

UN ELEMENTO FEDERALIZADOR PARA EUROPA: EL RECONOCIMIENTO MUTUO EN EL AMBITO DEL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES JUDICIALES»

Por MÓNICA GUZMÁN ZAPATER *

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. FISONOMÍA Y ANATOMÍA DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO: 1. FORMULACIÓN Y FORMALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO. 2. ANATOMÍA: ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO.—III. LA NUEVA FISONOMÍA DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO: 1. LA PROYECCIÓN DEL RECONOCIMIENTO MUTUO SOBRE EL ÁMBITO PROCESAL. 2. TRES INTERROGANTES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: OBJETO, MÉTODO Y GARANTÍAS DEL RECONOCIMIENTO MUTUO.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta inverosímil que las Instituciones comunitarias incurran en un error de concepto en la redacción de los actos comunitarios. Esta es la idea que a uno le asalta después de una primera lectura del «*Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*» (en adelante, Proyecto) publicado a principios del presente año¹. La utilización de la noción de «principio de reconocimiento mutuo» en el propio título del documento

* Profesora Titular Derecho internacional privado UNED.

¹ DOCE n.º C 12, p. 1 de 15/1/2001.

lleva a pensar que nos hallamos ante una expansión de este instrumento del Derecho comunitario material que ha sido y es una pieza clave en el desarrollo y consolidación de las Libertades básicas del Mercado interior desde finales de los años setenta, al implicar que productos y servicios puedan circular en el espacio intracomunitario conforme a las exigencias de la ley del país de origen del producto o del servicio con una incidencia nula o menor de la ley del país de destino².

Este nuevo ámbito de proyección —el del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales— que se presenta en el Proyecto objeto de este comentario se inserta en el marco del «nuevo» Derecho internacional privado a gestar por las mismas Instituciones conforme a lo dispuesto por el

² Sobre el principio de reconocimiento mutuo la literatura es muy abundante: desde una perspectiva económica E. PIONTEK, «European Integration and International Law of Economic interdependence», *R. des C.*, 1992-V, vol. 236, pp. 9 y ss. espec. 47-66. Desde planteamientos jurídicos, en la *doctrina española*: ARIAN ARNAIZ, A. J., «La Constitución económica española y el Derecho internacional privado comunitario: el principio de origen», en *La Constitución española y el ordenamiento comunitario europeo (XVI Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado 13-16 dic. 1993)*, vol I, ed. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 41-100; M. BALLBE/C. PADROS, *Estado competitivo y armonización europea*, ed. Ariel, Barcelona, 1997. GARDEÑES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, ed. Eurolex, Madrid, 1999; L. GONZÁLEZ VAQUÉ/S. ROMERO MELCHOR, «Las cláusulas de reconocimiento mutuo en el ámbito del mercado único», *D. Negocios*, n.º 77, feb. 1977, pp. 10 y ss. LÓPEZ ESCUDERO, M., «La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *Gaceta J. Serie D-19*, 1993, pp. 119 y ss; M. LÓPEZ ESCUDERO/J. MARTÍN PÉREZ DE NANCCLARES (coord.) et al., en *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pp. 34-37; mi trabajo «El principio de reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en la segunda Directiva bancaria)», *Rev. D. Com. Eur.*, 1998, n.º 3, pp. 137 y ss; en la *doctrina extranjera*: J. BASEDOW, «Le Marché unique, programme de déréglementation», *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1993, n.º 3, pp. 619 y ss; M. AYRAL, «Le Marché Interieur à 700 jours de l'écheance du 31 décembre 1992: bilan et perspectives», *RMUE* 1991, n.º 2, pp. 105 y ss; A. MATTERA: *El mercado único europeo. Sus reglas. Su funcionamiento*, Madrid, 1990, pp. 309 y ss.; *idem* «Les principes de la proportionalité et de la reconnaissance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services: de l'arrêt Thieffry aux arrêts Vlasspoulou, Mediawet et Dennemeyer», *RMUE*, 1991, n.º 4, pp. 193 y ss.; «Le principe de la reconnaissance mutuelle: instrument de preservation des traditions et des diversités nationales, regionales et locales», *RMUE*, 1998, 2, pp. 5 y ss.

nuevo Título IV introducido por el Tratado de Amsterdam. El artículo 65 del TCE³ asignaría la competencia a las Instituciones comunitarias en orden a «c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros». Conforme a esta atribución de competencia corresponde a la Unión escoger el *instrumento*⁴ (reglamento o directiva) y lógicamente la *técnica*. En este Proyecto el legislador se ha decantado por el principio de reconocimiento mutuo llamado a ser «la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal de la Unión».

