es una prohibición de injerencia en la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros²⁸.

²⁵ A esto mismo alude el Dictamen del TJUE 2/13, de 18 de diciembre de 2014. Lo mismo cabe decir para el ámbito penal, como afirma la STJ de 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15, *Aranyosi y Căldăraru*).

²⁶ Esta terminología en I. Heredia Cervantes y E. Rodríguez Pineau (2013: 95).

²⁷ La confianza como bases de los principios *favor recognitionis* y *favor executionis* ya en las SSTJ de 14 de diciembre de 2006 (C-283/05, *ASML*), 10 de febrero de 2009 (C-185/07, *Allianz y Generali Assicurazioni Generali*), 28 de abril de 2009 (C-420/07, *Apostolides*) o de 4 de mayo de 2010 (C-533/08), dictadas en relación con el Reglamento «Bruselas I».

²⁸ Un buen ejemplo en la STJ de 19 de septiembre de 2018 (C325/18 y 375/18 PPU, *Hampshire County Council*). Como señala A. Chicharro Lázaro (2016: 307): «La autoridad del Estado miembro de destino no tiene que controlar ni la competencia judicial internacional, ni la norma que se aplicó para dictar la resolución, como tampoco puede otorgarle efectos distintos a los reconocidos en el Estado de origen».

3. También con Estados con los que no exista una integración tan intensa como en la UE se puede afirmar que el art. 24 CE exige procurar una cooperación jurídica que dé plenitud a la efectividad de la tutela. Esta interpretación coadyuva a un entendimiento del derecho fundamental interpretado a partir de las exigencias del art. 10.2 CE, en consonancia con el principio general de cooperación.

Esta obligación se materializa en el estado actual del derecho internacional, incluso, en ausencia de reciprocidad. Recuérdese la maximización de la colaboración que proclama la EM-LCJIC (ap. II), cuando aboga por la cooperación «con independencia de la actitud más o menos colaborativa de determinados Estados». Esta lógica se plasma en el art. 3 LCJIC con la incorporación del principio *favor cooperationis*²⁹ y también se deduce de la LOPJ, según la redacción otorgada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

Lo trascendente es que, a mi juicio, el principio de cooperación internacional presume la «fungibilidad» entre los órganos jurisdiccionales. Piénsese que la LCJIC, en los mismos términos que el RBI bis, fomenta la colaboración incluso con independencia de la naturaleza no judicial del órgano jurisdiccional extranjero (art. 1.2). Además, la ley fomenta la colaboración directa entre órganos jurisdiccionales sin intermediación de las autoridades gubernativas —art. 4 LCJIC y arts. 276 y 278 LOPJ—. Esto permite inducir un escenario de confiabilidad máxima del que se deriva que la colaboración directa es admisible porque se parte de un estado de confianza proclive a la cooperación.

La EM-LCJIC (ap. II) asume esta premisa en términos de máximos: «[...] la ley opta por habilitar a todos los órganos jurisdiccionales españoles para comunicarse sin intermediación con órganos jurisdiccionales de otros Estados dentro de los límites marcados por el respeto a los ordenamientos jurídicos de ambos Estados y a la independencia judicial». Esto mismo se reitera luego en el art. 4 LCJIC, según el cual la cooperación en ningún caso debe afectar ni al estatuto de los órganos jurisdiccionales, matizando su independencia e imparcialidad, ni a las garantías procesales.

Esto último, sin embargo, no se puede presumir *a priori* respecto de cualquier otra autoridad judicial no nacional. Hay, sin embargo, un indicio que permite entender que ésta ha sido la pretensión del legislador. Aunque la reciprocidad no sea un requisito para la cooperación internacional, el orden público interno sí que opera como un condicionante de la plenitud y efectividad de esa cooperación —art. 278.1º LOPJ y arts. 14.1.a) o 46.1.a) LCJIC—. El orden público interno exige respetar, como así deriva de la doctrina constitucional, las garantías que salvaguarda el art. 24 CE. Esto abunda en admitir que, para que

²⁹ Lógicamente, la formulación de este principio general no exime de establecer límites a la cooperación. Así, tanto la ausencia reiterada de colaboración como la existencia de una prohibición legal pueden dar lugar a la denegación de la cooperación jurídica internacional (art. 3.2 LCJIC).

no concurren los impedimentos legales a la cooperación jurídica, se presume que todo órgano jurisdiccional extranjero satisface en su estatuto las reglas básicas de independencia e imparcialidad, así como que el procedimiento seguido ante él salvaguarda las garantías fundamentales de las partes. En fin, el principio general de cooperación internacional presume la «fungibilidad» de los órganos jurisdiccionales.

4. ¿CABE LA EXTRAPOLACIÓN DE LAS CONCLUSIONES PRECEDENTES A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA?

4.1. La «fungibilidad» de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos

1. En el ámbito jurídico-administrativo no se puede hablar de «fungibilidad» en los mismos términos antes descritos. El derecho administrativo, concebido tradicionalmente como el derecho estatutario del Estado que ordena el ejercicio del poder público, no ha sido concebido como un derecho «intercambiable» con el de otros Estados. Esta consecuencia se deriva del principio de territorialidad y de exclusividad del derecho estatal. La universalidad normativa del Estado le habilita a abordar materialmente cualquier cuestión, haciendo innecesaria la remisión a, y la aplicación de, cualquier otro derecho estatal. Esto explica que la Administración nacional solo quede sometida al derecho interno y que no aplique el derecho de otros Estados. Esto implica, consecuentemente, que la validez y la vigencia del derecho administrativo y de los actos dictados en su aplicación queden condicionados por las reglas establecidas en el sistema de fuentes estrictamente interno³⁰.

Lo indicado es determinante de quién ejerce el control de validez de la actuación administrativa. La inmunidad de jurisdicción de los Estados es un principio general del derecho internacional basado en el aforismo *par in parem non habet imperium*. Según este principio, un Estado no puede ser sometido a la jurisdicción de otro. Esto se traduce en que el control de la actuación administrativa sometida al derecho interno corresponde solo a los jueces y tribunales nacionales. La división horizontal de las jurisdicciones nacionales en el control de legalidad que estructura el sistema de justicia administrativa en el seno de la UE es una consecuencia de ese principio³¹.

³⁰ Sobre estos aspectos, consúltese J. Agudo González (2019).

³¹ La consecuencia adicional ha sido, de conformidad con los principios tradicionales del derecho internacional, que las decisiones públicas extranjeras que resuelven cuestiones de derecho público no puedan producir efectos jurídicos en otros países. Como aclaran A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (2012: 502), reconocer o ejecutar decisiones extranjeras en materia de derecho público se ha entendido tradicionalmente como el ejercicio del poder soberano de un Estado sobre el territorio de otro.

2. La «fungibilidad» en el ámbito administrativo no se matiza ni por el estatuto de los órganos jurisdiccionales ni por las garantías en el proceso. El problema de la «fungibilidad» surge por la idiosincrasia del derecho administrativo y de la justicia administrativa. Esa «fungibilidad» ha sido tradicionalmente inasumible: la aplicación de la norma interna implicando un juicio de validez, aun en aplicación del derecho comunitario, no podría ser realizada por los jueces y tribunales de otro Estado de la UE³².

El art. 24 LOPJ, y por extensión los arts. 1 y 2 LJCA, clarifican este aspecto al delimitar el ámbito subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa. A diferencia de los arts. 22 y 23 LOPJ, para los órdenes civil y penal, la función jurisdiccional del orden contencioso-administrativo queda delimitada por relación a las Administraciones españolas sin referencia a elementos extranjeros — más allá de cuestiones de extranjería—. Estos presupuestos encajan bien con el art. 1 RBI bis al definir su ámbito objetivo.

4.2. *El eventual recurso a mecanismos de cooperación en controversias con dimensión transnacional y sujetas al derecho administrativo*

1. La ejecución transnacional del derecho comunitario, con la aplicación de dos ordenamientos internos y la intervención de varias autoridades nacionales competentes, pone de manifiesto una asimetría evidente entre el modo en que ha evolucionado la ejecución del derecho comunitario y el estado del sistema de justicia administrativa en la UE. Es evidente el vacío que existe en el ordenamiento comunitario más allá de las soluciones casuísticas que se pueden deducir de la jurisprudencia del TJ.

Estas circunstancias complejizan el modo de dar plena efectividad al derecho reconocido en el art. 47 CDFUE. Por un lado, la división jurisdiccional horizontal podría llevar a quien pretendiera una tutela plena a acudir ante los jueces y tribunales de dos Estados miembros distintos. El perjudicado estaría abocado a seguir varios procesos con base en dos ordenamientos, en dos idiomas... Parecería lógico pensar que las limitaciones que genera la división jurisdiccional podría tener como resultado una tutela fragmentada y, en bastantes casos, difícilmente plena³³. Por esta razón es por la que planteo

³² Esta afirmación descansa sobre una visión tradicional de los límites de la jurisdicción de los Estados miembros que tiene que matizarse a la vista de sus quebras en el marco de la aplicación del derecho de la UE. No en vano, no se puede dejar de mencionar que, en los últimos años, el TJ ha exigido a los tribunales de un Estado miembro que, en determinadas materias, controlen actos dictados por Administraciones de otro Estado. He analizado estas cuestiones en J. Agudo González (2021: 362 y ss.).

³³ Sobre esta problemática N. Bassi (2008: 44), P. Clarizia (2010: 122), J. Hofmann (2011: 446) o M. Ruffert (2011), «European Composite Administration: The Transnational Ad-

el recurso a mecanismos de cooperación jurídica. Estos instrumentos podrían servir para entablar una cierta «equiparación» entre la estructura y efectos de las relaciones jurídicas transnacionales y una tutela judicial con trascendencia igualmente transnacional.

2. La protección derivada del art. 47 CDFUE no ha quedado codificada en el RBI bis. Esto es una perogrullada. El RBI bis facilita el cumplimiento de las exigencias de protección de distintas vertientes del derecho fundamental. El problema es de qué modo puede garantizarse ese mismo cumplimiento de las exigencias *iusfundamentales* cuando no se aplique el RBI bis, a pesar de que la situación contenciosa sea similar, pero sujeta al derecho administrativo. Si la inexistencia o inadecuación de los mecanismos jurídicos existentes no evitaran la indefensión, la obtención de una sentencia fundada en derecho, etc., entonces, cabría plantear si las facultades que el art. 47 CDFUE otorga a los jueces nacionales podrían ser de tal envergadura como para arrogarles la facultad de cooperar con otros jueces administrativos de otros Estados miembros. No se trata de aplicar *contra legem* el RBI bis; se trata de analizar si el juez nacional puede aplicar adaptativamente sus normas procesales con el fin de aplicar mecanismos procesales parecidos, siempre que ello contribuya a evitar la vulneración del derecho fundamental.