Pero volvamos sobre el posible error semántico. Cabe pensar que en rigor nos hallamos ante una extensión del principio de *reconocimiento automático* objetivo último al que aspira el sector del reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil. Objetivo reforzado en el ámbito comunitario una vez operada la conversión en Reglamentos comunitarios de los Convenios de Bruselas I⁵

³ Por el que se llega a la «comunitarización» de la cooperación judicial en el espacio intracomunitario, superando así el planteamiento del original art. 220 y del art. K.1 del Tratado de Maastricht (desde este ángulo B. VON HOFFMANN, *European Private International Law*, Nimenga, 1998, espec. p. 31); A. BORRÁS RODRÍGUEZ (en «Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam», *REDI* 1999-2, pp. 383y ss.) destaca la *vinculación de esta iniciativa con la Libre circulación de personas* a partir de un doble límite: por una parte se limita a la cooperación judicial «con repercusión transfronteriza» (art. 65); por otra, solo se desarrollará «en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior» (*cf.* p. 391). Por el contrario, otros ven en la revisión del TA la realización de la diferencia entre Libre circulación de personas y la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (*cf.* E. TEZCAN, «La coopération dans les domaines de justice et des affaires interieures dans le cadre de l'Union européenne», *Cahiers dr. eur.*, 1998, n.ºs 5-6 espec. p. 680). En general J. BASEDOW, «The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 37, 2000, pp. 687-708.

⁴ Con el artículo 65 del Tratado de Amsterdam (TA) se ha abierto formalmente un cauce de positivación del DIPr para el espacio intra comunitario frente a las posiciones «clásicas» que negaron la necesidad de un doble cauce de regulación (*vid.* en este sentido I. FLETCHER en *Conflicts of laws and European Community law*, ed. North Holland, Amsterdam, 1982, p. 52). Nótese sin embargo que en el Proyecto no se menciona explícitamente el artículo 65 TA como fundamento competencial. La posibilidad de una codificación del DIPr construido en torno al principio de reconocimiento mutuo nos la planteábamos como hipótesis hace algunos años (*vid.* «El principio de reconocimiento mutuo...», *op. cit.*, pp. 168-169).

⁵ Una versión consolidada del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en

y II⁶: el primero por el Reglamento (CE) n.º 44/2001, de 22 de diciembre de 2000⁷ y el segundo por el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, de 29 de mayo de 2000⁸. Sin embargo en el Proyecto se acude al concepto de reconocimiento mutuo 1) para proyectarlo sobre un ámbito en el que hasta ahora no había actuado: el *ámbito procesal* y, en concreto, el del *reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales* dictadas por los tribunales nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. 2) Se dice que la finalidad última estriba en la *supresión del exequatur* para las resoluciones judiciales recaídas en los procesos contemplados⁹. 3) Si atendemos al *ámbito material* cabe identificar, en primer término, procesos ya comprendidos dentro del Reglamento de Bruselas I (resoluciones referentes a créditos no impugnados, litigios de menor cuantía y pensiones sobre alimentos). En segundo lugar, resoluciones recaídas en procesos comprendidos dentro del Reglamento de Bruselas II (derecho de visita) o vinculados con éste *ratione materiae* (extensión a situaciones familiares distintas del matrimonio; regulación de los procesos sobre regímenes matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas, esto es, en parte, el Derecho patrimonial de la familia). En tercer lugar, dentro de la dimensión patrimonial del Derecho de familia, se pretende la elaboración de un instrumento que facilite el reconocimiento mutuo en materia de decisiones judiciales referentes a testamentos y sucesiones. En conjunto, cabría deducir por el ámbito material del presente Proyecto, que el legislador pretende agilizar el reconocimiento de decisiones judiciales, por una parte, en materias respecto de las que previsiblemente no habrá unificación material pues las divergencias en torno a las normas reguladoras de los EM en principio no tendrían impacto sobre el funcionamiento del mercado interior (todas las relativas al Derecho de la familia)¹⁰; y, por otra, respecto de decisiones judiciales en las que concurre la nota de urgencia (p.ej. créditos no impugnados o prestación de alimentos). 4) Como medi-

materia civil y mercantil, modificado tras las sucesivas ampliaciones de la Comunidad, aparece publicada en el *DOCE* de 27/1/1998.

⁶ Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1998, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial (*DOCE* de 16/7/1998).

⁷ *DOCE* n.º L 12/1 de 16/1/2000.

⁸ *DOCE* n.º L 160/19 de 30/6/2000.

⁹ *Cfr.* p. 7.