Claro está que otra respuesta podría ser admitir que la tutela judicial en las relaciones jurídico-privadas tiene un contenido más exigente que en las relaciones jurídicas administrativas. Para hacer esta afirmación, habría que aceptar también que esto es irrelevante en el plano *iusfundamental* y que las normas procesales administrativas son adecuadas para evitar eventuales violaciones similares del derecho fundamental. Asimismo, habría que valorar la trascendencia de una eventual tendencia artificial a la «*iusprivatización*» de las controversias, como alternativa para garantizar la plenitud de la justicia en el seno de conflictos surgidos en relaciones transnacionales complejas. En fin, bajo mi punto de vista, no se puede dejar de plantear la posible trascendencia *iusfundamental* que podría tener la imposibilidad de recurrir a la cooperación jurídica en el ámbito de la justicia administrativa.

ministrative Act», en O. Jansern y B. Schöndorf-Haubold, *The European Composite Administration*, Cambridge: Intersentia, pág. 298. R. Bocanegra Sierra y J. García Luengo (2008: 22-23) aluden a esta cuestión señalando que «si el acto se pudiese enjuiciar desde cada ordenamiento nacional y por los órganos de cada Estado, el sentido mismo de la eficacia transnacional (evitar la multiplicación de procedimientos y las resoluciones contradictorias) podría quedar completamente diluido con la afirmación de la eficacia del acto en unos sistemas jurídicos y su ineficacia en otros».

III. INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN JURÍDICA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN CUESTIONES ADMINISTRATIVAS, PERO «CIVILES» SEGÚN EL RBI BIS

1. BASES PROPOSITIVAS PARA UNA EVENTUAL FUNDAMENTACIÓN DE LA APERTURA HORIZONTAL DEL PROCESO

1.1. Sobre el concepto de órgano jurisdiccional

1. El primer presupuesto de la cooperación jurídica en los ámbitos civil y mercantil es la asunción de un concepto amplio de «órgano jurisdiccional». El art. 1 RBI bis establece que el Reglamento «se aplicará en materia civil y mercantil *con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional*». Esto mismo es acogido en el art. 1.2 LCJIC. La naturaleza estrictamente judicial del órgano jurisdiccional no parece, por tanto, la clave.

2. En el ámbito administrativo, ha sido tradicional el dualismo entre jurisdicción retenida o delegada que ha dado lugar a la pervivencia de órganos de naturaleza administrativa que ejercen funciones típicamente jurisdiccionales. En el derecho de la UE se ha venido admitiendo esto mismo desde hace tiempo. Múltiples normas imponen como obligación a los Estados miembros la creación de mecanismos de control para lograr una efectiva tutela de los derechos reconocidos en tales normas. La fórmula empleada es variable. Junto con normas que imponen un recurso ante un órgano judicial, otras flexibilizan esa exigencia admitiendo un recurso con la misma finalidad, pero utilizando fórmulas vagas que amplían el concepto de órgano jurisdiccional a órganos no integrados en el poder judicial³⁴.

Haciendo un parangón con el concepto de «órgano jurisdiccional» manejado por el TJ a efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales³⁵, se puede observar que tanto el derecho de la UE como el propio Tribunal asumen un concepto amplio que, como dispone el RBI bis, podría ser entendido «con indepen-

³⁴ Por ejemplo, según el art. 10.6 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, en los supuestos en que se prevea la imposición de la carga de obtener una autorización previa para legitimar la prestación de un servicio, «toda decisión de las autoridades competentes, así como la denegación o la retirada de la autorización, deberán ser motivadas y deberán poder ser impugnadas mediante *un recurso judicial u otras instancias de apelación*».

³⁵ Por todas, la STJ de 19 de diciembre de 2012 (C-363/11, *Epitropos tou Elegktikou Syndriou*) precisa que, «según criterios estructurantes y funcionales», el concepto no excluye que «un organismo nacional pued(a) tener la consideración de “órgano jurisdiccional”, a efectos de dicho artículo, si ejerce funciones jurisdiccionales, aun cuando en el ejercicio de otras funciones, en particular de carácter administrativo, no pueda reconocérsele tal calificación».

dencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional»³⁶. La STJ de 19 de septiembre de 2006 (C- 506/04, *Wilson*)³⁷ vincula la garantía de la tutela jurisdiccional de los derechos establecidos por el derecho comunitario con el órgano al que se encomienda la resolución de los recursos, señalando que «debe responder al concepto de órgano jurisdiccional definido por el Derecho comunitario». La sentencia entra, a continuación, a recordar cuál es ese concepto en el marco de la cuestión de prejudicial, así como a concretar qué debe entenderse por independencia e imparcialidad, sin hacer equiparación del concepto de «órgano jurisdiccional» con el de «órgano judicial».

En definitiva, el derecho de la UE y el TJ reconocen como órganos jurisdiccionales a aquellos con un estatuto jurídico característico, y esto, como establece también el RBI bis, con independencia de su naturaleza judicial. Parece innecesario afirmar que los órganos de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa cumplen esos requisitos. De aquí, lógicamente, todavía no se puede obtener ninguna conclusión adicional. Lo dicho debe interpretarse conjuntamente con las reflexiones que se van a hacer en los epígrafes siguientes.

1.2. *Ámbito de la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales que conocen de las controversias de naturaleza jurídico-administrativa*

1. El carácter autónomo del concepto «materia civil y mercantil» fue ratificado por el TJ bajo la vigencia del Reglamento «Bruselas I»³⁸. La STJ de 7 de mayo de 2020 (C-641/18, *LG y otros*) afirma que, con miras a asegurar la igualdad y la uniformidad de los derechos y obligaciones que resultan del Reglamento «Bruselas I», «no cabe interpretar el concepto de «materia civil y mercantil» como una mera remisión al Derecho interno». Y añade, «se trata de un concepto autó-

³⁶ Algo parecido se deriva de la doctrina del TEDH. Al respecto, J. Agudo González (2018), *La función administrativa de control*, Madrid: Civitas, págs. 578 y ss. Acerca de la imbricación entre el CEDH y la CDFUE en este y otros aspectos relacionados con los aquí abordados, véase J. Agudo González (2021), «Justicia civil *versus* justicia administrativa: la cooperación judicial en ámbitos sometidos al Derecho Administrativo», en J. Agudo González (dir.), *Justicia y transnacionalidad. Tutela judicial y mecanismos alternativos de solución de controversias*, Madrid: Iustel (pendiente de publicación).

³⁷ La sentencia se pronuncia sobre el art. 9 de la Directiva 98/5/CE, de 16 de febrero, relativa al ejercicio de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título. El precepto dispone que las decisiones impositivas del ejercicio de la profesión «serán susceptibles de recurso jurisdiccional de Derecho interno».

³⁸ Las SSTJ de 16 de noviembre de 2016 (C417/15, *Schmidt*), 9 de marzo de 2017 (C551/15, *Pula Parking*) o de 15 de noviembre de 2018 (C-308/17, *Hellenische Republik y Leo Kuhn*) han mantenido que al haber sido derogado el Reglamento «Bruselas I» por el RBI bis, la interpretación de las disposiciones del primer Reglamento ha de ser válida para el segundo, cuando las disposiciones de ambos instrumentos puedan calificarse como equivalentes, como así sucede con la alusión a la «materia civil y mercantil».

nomo, que debe ser interpretado refiriéndose, por una parte, a los objetivos y al sistema de dicho Reglamento y, por otra, a los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales»³⁹. Según esa jurisprudencia, y como indica el cdo. 7º del preámbulo del Reglamento «Bruselas I», la voluntad del legislador comunitario ha sido acoger una concepción amplia del concepto⁴⁰.

2. La jurisprudencia del Tribunal ha destacado que, para determinar si una materia entra o no dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, «es preciso examinar los rasgos que caracterizan la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del litigio o el objeto de este». El TJ aclara que «si bien determinados litigios surgidos entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 cuando la acción judicial tenga por objeto actos realizados *iure gestionis*, la situación es distinta cuando la autoridad pública actúa en ejercicio del poder público». Y añade: «la manifestación de prerrogativas de poder público por una de las partes en el litigio, en virtud de su ejercicio de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables a las relaciones entre particulares, excluye tal litigio del concepto de «materia civil y mercantil»». A continuación, el Tribunal concreta el sentido de las actuaciones administrativas calificables como «*iure gestionis*»: «el hecho de que determinadas actividades tengan una finalidad pública no constituye, en sí mismo, un elemento suficiente para calificarlas como actividades desempeñadas *iure imperii*, en la medida en que no correspondan al ejercicio de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares». Y concluye: «Del mismo modo, el hecho de que, en atención a su objetivo, determinados actos se realicen en interés de un Estado no implica, por sí solo, que las operaciones en cuestión en el litigio principal se efectúen en ejercicio del poder público [...], puesto que el criterio pertinente es el recurso a poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares».

3. La conclusión es clara: no toda actuación jurídico-administrativa o con relevancia jurídico-administrativa queda fuera del concepto «materia civil y mercantil» del RBI bis⁴¹. En concreto, no son actos realizados en ejercicio de poder público: 1) los actos realizados por organismos o entidades privadas de certificación, verificación o evaluación de la conformidad realizados como entidades acreditadas por la autoridad nacional en pro de la salvaguarda de los intereses públicos generales, 2) en la medida en que implican el ejercicio de funciones meramente

³⁹ En esa dirección, las SSTJ de 14 de noviembre de 2002 (C-271/00, *Baten*), 11 de junio de 2015 (C226/13, C245/13, C247/13 y C578/13, *Fahnenbrock y otras*) o de 9 de marzo de 2017 (C551/15, *Pula Parking*).

⁴⁰ Así, la STJ de 6 de febrero de 2019 (C535/17, *NK*).

⁴¹ La casuística es importante. Véanse las SSTJ de 21 de abril de 1993 (C-172/91, *Volkart*), 12 de septiembre de 2013 (C-49/12, *Sunico*) o de 15 de noviembre de 2018 (C-308/17, *Hellenische Republik y Leo Kuhn*), entre otras.

auxiliares o preparatorias que no están directa y específicamente relacionadas con el ejercicio de poderes exorbitantes, ya que 3) tales funciones son realizadas sin disponer de capacidad para tomar una decisión de forma autónoma, y 4) son ejercidas plenamente determinadas por el marco normativo y bajo supervisión directa por la autoridad pública competente.

Esta interpretación se coherente bien con las exclusiones del art. 1 RBI bis. Además, como mostraré a continuación, esto es muy relevante en el marco aplicativo de las variantes del reconocimiento mutuo en ejercicio de las libertades comunitarias.

2. LA COOPERACIÓN EN CUESTIONES ADMINISTRATIVAS, PERO «CIVILES» SEGÚN EL RBI BIS

1. Las controversias que analizamos ahora se caracterizan por dos datos: 1) Nos hallamos ahora ante controversias surgidas en el marco de relaciones jurídicas transnacionales sometidas a derecho administrativo. En el plano sustantivo, por tanto, no cabría hablar del planteamiento de una cuestión prejudicial (art. 4.1 LJCA), pues las pretensiones ejercidas se someten en todo caso a las normas aplicables por la jurisdicción contencioso-administrativa⁴²; 2) La calificación como «civil» se debe al tipo de relación jurídica entablada y a que, a pesar de someterse a derecho administrativo, no se ejercen potestades *iure imperii*. La aplicación del RBI bis parece la consecuencia fundamental.

Las singularidades de estos supuestos se hacen igualmente patentes tanto en el número de casos como en el tipo de controversias en las que pueden tener lugar. Respecto a la vertiente cuantitativa, porque algunos asuntos que podrían incluirse sin dificultad en este grupo, el legislador ha procedido a residenciar su control en vía civil, en cuyo caso esto matizaría lo recién dicho sobre prejudicialidad. Asumiendo este presupuesto, el número de casos se antoja poco numeroso. Al tratarse de una controversia conocida por el orden contencioso-administrativo, debe existir una actividad impugnada en los términos de los arts. 25 a 30 LJCA. Además, al tratarse de un asunto calificable como «civil», el conflicto no debe tener como objeto una actuación jurídico-administrativa dictada en ejercicio de potestades públicas —*iure imperii*—. Esto último limita de forma importante las opciones de impugnación, al menos, en relación con el recurso directo contra actos y disposiciones.

Este tipo de supuestos se plantearían más bien accesoriamente, como cuestiones directamente vinculadas con el fondo del asunto. Difícilmente pueden constituir el objeto principal de un proceso contencioso-administrativo. Pensemos, pues, en procesos contra actuaciones *iure imperii* en las que se incluyen

⁴² Cualquier consideración al respecto de una eventual cuestión prejudicial podría ir en contra de la jurisprudencia que considera no aplicable en el proceso contencioso-administrativo al art. 43 LECiv, en el que se prevé la denominada «prejudicialidad homogénea».

aspectos conexos vinculados a actuaciones de relevancia administrativa *iure gestionis*, cuya resolución sea clave para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

2. Un ejemplo de este tipo de casos —no excluyo otros— sería aquel en que se reclamara responsabilidad patrimonial de la Administración *in omittendo* o *in vigilando* del deber de supervisión y control de la actividad de entidades privadas de acreditación⁴³ y/o de los organismos de evaluación de la conformidad⁴⁴ que ejercen funciones materialmente administrativas —según el art. 2.e) LJCA y el art. 9.4 LOPJ—. Pienso, por ejemplo, en los supuestos en los que la Administración española tenga la responsabilidad de supervisar la actividad de organismos extranjeros establecidos en territorio español o en otro Estado miembro, en los términos de los arts. 29 y 30 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

El supuesto podría ser el siguiente: 1) Existiría una actuación administrativa impugnada (la desestimación expresa o presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial); 2) Podría haber relaciones jurídicas «civiles» sometidas a derecho administrativo originadas por actuaciones *iure gestionis* que estarían vinculadas con la relación jurídico-administrativa de la que se pretende derivar la reclamación de responsabilidad; y 3) El contencioso-administrativo que se pronunciara sobre la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa podría requerir de mecanismos de cooperación tales como: a) La prueba en el extranjero o la prueba del derecho extranjero para conocer el régimen jurídico de los organismos de evaluación de la conformidad y de las entidades de acreditación de otros Estados miembros; b) La aplicación de la excepción conexidad internacional por la existencia de asuntos pendientes en el extranjero relativos al otorgamiento de la acreditación a los organismos de evaluación de la conformidad o a su actividad de certificación; y/o c) El reconocimiento

⁴³ Pienso, por ejemplo, en ENAC (Entidad Nacional de Acreditación), designada por Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, como organismo nacional de acreditación, bajo la vigencia del Reglamento 765/2008, de 9 de julio, por el que se establece un sistema de acreditación que garantiza la aceptación mutua del grado de competencia de los organismos de evaluación de la conformidad. Las acreditaciones de ENAC de nuevos organismos de evaluación de la conformidad, así como los certificados emitidos por ellos, gozan de eficacia extraterritorial y son susceptibles de reconocimiento mutuo en toda la UE. La actividad de ENAC y la de los organismos de evaluación de la conformidad está sometida al derecho administrativo, aunque sean entidades privadas. De hecho, la actividad de ENAC se somete ordinariamente a la jurisdicción civil. Esto mismo se deduce de la SAN de 20 de junio de 2018 (rec. 51/2017).

⁴⁴ Los organismos de evaluación de la conformidad son entidades privadas acreditadas por las autoridades competentes de los Estados miembros. La función de estos organismos es decidir sobre la conformidad de los productos con efectos en toda la UE. Tanto el acto de la autoridad nacional de acreditación como las decisiones unilaterales de los organismos de evaluación de la conformidad son ejemplos de actos con eficacia transnacional.

de una resolución judicial extranjera relativa a la acreditación del organismo de evaluación de la conformidad o a su actividad de certificación.

3. En cuanto a la articulación de la cooperación jurídica, aquí se plantea un supuesto cuanto menos paradójico. Por un lado, la cuestión se somete a derecho administrativo y sería conocida por un «órgano jurisdiccional» del orden contencioso-administrativo. Por otro, se trataría de un asunto «civil» al que se le aplica preceptivamente el RBI bis. Hablar de la aplicación de cualquier otra norma sería sencillamente incumplir con el derecho comunitario.

La obligación de aplicar el RBI bis por un órgano judicial del orden contencioso-administrativo se muestra problemática, no obstante, en relación con el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Esta competencia se atribuye específicamente a los juzgados de primera instancia y a los juzgados de lo mercantil —art. 52 LCJIC y arts. 85.5 y 86 ter apartado 3º LOPJ—. ¿Un órgano del orden contencioso-administrativo, calificado como un «órgano jurisdiccional» a los efectos de la aplicación del RBI bis, podría recurrir a las facultades que le confiere la eficacia directa del art. 47 CDFUE y los principios de equivalencia y de efectividad, para llevar a cabo una interpretación adaptativa de la legislación procesal interna que le habilite a dar plena efectividad al derecho comunitario por encima de la división entre jurisdicciones competentes?

La doctrina del TJ sobre las facultades del juez nacional para interpretar el derecho interno conforme al derecho de la UE tiene como límite que esa obligación de interpretación conforme no le fuerce a una interpretación *contra legem*⁴⁵. Sin embargo, en el marco de la tutela judicial efectiva, la jurisprudencia del TJ ha ido más allá, y su doctrina está llena de asuntos en los que, fundamentalmente, el principio de efectividad lleva a imponer una labor creativa a los jueces nacionales claramente *contra legem nationalis*, obligándoles a crear cauces jurídicos no regulados en el ordenamiento procesal nacional⁴⁶. No conozco, en cualquier caso, ninguna sentencia que llegue a cuestionar la división jurisdiccional interna y la improrrogabilidad de la jurisdicción. No obstante, no creo que sea necesario llegar a tanto, al menos, para el reconocimiento de sentencias al que voy a limitar mis reflexiones.

4. La última afirmación se comprenderá mejor si se aborda el modo de articulación procesal de la obligación de reconocimiento de sentencias del RBI bis, que podría tener lugar en el contencioso-administrativo.

El preámbulo del RBI bis enfatiza la importancia de dictar «disposiciones mediante las que se unifiquen las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil, y se garanticen un reconocimiento y una ejecución rápidos y simples». El procedimiento de los arts. 36 y ss. RBI bis son una buena muestra de la facilitación del reconocimiento.

La sencillez de estos procedimientos podría verse condicionada por el hecho de que el órgano judicial contencioso-administrativo no ostentase la competencia

⁴⁵ Por todas, la STJ de 27 de marzo de 2019 (C-545/17, *Mariusz Pawlak*).

⁴⁶ Por todos, véase P. M. Quesada López (2019: 121 y 129) y J. Agudo González (2021: 140 y ss).

para ejercer esas facultades directamente, debiendo acudirse añadidamente a los juzgados civiles. A mi juicio, esto no sería preciso, al menos, para el reconocimiento incidental de sentencias. De hecho, la atribución de competencias del art. 52 LCJIC y de los arts. 85.5 y 86 ter apartado 3º LOPJ debe matizarse a la vista de la disposición final 25ª LECiv, incorporada por la disposición final 2ª LCJIC, relativa a las medidas para facilitar la aplicación del RBI bis. El apdo. 1º.2ª de la disposición regula la competencia para el reconocimiento incidental de resoluciones. La disposición no otorga la competencia a los juzgados de primera instancia, sino que designa como órgano judicial competente a aquel ante el que se invoque el reconocimiento. Sin embargo, cuando el proceso tiene como objeto principal el reconocimiento, entonces sí, los apdos. 1º.5ª y 6ª atribuyen la competencia a los juzgados de primera instancia. Por tanto, si el reconocimiento propugnado es incidental y con efectos *inter partes*, la competencia correspondería al órgano judicial que conozca del proceso principal.

Una solución similar creo que podría argumentarse incluso si no se admitiera esta interpretación de la disposición final 25ª LECiv. Si la competencia correspondiera a los juzgados del orden civil, entonces, en este aspecto concreto, nos encontraríamos ante una cuestión «*no perteneciente al orden administrativo*» (art. 4.1 LJCA); por tanto, cabría formular como solución que, prejudicial/incidentalmente, el órgano contencioso-administrativo, con puros efectos *inter partes*, reconociera la resolución extranjera. *Ad abundantiam*, lo que se sugiere es algo parecido a lo previsto en el art. 44.2 LCJIC, en el que se regula el «reconocimiento incidental». La EM-LCJIC (ap. VIII), al referirse a este artículo, enfatiza que el reconocimiento no requiere encajar «un exequátur dentro de un proceso abierto». Si esto es así para los asuntos en los que se aplica la LCJIC, cuanto más para los asuntos «civiles» sometidos al RBI bis.