¹⁰ *Cfr.* J. BASEDOW, «Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid», *ERPL*, 1, 2001, pp. 35 y ss. espec. 46.

das complementarias se propugna la articulación de una serie de instrumentos llamados a facilitar la obtención de pruebas en materia civil y mercantil: la armonización de normas relativas a notificación o traslado de actos judiciales, las que permitan facilitar la ejecución de resoluciones —incluyendo las que permitan conocer el patrimonio del deudor— y medidas destinadas a facilitar la información al público, algunas de las cuales al día de hoy ya han sido alcanzadas.

Las reflexiones que siguen tienen por objeto contrastar, aunque sea con la provisionalidad que impone el hecho de que trabajemos sobre un Proyecto del Consejo, si hay identidad entre reconocimiento automático y reconocimiento mutuo para las decisiones judiciales contempladas. O si, verificado lo contrario, realmente se ha producido una introducción del principio de *reconocimiento mutuo* en sede del Derecho internacional privado, en particular, en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales. A esta cuestión dedicaremos nuestra atención.

De entrada se intuye que las diferencias existen. Aunque sólo sea porque el reconocimiento mutuo es un instrumento al servicio de una «lógica de integración» de mercados nacionales y por tanto, obedece a una lógica estatal o/y supraestatal como veremos¹¹, en tanto que el reconocimiento automático de sentencias es un instrumento al servicio de los intereses de los particulares en este ámbito de problemas y por tanto responde a una «lógica de justicia privada»¹². Sería necesario por tanto, contrastar las diferencias entre principio reconocimiento mutuo —noción jurídica propia del Derecho material comunitario— y reconocimiento automático —noción jurídica propia del Derecho internacional privado—.

Habrà que recordar, en primer término, (II) cómo se pergeña este principio en el derecho material comunitario y cómo funciona. En una segunda fase será preciso (III) contrastar las *diferencias* respecto al reconocimiento instaurado por el Derecho comunitario vigente para decidir finalmente qué *incidencias* entraña este cambio de método desde el ángulo del Derecho internacional privado.

¹¹ Desde otra perspectiva, se dice que la cláusula de reconocimiento mutuo, en atención a su función, responde a una «lógica de coordinación» de los ordenamientos nacionales, desprovista de toda consideración material entre los ordenamientos implicados (Cfr. M. GARDEÑES, *La aplicación de la regla... op.cit.* p. 185, y las referencias allí citadas).

¹² Vid. M. VIRGOS/F. J. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil internacional*, ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 32.

II. FISONOMÍA Y ANATOMÍA DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

I. FORMULACIÓN Y FORMALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

Parece que la penetración del principio del reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario se opera en dos tiempos: primero el TJCE plantea la formulación de un principio como técnica de supresión de obstáculos alternativa a la armonización de legislaciones y, solo en un momento posterior, cabe hablar de una acción estructural de dicho principio.

Su formulación dentro del Derecho comunitario es de sobra conocida para los estudiosos del derecho material de este ordenamiento y, en particular, del régimen jurídico de la Libre circulación de mercancías¹³. Su grandeza reside no tanto en los factores determinantes de su configuración, como en la fuerza que viene irradiando sobre sectores diversos de la actividad económica sujeta al proceso europeo de integración.

Es preciso remontarse al 20 de febrero de 1979, fecha en que el TJCE resuelve el asunto 120/78 planteado por el recurso en el caso del *Cassis de Dijon*¹⁴, en el que la federación de importadores alemanes de licor se opone a la penetración en el mercado alemán de un licor —el Cassis de Dijon— con una gradación alcohólica inferior a los licores que de ese mismo tipo son fabricados en Alemania. En el caso —de múltiples aristas como se pone de relieve por el importante número de estudios a el consagrado— el TJCE afirma por vez primera que

«a falta de armonización de legislaciones...todo producto legalmente fabricado en un Estado miembro debe poder circular en los demás Estados miembros»,

para calificar como obstáculo o «medida de efecto equivalente» y en consecuencia, declarar nula la reglamentación alemana que prohibía la impor-

¹³ Vid. en España, LÓPEZ ESCUDERO, M., «La aplicación del principio del reconocimiento mutuo...», *op. cit.* nota 2; siendo un principio común a todas las libertades (vid. A. MATTERA, «Le principe de la reconnaissance mutuelle...», *op. cit.* nota 2, p. 7).

¹⁴ *Rec.* 1979, vol. 2, pp. 649 y ss.

tación de licores con una gradación alcohólica inferior a la de los licores del mismo tipo. Se sienta aquí el germen del principio pues, a falta de armonización de legislaciones, el país de origen decide las condiciones de fabricación del producto y en esas condiciones el producto debe poder ser comercializado en los demás EM (principio de reconocimiento mutuo).