En conclusión, una interpretación integradora podría ser la siguiente: el órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo, en asuntos «civiles» sujetos al RBI bis, podría reconocer incidentalmente una resolución extranjera con efectos exclusivamente *inter partes* —y sin exequátur—.

IV. INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN JURÍDICA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ASUNTOS SOMETIDOS ÍNTEGRAMENTE AL DERECHO ADMINISTRATIVO NO «CIVILES»

1. SOBRE LA NORMA APLICABLE

1. Analizamos ahora los asuntos no calificables como «civiles» y, por ello, en los que no se aplica el RBI bis. En estos casos la justificación de la aplicación de los mecanismos de cooperación se presenta más compleja, pues ni hay un soporte

que así lo habilite en el derecho de la UE, ni tampoco en el derecho interno. Esta última precisión, sin embargo, merece alguna reflexión adicional.

Tras la derogación de los arts. 951 a 958 LECiv de 1881 por la LCJIC, las únicas normas vigentes en materia de cooperación jurídica son las establecidas en la LOPJ y, en algunos aspectos vinculados con esa materia, todavía en la LECiv —por ejemplo, arts. 177, 281.2, 323 o 523—, aparte de la LCJIC. Por otro lado, bien sabido es que de conformidad con la disposición final 1ª LJCA, «(e)n lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil». En la misma dirección el art. 4 LECiv.

Partiendo de estas disposiciones podríamos plantear una primera interpretación estricta en torno a la cuestión de la norma aplicable. Se trataría de entender que los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo tan solo podrían acudir a las reglas generales aún vigentes en la LECiv. Aparte de esos preceptos, cabría igualmente acudir a las normas que regulan la organización y funcionamiento de los órganos judiciales, en virtud del principio de unidad de jurisdicción (art. 117.5 CE). La consideración de este principio nos remitiría a la regulación general de los arts. 276 a 278 LOPJ⁴⁷. Esta interpretación, a mi juicio, es la menos problemática.

2. Podría pensarse, sin embargo, en otra interpretación. Cabría plantear si la remisión a la LECiv que hace la LJCA debe entenderse sin más y de forma exclusiva a esa norma legal, máxime si consideramos que los preceptos sobre cooperación jurídica han sido derogados y sustituidos por la LCJIC. Este supuesto «conflicto de leyes en el tiempo» podría solventarse entendiendo que la norma que deroga a la LECiv, y que por este motivo la sustituye, ha de ser considerada como la norma aplicable supletoriamente. De hecho, como luego mostraré, no faltan sentencias que así lo hayan entendido.

Junto a este argumento, también se podría utilizar otro vinculado con el criterio exegético que impone una interpretación normativa de acuerdo con la realidad social a la que se aplica el derecho (art. 3.1 del Código Civil). La EM-LCJIC (ap. VIII) pone de manifiesto que la LECiv es una norma obsoleta en los aspectos que regula la nueva ley y, por ello, manifiesta la necesidad de dotar a nuestro ordenamiento de una norma moderna y adaptada a las necesidades actuales. De algún modo cabría interpretar que la remisión supletoria a la LCJIC sería la única forma de conseguir articular la cooperación jurídica con base en una norma técnicamente solvente.

Un argumento adicional a favor de esa interpretación se sustentaría en la aplicación de la LOPJ. El art. 276 LOPJ regula la cooperación jurisdiccional por los órganos judiciales españoles. A diferencia de la redacción original, más

⁴⁷ De esta opinión S. Rosado Pacheco (1993), «Los efectos jurídicos y prácticos de las resoluciones jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 11, pág. 68.

apegada a los modelos clásicos de cooperación⁴⁸, la redacción vigente se limita a incorporar una remisión general a la normativa aplicable por razón de la materia. Por otro lado, el art. 277 LOPJ se remite para concretar las reglas de cooperación a «*lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte y las leyes españolas sobre esta materia*». El matiz que diferencia la redacción vigente del art. 277 con la derogada en 2015 es el inciso final (en cursiva). Mientras que ahora hay una remisión a las normas legales internas —la modificación de la LOPJ se produjo días antes de la aprobación de la LCJIC—, la redacción derogada establecía el recurso a la reciprocidad en defecto de norma aplicable. El avance es importante, pues se constata un principio favorable a la cooperación internacional con una remisión que solo puede entenderse hecha a la LCJIC.

3. La conclusión anticipada debe ser, no obstante, cohonestada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en relación con la supletoriedad de la LECiv. En un número importante de sentencias el Tribunal Supremo ha venido a matizar esa aplicación supletoria. El argumento que se destila en esos pronunciamientos es el de la singularidad de la justicia administrativa. Aquí se observan dos técnicas. Con la primera, el Tribunal recurre a la noción de complitud ordenadora de la LJCA, de modo que no cabe la aplicación supletoria de la LECiv, en el entendido de que la LJCA ya habría incorporado una regulación propia, completa y adaptada al orden contencioso-administrativo⁴⁹. Esto es aplicable, aunque la regulación de la LJCA pudiera considerarse incompleta, es decir, pudiera juzgarse que existe una «laguna parcial» en determinados aspectos. Me refiero a los llamados «silencios de exclusión», que responden a la incuestionable voluntad del legislador de regular una cuestión procesal determinada de una forma diferente y coherente con aquella singularidad característica⁵⁰.

Diferente es el caso en que, como el que aquí nos interesa, exista una laguna total sobre un aspecto del que se podría deducir un eventual «silencio de remisión» a la LECiv. Recientemente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la integración de lagunas en el derecho administrativo con un juicio que parece extrapolable también al ámbito estrictamente procesal. El criterio del Tribunal es que las lagunas del sistema jurídico-administrativo deben componerse mediante autointegración, esto es, recurriendo a los principios y reglas deducibles del

⁴⁸ El precepto seguía recurriendo a las autoridades gubernativas para remitir la solicitud de cooperación que eran luego transmitidas vía diplomática o consular.

⁴⁹ El argumento es siempre el mismo. Por ejemplo, la STS de 17 de marzo de 2015 (rec. 25111/2012) aplica ese criterio a la ejecución de Sentencias: «Como se declara en la sentencia de 12 de mayo de 2009 (recurso de casación 5101/2007) “teniendo como tiene la Ley de la Jurisdicción preceptos dedicados a la ejecución de las sentencias... no es posible acudir a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que al ser de aplicación supletoria solo puede tener vigencia cuando no existan normas ni trámites al respecto”».

⁵⁰ Este mismo criterio también en la jurisprudencia constitucional: STC 277/2000 (FJ 4).

propio orden jurídico-administrativo⁵¹. Para esta labor debe estarse tanto a las reglas y principios expresamente establecidos como a los criterios intencionadamente omitidos. En este segundo caso, cabría recurrir al argumento según el cual «cuando el legislador lo ha querido, sí que ha previsto la remisión a otro cuerpo legal»; así se podría deducir que, cuando no lo ha hecho, se debe entender que se trata de un silencio que excluye dicha remisión⁵².

4. Entre los principios clásicos del derecho administrativo y de la justicia administrativa se encuentra el de la exclusividad del control de legalidad de las Administraciones nacionales. A diferencia del derecho civil y del proceso civil, el derecho administrativo no ha asumido como premisa fundacional que los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo pudieran intervenir en la resolución de conflictos en el seno de relaciones jurídicas con componentes internacionales. En fin, la LJCA, al no regular la cooperación jurídica, ni al remitirse a la legislación procesal civil, acogería un silencio excluyente de la aplicación de esa normativa procesal.

Lo que debemos preguntarnos, sin embargo, es si esa conclusión se ajusta a la realidad jurídica actual. El entendimiento del art. 106 CE debe adaptarse en virtud de una percepción sistemática con base en los arts. 10.2 y 93 CE. El art. 106 CE no padece, sino al contrario, exige el control de las Administraciones nacionales en relaciones jurídicas con elementos transnacionales. Cualquier otra interpretación supondría eximir o condicionar el control judicial de esas actuaciones administrativas. Es un mandato que conecta el art. 106 con el art. 24 CE y que, por ello, es irrenunciable. Es más, como ya he apuntado, la configuración fragmentada de las jurisdicciones está siendo matizada en algunas materias en las que el derecho de la UE, con el soporte interpretativo del TJ, viene imponiendo que los órganos jurisdiccionales de un Estado puedan pronunciarse sobre la actuación de las autoridades de otro Estado miembro. Y todavía más, aun fuera de esos casos concretos, estando en juego la tutela de los derechos y libertades comunitarias, podría argumentarse que también la CDFUE exigiría esa misma conclusión cuando de la aplicación del derecho de la UE se trata (art. 51.1 en relación con el art. 47). A mi juicio, la aplicación y efectividad del derecho común a los Estados miembros legitimaría superar la rigidez tradicional en contra de la cooperación jurídica judicial en materias sometidas al derecho público.

Es importante, no obstante, recordar un matiz. Mi planteamiento no trata tanto de normalizar la cooperación jurídica en un ámbito en el que el legislador no la prevé, como de habilitarla para aquellos casos especialmente difíciles en los que la cooperación jurídica pudiera ser la solución para evitar una vulneración del

⁵¹ Así, en las SSTs de 9 de marzo de 2012 (rec. 3088/2008) o de 22 de enero de 2020 (rec. 1159/2015).

⁵² Sería la diferencia entre la nula alusión a la cooperación jurídica, frente al art. 60.4 LJCA, cuando dispone que la prueba se desarrollará «con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil».

derecho fundamental reconocido en el art. 47 CDFUE. Creo que este matiz es clave. Esto nos remite, nuevamente, a las facultades que el derecho comunitario confiere a los jueces nacionales para dotar de plena efectividad a los derechos reconocidos por el ordenamiento de la UE.

5. El conflicto a resolver se plantea en términos bastante complejos. En primer lugar, no puede ser considerado como intrascendente que las normas procesales que regulan la cooperación jurídica hayan proclamado su inaplicación al ámbito administrativo. Tampoco los principios estructurantes del derecho administrativo contribuyen precisamente a una interpretación distinta. Sin embargo, debemos considerar, por otro lado, la realidad jurídica que nos impone el derecho de la UE. Asimismo, hay que admitir que pueden existir casos con «relevancia constitucional», en los que la tutela efectiva de los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario pudiera exigir del juez nacional acudir a mecanismos de cooperación.

A mi juicio, una solución como la sugerida solo podría admitirse en los siguientes supuestos: 1) Que no existan otros mecanismos procesales equivalentes a los de cooperación judicial, que permitieran una tutela plena del derecho; 2) Que de no recurrir a mecanismos de cooperación judicial se produjera una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; 3) En tales circunstancias, el juez nacional podría recurrir a las normas internas que regulan esos aspectos, haciendo valer las facultades que le atribuye el derecho comunitario; y 4) Que la aplicación de esos instrumentos de cooperación no podrá violentar un elemento determinante que se deriva del principio de exclusividad del derecho estatal: sin una norma de la UE que así lo habilite, un órgano contencioso-administrativo no podrá revisar la legalidad foránea, ni dejar de aplicar la normativa interna —así como la comunitaria— que sea aplicable.

2. MECANISMOS PARA ARTICULAR LA COOPERACIÓN JURÍDICA EN EL MARCO DE CONTROVERSIAS SURGIDAS EN RELACIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS TRANSNACIONALES

2.1. *La prueba en el extranjero y la prueba del derecho extranjero*

1. Un primer tipo de procedimientos de auxilio judicial entre Estados de la UE en relación con controversias surgidas en el seno de relaciones jurídico-administrativas podría tener por objeto la obtención de pruebas en el extranjero. Más allá de los mecanismos administrativos que algunas normas de derecho comunitario derivado prevén para la transmisión de información en expedientes de reconocimiento mutuo, tanto en defecto de los mismos como en caso de que funcionen infructuosamente, podría pensarse que un juez o tribunal español pudiera solicitar una diligencia probatoria de la autoridad competente del país requerido la ejecución.

El art. 60.4 LJCA dispone que «(l)a prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil». Esto, en buena lógica, no excluye la prueba en el extranjero, sino que la presume de ser necesaria. Su práctica debe realizarse, conforme a los arts. 276 y ss. LOPJ, de acuerdo con el contenido y los términos de los arts. 29 a 32 LCJIC, relativos a «la práctica y obtención de pruebas en el extranjero para que surtan efecto en un procedimiento judicial en España».

La prueba con elementos de extranjería también tiene otra vertiente, como es la de otorgar efectos probatorios a documentos extranjeros. El art. 323 LECiv establece lo que se entiende por «documentos públicos extranjeros» a los que se les concede la fuerza probatoria prevista en el art. 319. A modo de parangón, téngase en cuenta que el art. 317.1º LECiv considera como «documentos públicos» a «las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie». Esto es relevante por lo que más tarde se expondrá en relación con el reconocimiento de resoluciones judiciales.

2. Distinta es la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero. Esta cuestión puede ser importante en las relaciones jurídicas transnacionales. Este aspecto, además, no solo tiene una vertiente probatoria; aparte constituye un mecanismo muy útil para determinar la norma aplicable en procesos con elementos de transnacionalidad. Esto último, como veremos, tiene un recorrido limitado en el contencioso-administrativo.

El art. 33 LCJIC remite a la LECiv a los efectos de la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero. Aquí se aplicaría el art. 281.2 LECiv. El precepto dispone que «(e)l Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». No creo que este tipo de prueba pueda tener ningún inconveniente de aplicación en el contencioso-administrativo. De hecho, se hace con alguna asiduidad⁵³.

La jurisprudencia ha venido entendiendo que el derecho extranjero es un «hecho» que debe ser probado por la parte que lo alega. La STC 181/2004 (FJ 11) se refiere implícitamente a ello, cuando dice lo que sigue: «Tratándose de Derecho extranjero no rige el principio *iura novit curia*, debiendo ser probado por quien lo alegue, para que sea interpretado y aplicado por los órganos de la jurisdicción ordinaria (SSTC 10/2000, de 17 de enero, FJ 3; 155/2001, de 2 de julio; FFJJ 4 y 5) y, en la medida en que ello sea necesario, por este TC en un procedimiento de amparo con el objeto de analizar la eventual vulneración del derecho fundamental». Sin embargo, como ya he anticipado, la prueba del derecho extranjero puede

⁵³ Así, en las SSTSJ de Madrid de 24 de junio de 2019 (rec. 461/2018), 29 de julio de 2019 (rec. 1329/2018), 30 de septiembre de 2019 (rec. 1399/2018) o de 3 de diciembre de 2019 (rec. 187/2019); la STSJ de Andalucía, sede de Granada, de 23 de mayo de 2019 (rec. 399/2018). Igualmente, la SSAN de 7 de febrero de 2019 (rec. 437/2015), de 2 de octubre de 2019 (rec. 195/2017).

tener una relevancia diferente y distinta. En algunos casos, esa prueba es determinante de la norma aplicable de acuerdo con el art. 33.3 LCJIC⁵⁴. Esto mismo se constata en el art. 281.2 LECiv, el cual, sin perjuicio de reiterar la clásica dependencia del principio de aportación de parte, otorga al órgano jurisdiccional las facultades necesarias para garantizar la aplicación del derecho extranjero.

En las SSTC 33/2002 (FJ 6) y 10/2000 (FFJJ 3 y 4) se pone de relieve ese mismo extremo. Las sentencias establecen varias consecuencias. La primera es que siempre que las partes aporten un principio de prueba del derecho extranjero, surge el deber de colaboración judicial con las partes. La otra, derivada de la omisión de la prueba del derecho extranjero, conlleva un cambio en la vertiente del derecho fundamental vulnerada. No se trata de indefensión del art. 24.2, sino de obtener una resolución fundada en derecho.

3. La vertiente de la prueba del derecho extranjero como prueba del derecho aplicable tiene un recorrido limitado en sede administrativa. El modelo regulativo que habilita la aplicación del reconocimiento mutuo en el mercado interior opera determinando la norma aplicable que sirve de base para realizar actos o actuaciones con eficacia transnacional. Esto significa que ese modelo regulativo evita que la regulación sustantiva de cada Estado miembro sea objeto de aplicación sucesiva y reiterada en el territorio de cada uno de ellos. El reconocimiento mutuo implica dos efectos jurídicos: 1) Admitir y reconocer la aplicación de la norma del país de origen, lo que conlleva asumir la consecuencia jurídica (los actos o actuaciones de naturaleza administrativa con eficacia transnacional dictados conforme a ella); y 2) Admitir y reconocer la aplicación de la norma del país de origen supone no aplicar íntegramente la norma propia.

Salvando las distancias, estos presupuestos recuerdan a la determinación de la ley aplicable propia del derecho internacional privado; hay, sin embargo, una diferencia importante: en el derecho administrativo nunca se produce una aplicación en sentido estricto de normas extranjeras. Esto constituye un límite infranqueable de la exclusividad del derecho estatal derivado del principio de territorialidad. Una cosa es que el nacimiento de determinadas situaciones jurídicas y de ciertas relaciones jurídicas puedan estar sometidas al derecho de origen, y que ello tenga incidencia en la actuación *a posteriori* por parte de la Administración de destino o de acogida, y otra muy distinta que todo o parte de la «vida» de esa actividad, y cualquiera de sus consecuencias jurídicas, pueda quedar igualmente sujeta a otro ordenamiento jurídico. La consecuencia de esta premisa es la ausencia de jurisdicción para que los jueces y tribunales de un Estado miembro puedan pronunciarse acerca de las cuestiones jurídicas que hayan podido ser resueltas conforme a otro ordenamiento jurídico, aun siendo en aplicación del derecho

⁵⁴ Dice así: «Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, *podrá aplicarse* el Derecho español».

comunitario —la fragmentación horizontal de la jurisdicción, sin perjuicio de algunas excepciones derivadas del derecho de la UE—.

Que esto sea así no exime de admitir que pueda haber asuntos en los que el juez nacional pudiera requerir de la prueba del derecho extranjero⁵⁵. En este orden de cosas, creo que es más ajustado a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo lo que el art. 34 LCJIC denomina como información del derecho extranjero. La relación existente entre la prueba del derecho extranjero y la información de ese derecho parece evidente⁵⁶. Téngase en cuenta que el art. 33.1 se refiere a la prueba del «contenido y vigencia» del derecho extranjero, y que según el art. 34, la información del derecho extranjero podrá referirse tanto «al texto, *vigencia y contenido* de la legislación» como «a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante»⁵⁷.

La prueba del derecho extranjero puede servir al juez nacional para realizar «juicios implícitos de validez» en el análisis de la equivalencia entre ordenamientos nacionales a consecuencia de la aplicación del reconocimiento mutuo. El juez nacional podría identificar si hay condicionantes de orden público —por afectar a principios, valores y bienes jurídicos protegidos constitucionalmente—, o bien concurren irregularidades tan graves que, de haber sido realizadas por la Administración de acogida, hubieran incurrido en una causa de nulidad radical. Ese juicio no podría culminar en un juicio de validez que determinara la anulación del acto de origen. La jurisdicción del juez nacional se limitaría a valorar las repercusiones de ese juicio en la validez del acto nacional impugnado⁵⁸. En estos casos, solo mediante la información/prueba del derecho extranjero se antoja posible hacer una valoración como la que aquí se sigue⁵⁹.

⁵⁵ Un buen ejemplo en la STS de 1 de junio de 2010 (rec. 4177/2007).

⁵⁶ P. Diago Diago (2017), «La prueba del Derecho extranjero tras la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, XVII, pág. 541, aboga, de hecho, porque la ley aborde ambas cuestiones conjuntamente.

⁵⁷ La prueba deberá ajustarse al caso concreto. En ocasiones, el contenido de la norma extranjera no exigirá más que aportar la normativa extranjera a título documental.

⁵⁸ Sobre las consecuencias de que el juez llegue a la conclusión de que la decisión dictada en origen se basa en una norma intolerable desde los fundamentos básicos del Estado de acogida, o bien que la actuación de la autoridad de origen incurrió en causas determinantes de su anulación conforme al derecho también de ese mismo Estado, véase J. Agudo González (2021: 372 y ss.). Sintéticamente esas consecuencias son que el juicio realizado por el juez nacional podría dar lugar a un reexamen o eventual revisión de oficio —o remedio jurídico similar— en el Estado de origen; que el control pudiera llevar a no otorgar eficacia a la actuación del país de origen; o, finalmente, ambas consecuencias.

⁵⁹ La poca jurisprudencia que hay no llega tan lejos. Corrobora que la prueba del derecho extranjero es la prueba de un «hecho». La Sentencia más interesante es la SAN de 7 de febrero de 2019 (rec. 437/2015).

4. Creo que no hace falta decir que ninguno de estos casos es problemático: no hay duda de que los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos pueden acudir a estos expedientes. Aquí la LJCA es mucho más abierta que para otros mecanismos de cooperación, asumiendo la tradicional remisión a la LECiv para ordenar la prueba en el proceso. Esto también significa que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva podrá producirse o no, en función de que se violen los parámetros constitucionales del mismo modo que pudiera suceder en cualquier asunto estrictamente doméstico⁶⁰.

2.2. El reconocimiento de resoluciones jurisdiccionales extranjeras

2.2.1. Justificación

1. No cabe duda de que este es un supuesto más complejo. Sin embargo, llama la atención que el reconocimiento de resoluciones judiciales, que no la ejecución de las mismas, haya sido objeto de algunas sentencias del orden contencioso-administrativo, incluso, con aplicación subsidiaria de la LCJIC.

Como sucedía con los asuntos bajo el ámbito de aplicación del RBI bis, una primera duda que plantea este supuesto es el de la competencia jurisdiccional. De acuerdo con el art. 52 LCJIC, los juzgados de primera instancia y los juzgados de lo mercantil ostentan la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. Aquí, además, no es aplicable la disposición final 25ª LECiv, solamente referida a asuntos sometidos al RBI bis.

La única posibilidad de articular el reconocimiento, si quiera incidental, sería recurrir al art. 4.1 LJCA, y formular como solución de principio que, prejudicial/incidentalmente, el órgano contencioso-administrativo, y con puros efectos *inter partes*, pudiera reconocer una resolución extranjera. Se me permitirá reflexionar sobre esta posibilidad.

2. La posibilidad de reconocer una resolución judicial para hacer valer el estado jurídico-fáctico declarado en esa resolución y, de este modo, componer íntegramente el objeto del proceso conocido en el proceso contencioso-administrativo, podría articularse *ex art.* 4.1 LJCA, de acuerdo con el art. 44.2 LCJIC. El órgano judicial podría pronunciarse incidentalmente en el seno del proceso y, según el apdo. 3º del precepto, confiriendo a la resolución judicial «los mismos efectos que en el Estado de origen». El reconocimiento incidental permite, no obstante, que las resoluciones extranjeras gocen de efectos únicamente *inter partes*. Como añade el inciso final del art. 44.2 LCJIC, la eficacia del reconocimiento «quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal y no impedirá que se solicite el exequátur de la resolución extranjera». La EM-LCJIC aclara, a este respecto, que el reconocimiento

⁶⁰ Como sería el caso de la STC 10/2000 (FJ 4), en la que, en un proceso civil, se declara vulnerado el art. 24 CE debido a la frustración de la práctica de la prueba del derecho extranjero.

incidental tiene la finalidad exclusiva y es la base «de la estimación o desestimación de la pretensión principal, de tal modo que será la sentencia la que determine la aptitud del documento para probar lo que se pretende».

En cuanto a la articulación del reconocimiento incidental, no se puede dejar de tener en cuenta que la EM-LCJIC (ap. VIII) señala que el art. 44.2 evita acudir a los arts. 388 y ss. LECiv. Desde luego es la fórmula que mejor mantiene la concepción del reconocimiento de forma prácticamente automática, sin grandes formalidades y sin necesidad de una resolución previa que «homologue» la resolución extranjera⁶¹.

Esta articulación flexible y rápida se constata en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Cuenca, de 4 de julio de 2018 (rec. 311/2018), y lo hace con cita directa del art. 44.2 LCJIC y sin alusión al art. 4.1 LJCA. La sentencia recurre a este precepto de la LCJIC en un asunto en materia de extranjería en expedientes de reagrupación familiar. Es también importante tener en cuenta que la sentencia es dictada en relación con nacionales marroquíes, país con el que España tiene un convenio bilateral aplicable a estos asuntos⁶². Un criterio diferente parece ser el de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de León, de 14 de septiembre de 2018 (rec. 44/2018). La sentencia afirma que la sentencia de divorcio «debe estar reconocida por España, correspondiendo a los Juzgados de primera instancia españoles». El sentido de esta resolución bien puede deberse a una diferencia de criterio, pero también puede deberse a que la recurrente no había aportado la resolución para tener por válido su divorcio. Es decir, el reconocimiento incidental difícilmente podría haberse llevado a efecto en esas condiciones.

3. Una conclusión preliminar, pues, apunta a que la vía prejudicial/incidental aplicando el art. 44.2 de la LCJIC podría habilitar al juez contencioso-administrativo para proceder al reconocimiento incidental con efectos *inter partes*. Creo, no obstante, que es necesario hacer alguna reflexión adicional.

2.2.2. Encaje de la propuesta con la jurisprudencia del TJ

1. La aplicación del art. 44.2 LCJIC en el orden contencioso-administrativo me parece que encaja bien con la doctrina del TJ. El Tribunal se ha pronunciado

⁶¹ F. Gascón Inchausti (2015: 167) explica la operativa del art. 44.2 LCJIC: 1) Se alegaría por el actor en su demanda o por el demandado en su contestación y se impugnaría, respectivamente, en la contestación o en la audiencia previa; 2) Sería objeto de prueba y de alegación en el propio acto del juicio; 3) Se decidiría al respecto en la sentencia. Y añade que solo en caso de que no pudieran encajarse los debates y la decisión en el curso normal del procedimiento, tendrá sentido la tramitación de un incidente previo o de especial pronunciamiento en función del tipo de eficacia cuyo reconocimiento se pretenda.

⁶² En la misma línea, las sentencias del mismo Juzgado de 14 de septiembre de 2018 (rec. 44/2018), 14 de mayo de 2019 (rec. 240/2019) o de 11 de junio de 2019 (rec. 272/2019).

acerca de cómo el efecto de cosa juzgada puede incidir sobre la efectividad del derecho comunitario. De esa doctrina cabe obtener alguna conclusión relevante en relación con la vinculación de los jueces nacionales a las resoluciones judiciales firmes dictadas en otros Estados miembros en el marco de las relaciones articuladas por el reconocimiento mutuo⁶³.

El TJ ha reiterado que tanto la estabilidad del derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia imponen la necesidad de que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales firmes⁶⁴. En varias ocasiones, el TJ también ha venido a habilitar la modulación de los efectos de cosa juzgada para lograr la efectividad del derecho comunitario⁶⁵. La STJ de 10 de julio de 2014 (C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*) aclara los términos en que la cosa juzgada puede ser objeto de modulación o, por el contrario, puede ser determinante de una fuerza jurídica que incluso constituya un límite a la efectividad del derecho comunitario.

Obsérvese que las facultades que puede ostentar el juez nacional dependen de un presupuesto: la subsanación de una situación contraria al derecho de la UE. Ahora bien, si no existe esa premisa, la consecuencia es sencilla: se impone la fuerza de cosa juzgada. Por tanto, una interpretación *a sensu contrario* de la doctrina del TJ habilitaría al juez nacional a hacer valer la cosa juzgada material de una resolución jurisdiccional de otro Estado miembro, si esta ha sido dictada de conformidad con el derecho de la UE.

2. Adviértase que con el reconocimiento incidental de una sentencia extranjera no se pretende la aplicación de la excepción de cosa juzgada. Si fuera así, es fácil comprender que sería bastante improbable encontrar casos en los que concurriera la trilogía de requisitos que habilitan la aplicación de la excepción⁶⁶.

El reconocimiento incidental se limita, por esta razón, a la aplicación de la fuerza de cosa juzgada material⁶⁷. Esto quiere decir que pueden existir aspectos jurídicos relevantes en el nuevo proceso que ya hayan sido resueltos por una sentencia extranjera y que reabrir ese debate pudiera quebrar la fuerza derivada de la

⁶³ J. Agudo González (2020: 398 y ss.).

⁶⁴ Así, en las SSTJ de 1 de junio de 1999 (C-126/97, *Eco Swiss*), 16 de marzo de 2006 (C-234/04, *Kapferer*), 29 de marzo de 2011 (C352/09 P, *ThyssenKrupp Nirostal/Comisión*) o de 10 de julio de 2014 (C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*), entre otras.

⁶⁵ SSTJ 18 julio 2007 (C-119/05, *Lucchini*) o de 3 septiembre 2009 (C-2/08, *Olimpiclub*).

⁶⁶ Téngase en cuenta que los jueces de cada Estado tendrán jurisdicción para conocer de la impugnación de los actos dictados por las autoridades de su país, de ahí que las pretensiones ejercidas no serían las mismas y, desde luego, la causa de pedir quedará conformada de un modo muy distinto. Las partes, en buena lógica, también serán distintas —Administraciones nacionales diferentes, intervención de terceros, etc.—.

⁶⁷ Así, A. L. Calvo Aravaca y J. Carrascosa González (2012), *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada: Comares, págs. 504-505, y A. Rodríguez Benot (2016), «La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8(1), pág. 252.

firmeza de aquella otra resolución con un efecto vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva.

Los efectos positivos derivados de la cosa juzgada material se regulan en el art. 222 LECiv. Esos efectos procuran, como afirma la EM de la LECiv (ap. IX), «la armonía de las Sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos», determinando o condicionando el contenido del segundo proceso, cuando lo resuelto en el primero «aparezca como antecedente lógico» del objeto del proceso ulterior (art. 222.4 LECiv). El reconocimiento garantiza la plena efectividad de la cosa juzgada material en relación con una resolución extranjera dictada en un asunto conexo, contribuyendo a formar el convencimiento del órgano judicial nacional acerca del pronunciamiento sobre el fondo. Esto también significa que la pretensión ejercida quedará condicionada parcialmente en cuanto a su estimación o desestimación y, en buena lógica, podría implicar una aplicación matizada de las normas nacionales.

Otro argumento a favor de facultar al juez nacional en el sentido propuesto, es la doctrina Pizzarotti. Según esta doctrina, si se cumple con el derecho de la UE, el juez nacional debe hacer prevalecer la cosa juzgada de la resolución jurisdiccional dictada en otro Estado miembro. Cualquier otra solución sería absurda: ¿qué sentido tiene admitir la eficacia transnacional de una actuación jurídico-administrativa en el marco del reconocimiento mutuo si luego no se diera fuerza jurídica a las situaciones jurídicas reconocidas, en correcta aplicación del derecho comunitario, por los órganos jurisdiccionales del país de origen? Téngase en cuenta, además, que reconocer la cosa juzgada material de una sentencia extranjera en tales condiciones no supondría inaplicar el derecho interno, sino hacerlo en consonancia con un derecho equivalente —el del Estado de origen— y en el contexto aplicativo del derecho comunitario.

En conclusión, la primacía del derecho de la UE permitiría afirmar que incumplir la sentencia de origen sería tanto como incumplir el derecho comunitario. Este último argumento es, aunque en sentido contrario, el manejado por aquella doctrina del TJ que he comentado para abrir paso a la modulación de los efectos de la cosa juzgada: la fuerza de cosa juzgada no es un límite absoluto que prevalezca sobre la primacía y la efectividad del derecho de la UE, pero cuando esa efectividad dependa de la cosa juzgada, no existe argumento para violentar el art. 47 CDFUE y el principio de seguridad jurídica. En esas circunstancias, el juez nacional podría recurrir al reconocimiento incidental como fórmula para compaginar la protección de los derechos reconocidos por el derecho de la UE y la salvaguarda del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2.2.3. Tutela judicial efectiva y los principios de equivalencia y efectividad

1. Debemos plantearnos, por último, si la inaplicación de la legislación procesal civil en el sentido propuesto podría hacer incurrir en alguna otra eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. A la vista de la jurisprudencia

cia del TJ, cabría pensar en una argumentación basada en la vulneración de los principios de equivalencia y efectividad⁶⁸. Comenzaré con el principio de equivalencia.

Para valorar la eventual vulneración de ese principio, debemos recordar cuál es el parámetro de control imbricado con el derecho a la tutela judicial efectiva que según el TJ establece dicho principio. Según la doctrina del TJ, este principio reivindica que los cauces jurídicos establecidos para tutelar los derechos otorgados por el derecho comunitario no pueden ser menos favorables que aquellos previstos para supuestos semejantes que son ejercitables en relación con cuestiones domésticas. En esas circunstancias, el TJ ha marcado a los órganos jurisdiccionales nacionales los términos en que deben afrontar esa valoración: a) Deben abordar esa evaluación en el marco contextualizado que establece el sistema procesal del derecho interno de cada Estado miembro; y b) Deben valorar la necesidad, así como la adecuación de la acción o del recurso discutido, a los derechos que se pretenden garantizar, en atención al objeto, la causa y los elementos configuradores de cada uno de los mecanismos de control y de tutela previstos en el ordenamiento nacional que son objeto de comparación.

La vulneración de este principio no sería posible si no existiera *tertium comparationis*, es decir, mecanismos puramente domésticos aplicables solo a esas situaciones y no a otras similares en aplicación del derecho de la UE. Esto es problemático en nuestro caso. Ese referente comparativo podría darse con base en dos argumentos que, por qué no, podrían operar cumulativamente: 1) Aceptar como fórmula doméstica ordinaria —aplicable a asuntos fuera del ámbito de aplicación del derecho comunitario— la ya propuesta interpretación del art. 44.2 LCJIC en relación con el art. 4.1 LJCA; como he mostrado, alguna sentencia parece avalar esa aplicación en supuestos extracomunitarios, remitiéndose directamente al art. 44.2 LCJIC; y 2) Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha admitido el reconocimiento de la fuerza jurídica de sentencias del orden contencioso-administrativo, a pesar de no concurrir la excepción de cosa juzgada. Si no se aceptasen estas premisas, claro está que solo habría una opción para «hacer valer» en un contencioso-administrativo una sentencia extranjera: como prueba de documento público (art. 323 LECiv)⁶⁹.

⁶⁸ Sobre la integración de los parámetros de control en que se concretan los principios de equivalencia y efectividad con los estándares de protección *iusfundamental* del derecho a la tutela judicial efectiva, consúltese J. Agudo González (2021: 161 y ss.).

⁶⁹ Recuérdese que, como ya se comentó al comienzo de este estudio, conforme a los principios tradicionales del derecho internacional, las decisiones públicas extranjeras que resuelven cuestiones de derecho público no producen efectos jurídicos en España. Véase A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (2012: 502). La apertura a la eficacia en estas materias ha comenzado con las sentencias penales, a las que se han unido algunas sanciones pecuniarias de naturaleza administrativa. Sobre el particular, véase A. Ybarra Bores (2006), «La implantación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de las sanciones administrativas pecuniarias en la UE», *REEI*, 11.

Si se admitieran, sin embargo, esos presupuestos, cabría hacer el siguiente planteamiento en relación con la vulneración del principio de equivalencia: i) En cuanto al análisis contextualizado en el ordenamiento jurídico todo, podría decirse que, en defecto de aplicación de la LCJIC vía art. 4.1 LJCA, no habría ningún mecanismo procesal para reconocer sentencias extranjeras administrativas que reconocieran derechos en aplicación del derecho de la UE. En defecto de este argumento, o añadidamente, también cabría alegar que, en el ámbito puramente doméstico, el reconocimiento de la fuerza jurídica de una sentencia interna ha sido admitida reiteradamente por el Tribunal Supremo en el orden contencioso-administrativo, y ello, como sin que concurra la excepción de cosa juzgada. Esa jurisprudencia se refiere a casos en los que la sentencia de un proceso anterior guarda estrecha relación con un proceso en tramitación, y en los que la sentencia de referencia debe ser considerada en el nuevo proceso. En las palabras del Tribunal Supremo, corresponde al órgano jurisdiccional «salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo ganado firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores ni reducir a la nada la propia eficacia de aquélla»⁷⁰; y ii) En segundo lugar, el TJ exige una valoración de los mecanismos procesales en comparación, en atención al objeto, la causa y los elementos configuradores de cada uno de ellos: a) No cabe duda de que el objeto de los mecanismos procesales considerados no es el mismo: en el caso del art. 323 LECiv, hacer «prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella», frente a hacer valer una resolución judicial previa, así como las situaciones jurídicas en ella reconocidas⁷¹; b) Asimismo, la causa de ambos instrumentos procesales tampoco es común, pues en un caso la causa sería evitar la indefensión de parte y garantizar la igualdad de armas, mientras que en otro sería cumplir una sentencia, garantizar su intangibilidad, evitar resoluciones contradictorias y dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica, aparte de coadyuvar a que la sentencia que resuelva el caso pendiente esté fundada en derecho; y c) Finalmente, los elementos configuradores de cada mecanismo procesal son claramente divergentes. Uno se articula en la fase probatoria y se valoraría conjuntamente con el resto de hechos probados, y el otro podrá ser valorado en su caso incidentalmente en el proceso, otorgando efectos a lo dispuesto en la resolución judicial.

⁷⁰ Por todas, la STS de 18 de julio de 2012 (RJ 2012/8660).

⁷¹ La trascendencia del reconocimiento va más allá de la derivada de los arts. 319 y 323 LECiv, ya que implica el reconocimiento de los efectos de cosa juzgada material de la resolución extranjera. Una sentencia interesante donde se pone de relieve la diferencia en un asunto en materia de extranjería es la STS de 20 de julio de 2016 (ROJ 3735/2016), donde se afirma que: «La sentencia de instancia confunde la homologación de un título ejecutivo o sentencia judicial dictada en el extranjero para que produzca efectos en España con la fuerza probatoria de un documento extranjero para acreditar un hecho».

La conclusión parece clara, siempre y cuando, recuerdo, las premisas del planteamiento propuesto fueran admitidas: cabría afirmar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva motivada en una violación del principio de equivalencia.

2. Aparte de esta eventual vulneración, se podría considerar si la imposibilidad de «hacer valer» una sentencia extranjera dictada conforme al derecho de la UE mediante su reconocimiento podría constituir una vulneración del principio de efectividad y, por ello, del derecho a la tutela judicial efectiva. Según ese principio, no es necesario que exista una comparación entre mecanismos procesales previstos para asuntos comunitarios *versus* mecanismos para asuntos domésticos. Lo que exige el principio es que los términos en que son regulados y aplicados los mecanismos de control y de tutela a través de los cuales se hacen valer los derechos reconocidos por el derecho comunitario, no pueden imposibilitar o hacer excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de tales derechos.

Un inconveniente al planteamiento de este escenario podría ser planteado con base en que la ausencia de esos mecanismos de reconocimiento —en el entendido de que ni siquiera fuera posible acudir a la vía del art. 4.1 LJCA en conexión con el art. 44.2 LCJIC— no se debe a una defectuosa regulación interna, sino a que ni siquiera el propio derecho de la UE acoge la posibilidad de reconocer sentencias en materia administrativa. En contra de esta tesis se podría traer a colación, sin embargo, aquella jurisprudencia del TJ —STJ *Pizzarotti*— que fue interpretada páginas atrás relativa a la fuerza de cosa juzgada de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros en correcta aplicación del derecho de la UE. Si se admite este planteamiento, entonces, en nuestro caso, la vulneración del principio de efectividad, y por ello, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se podría tratar de fundamentar en la limitación que podría suponer la imposibilidad de hacer valer los derechos reconocidos por el derecho de la UE en una sentencia extranjera.

2.3. *Litispendencia y conexidad internacional*

1. Tras la entrada en vigor de la LCJIC, los arts. 39 y 40 LJCIC regulan las excepciones de litispendencia y conexidad internacional⁷². La LCJIC afronta esta cuestión asumiendo un mecanismo que está en línea con los regulados por el RBI bis⁷³. El art. 39 regula la excepción de litispendencia. La apreciación de esta excepción es potestativa, al igual que sucede en el RBI bis. El presupuesto

⁷² Antes de la LCJIC, ni la LOPJ, ni la LECiv, regulaban ambos supuestos. No obstante, A. L. Calvo Aravaca y J. Carrascosa González (2012: 288-291) afirman la posibilidad de admitir la litispendencia internacional, aunque reconocen la orfandad legal de la conexidad internacional.

⁷³ El preámbulo RBI bis (ap. 21º) expresa lo siguiente: «Se ha de prever un mecanismo claro y eficaz que permita resolver los casos de litispendencia y conexidad».

de su aplicación es la existencia de «un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero en el momento en que se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional español, el órgano jurisdiccional español podrá suspender el procedimiento». El art. 40 regula la excepción de conexidad internacional. La premisa aquí es la concurrencia de «demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones inconciliables».

La apreciación de la excepción se hace depender de una serie de requisitos cumulativos similares en ambos casos (arts. 39.1 y 40.2 LCJIC). En síntesis, se trata de que el órgano extranjero sea un órgano jurisdiccional que esté conociendo del asunto conexo en virtud de un foro razonable; que la resolución eventualmente dictada por dicho órgano sea susceptible de reconocimiento en España; y, por último, que el órgano jurisdiccional español concluya que la suspensión del procedimiento abierto en España es necesaria en aras de la buena administración de justicia. Según el art. 38 LJCIC, ambas excepciones se alegarán y tramitarán como la excepción de la litispendencia interna.

2. ¿Es posible argumentar que los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo pueden acudir a estos expedientes en asuntos estrictamente sometidos al derecho administrativo? En las controversias nacidas en relaciones jurídico-administrativas articuladas gracias a las variantes del reconocimiento mutuo, las partes pueden verse abocadas a mantener litigios en varios Estados miembros. Esto puede hacer necesario el reconocimiento de la eficacia de una resolución judicial extranjera con el fin de evitar contradicciones y de garantizar el respeto de las decisiones foráneas, del mismo modo que esa misma necesidad podría surgir con procedimientos abiertos en otro Estado miembro que aún no han sido resueltos definitivamente. Razones de seguridad jurídica y de previsibilidad para las partes, evitando resoluciones contradictorias o incompatibles total o parcialmente, podrían justificar acudir a estas excepciones en ámbitos transnacionales de aplicación del derecho comunitario.

Aquí también cabe plantearse en qué medida no admitir la aplicación de la LCJIC podría dar lugar a una vulneración de los principios de equivalencia y efectividad, y por añadidura, del derecho a la tutela judicial efectiva.

Para abordar estas reflexiones es necesario señalar que para el TJ la pendencia de un proceso en un Estado miembro que tenga vínculos directos con otro litigio conocido en otro Estado debe saldarse con un respeto del primero. Según la STJ de 9 de febrero de 2005 (C-23 y 25/04, *Sfakianakis A EVE*), las autoridades administrativas deben respetar los procesos pendientes en otros Estados que afecten a la cuestión litigiosa conocida. No hay motivo para pensar que un órgano jurisdiccional nacional no tenga la misma vinculación y el mismo deber de respeto de las resoluciones judiciales dictadas sobre un mismo asunto en otro Estado miembro. La sentencia *Sfakianakis* permite deducir que todas las autoridades nacionales, incluidas las jurisdiccionales, están vinculadas

por el resultado de los procesos seguidos en otros Estados sobre una misma cuestión litigiosa⁷⁴.

3. Partiendo de estos presupuestos, la eventual vulneración del principio de equivalencia podría fundamentarse en un escenario en que se aplicaran los arts. 39 y 40 LCJIC, *ex art.* 4.1 LJCA. La argumentación sería similar que para el caso del reconocimiento de resoluciones judiciales. La conclusión inmediata sería que existe en nuestro ordenamiento jurídico un mecanismo procesal para alegar, no ya la litispendencia internacional, sino la conexidad de asuntos internacionales —no comunitarios— en el contencioso-administrativo.

Como sea que esta afirmación pudiera no aceptarse, la comparación con lo que sucede en asuntos internos similares también podría plantearse considerando la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Una de las cuestiones que se ha discutido en el orden contencioso-administrativo es si es aplicable supletoriamente la LECiv respecto de la denominada «prejudicialidad homogénea» prevista en el art. 43 LECiv. La STS de 28 de junio de 2005 (rec. 6/2004) ha confirmado que el citado art. 43 no resulta aplicable al proceso contencioso-administrativo. La inaplicación no se debe a que la alegación de una cuestión que constituya el objeto principal de otro proceso pendiente y sobre la que sea necesario pronunciarse no sea posible, sino a que los términos en que cabe admitir esa alegación son especialmente flexibles y ágiles en el proceso contencioso-administrativo y, tratándose de asuntos sometidos a derecho administrativo, debe solventarse mediante cuestiones incidentales en el seno del propio proceso. En otras palabras, una situación muy cercana a la de conexidad se zanja con un incidente procesal que es resuelto directamente por el órgano judicial que conoce del proceso principal.

La comparación, incluso de no admitir la aplicación de los arts. 39 y 40 LCJIC *ex art.* 4.1 LJCA, se zanjaría con un resultado menos favorable para situaciones similares nacidas con base en el derecho de la UE. Mientras que, en casos estrictamente domésticos, cabría acudir a la vía abierta por la jurisprudencia citada, en los casos con componentes transnacionales se vetaría esa posibilidad respecto de asuntos conexos en otro Estado miembro.

La vulneración del principio de efectividad es menos clara. Esa supuesta vulneración se fundamentaría en la imposibilidad de hacer valer cuestiones con una relación estrecha con el proceso pendiente y que, por ese motivo, sería oportuno considerarlas a fin de evitar resoluciones inconciliables. Va de suyo que esto *per se* no ha de ser necesariamente constitutivo de una vulneración del derecho

⁷⁴ La Sentencia afirma que «es preciso que la obligación de reconocimiento mutuo de las decisiones adoptadas por las autoridades de los Estados interesados sobre el carácter originario de determinados productos se extienda necesariamente a las resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales de cada Estado en el marco de su función de control de la legalidad de las decisiones de las autoridades aduaneras». A pesar de las singularidades del asunto, una obligación de ese tipo, ligada al derecho a la tutela judicial efectiva, creo que sería extrapolable en virtud del contenido unitario del derecho fundamental.

fundamental. Ahora bien, si se admite la extensión de la aplicación de la STJ *Sfakianakis* a estos casos, parecería factible una eventual violación.

V. CONCLUSIONES

1. En este trabajo he llamado la atención acerca de la falta de avances en los elementos que estructuran el sistema de justicia administrativa en la UE para abordar controversias complejas como las entabladas en virtud de la aplicación del reconocimiento mutuo. Resulta paradójico impedir la cooperación jurídica entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en ámbitos como el contencioso-administrativo, donde la colaboración que se fomenta en el ámbito administrativo se niega en el ámbito jurisdiccional.

Un instrumento como el reconocimiento mutuo, orientado al favorecimiento del ejercicio de las libertades comunitarias, puede provocar auténticas limitaciones en la defensa de esos mismos derechos cuando surge una controversia jurídica. Los eventuales problemas de tutela surgen por la dificultad de encaje existente entre los moldes fundamentales del sistema de justicia administrativa de la UE y los elementos que estructuran y rigen las relaciones jurídicas transnacionales: 1) Son relaciones regidas por dos ordenamientos —siempre en el contexto de la aplicación del derecho de la UE— y en las que intervienen dos Administraciones nacionales; por tanto, ante un eventual conflicto jurídico, cuál sea la Administración autora de la actuación jurídica que se reputa contraria a derecho condicionará cualquier respuesta jurídica y, desde luego, una consecuencia similar se derivará de cuál sea el ordenamiento jurídico aplicable; y 2) Teniendo en cuenta lo anterior, como el derecho aplicable combina la aplicación del derecho de la UE con las disposiciones dictadas a tal efecto por los Estados miembros concernidos, la procura de tutela judicial se verá condicionada tanto por la división jurisdiccional vertical —entre TJ y las jurisdicciones nacionales— como por la horizontal entre jurisdicciones de los Estados miembros. Por este motivo, sin perjuicio de la colaboración prejudicial del TJ, qué ordenamiento jurídico nacional sea el aplicado determinará qué órganos jurisdiccionales nacionales sean los competentes para resolver una eventual impugnación.

Dos ordenamientos —tres, si consideramos que estamos en el ámbito de la aplicación del Derecho comunitario—, dos Administraciones, dos procedimientos administrativos, dos actuaciones definitivas de naturaleza administrativa potencialmente impugnables, dos jurisdicciones potencialmente competentes —tres, si consideramos las funciones del TJ vía cuestión prejudicial—. Estas premisas ponen de relieve la extraordinaria complejidad que pueden alcanzar las controversias jurídicas en el marco del reconocimiento mutuo y las dificultades para alcanzar una protección jurídica adecuada y una tutela efectiva plena.

2. En este estudio se ha abordado esta cuestión con una orientación finalista encaminada a maximizar la tutela judicial efectiva. Como he insistido, no se trata

de que los órganos jurisdiccionales puedan recurrir a la cooperación jurídica de ordinario, algo que ni el legislador estatal ni el comunitario han previsto, sino de que puedan hacerlo para evitar vulneraciones del derecho fundamental. Las facultades que el juez nacional ostenta con base en la eficacia directa del art. 47 CDFUE, así como en las facultades excepcionales que le confieren los principios de equivalencia y efectividad, para garantizar los derechos reconocidos por el derecho de la UE, aplicando el derecho procesal interno adaptativamente o, incluso, formulando soluciones creativas, redundan en la búsqueda de soluciones como las aquí propuestas.

Por último, he intentado que la propuesta formulada sea respetuosa con principios que definen al derecho administrativo mismo, así como con elementos estructurales del sistema de justicia administrativa de la UE. La propuesta se basa, en todo caso, en la evitación de que un órgano jurisdiccional nacional pueda inmiscuirse en un asunto foráneo sujeto al derecho extranjero. Por esto mismo, el recurso a ciertos mecanismos de cooperación —reconocimiento, conexidad— solo se ha asumido como fórmulas con efectos meramente *inter partes* y sin que el juez nacional pueda aplicar el derecho extranjero.

Sírvase el lector para aceptar o no el planteamiento propuesto. En cualquier caso, este estudio ha querido poner de relieve que la realidad jurídica del derecho administrativo y de la justicia contencioso-administrativa se somete a realidades jurídicas que difícilmente pueden ser abordadas con efectividad desde parámetros tradicionales. En relación con las cada vez más frecuentes relaciones jurídicas transnacionales, y en ausencia de iniciativas legislativas, debemos explorar la cooperación jurídica entre órganos jurisdiccionales como instrumento para solventar las dificultades de encaje entre los elementos que estructuran el sistema de justicia administrativa en la UE con los elementos que estructuran y rigen aquellas relaciones jurídicas, máxime cuando puede estar en juego un derecho fundamental clave como es el derecho a la tutela judicial efectiva.