El mérito de tan trascendente decisión corresponde exclusivamente al TJCE, pues no hay rastro de esta solución en las Conclusiones del Abogado General. Entre las motivaciones que impulsan al TJCE, quizá cabría adivinar, la saturación de las Instituciones europeas ante una situación de crisis permanente del proceso de adopción de decisiones en la armonización positiva de los obstáculos a la Libre circulación de mercancías, a la sazón, bloqueado por la universalidad de la regla de la unanimidad. Como quizá, en conexión con el dato anterior, tampoco haya que descartar el panorama que se abría para las Instituciones encargadas de la adopción de decisiones ante el arsenal de normas técnicas cuya armonización resultaba insoslayable para la consolidación de la Libre circulación de mercancías transcurridos entonces ya veinte años desde el inicio del proceso de integración de mercados nacionales.

A destacar, no obstante, que el principio del país de origen en Libre circulación de mercancías sufre dos series de *excepciones*. Una, prevista en el propio artículo 36 (en la actualidad art. 30) TCEE, relativo a los motivos excepcionales que el EM puede oponer para justificar una legislación restrictiva de la importación de productos de los demás EM, lista no cerrada, pues la propia jurisprudencia ha ido añadiendo otros motivos¹⁵. Otra, ha sido introducida en tiempos más recientes por la propia jurisprudencia

¹⁵ En definitiva, los EM pueden mantener prohibiciones o restricciones a la importación y a la exportación de productos cuando estén justificadas «por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial» (ex. art. 36 TCEE). Como en el *as. Cassis*, el TJCE puntualiza que las restricciones pueden estar justificadas también «por razones imperativas», entre las que destaca la «protección de los consumidores» y la «lealtad de las transacciones comerciales», esta ampliación sirvió de apoyo a la interpretación de que el art. 36 no contenía una *lista exhaustiva* de motivos de excepción. Lectura sin embargo desmentida en el *as. Souvenirs de Irlanda*, en la que el TJCE señala que las razones en él mencionadas tienen el carácter de *numerus clausus* (vid. STJCE de 17 de junio de 1981, *Rec.* 1981, pp. 1625 y ss.). Vid. N. STOFFEL VALLOTTON, ¿«Interpretación “estricta” o “restrictiva” del artículo 36 del TCE? La problemática de las exigencias imperativas», *RJE*, num. 2, 1996, pp. 415 y ss.

dencia del TJCE en el asunto *Keck-Mithouard*¹⁶. En un intento de restringir el concepto de medida de efecto equivalente, el TJCE distingue las condiciones de *producción y presentación* del producto de las condiciones de *comercialización*, para someter las primeras a la ley del país de origen —por tanto fiel a la jurisprudencia *Cassis*—, mientras que las segundas pueden permanecer sujetas a restricciones dictadas por el EM importador del producto siempre que, de una parte, se apliquen indistintamente a todos los operadores —nacionales y extranjeros— en territorio nacional y, de otra, afecten por igual a la comercialización de productos nacionales e importados de otros EM de la Comunidad¹⁷. Para concluir que la reglamentación francesa por la que se prohíbe la reventa a pérdida es en este sentido compatible con el TCE.

Por una identidad de razón —la realización del Mercado interior sorteando el complejo proceso de armonización de legislaciones— el TJCE efectúa una transposición del principio de reconocimiento mutuo al ámbito de la *Libre prestación de servicios*. Su aparición en este plano no es repentina, sino fruto de una evolución. El punto de partida se hallaría en un bloque de sentencias en las que se detecta una subordinación del reconocimiento mutuo a la existencia de *equivalencia* entre las normas del país de origen y las normas del país de destino o acogida de la prestación^{18 y 19}.

¹⁶ *STJCE* de 24 de noviembre de 1993 (*Rec.* 1993, pp. 6097 y ss.).

¹⁷ Uno de sus aspectos más controvertidos reside en la pérdida de seguridad jurídica con respecto de la jurisprudencia anterior, pues la interpenetración de mercados no puede ser alcanzada por los productores si tienen que recurrir a un concepto de «marketing», útil en un EM pero ineficaz en otro (*cf.* N. REICH, «The November revolution of the European Court of Justice: *Keck, Meng and Audi revisited*», *CMLR.*, 31, pp. 459-492, espec. pp. 470-471); también resulta confusa la diferenciación establecida por el TJCE entre MEE que atañen a *producción* o a *comercialización* (tal y como ha sido puesto de relieve por N. REICH, *ibid.* pp. 486-488); criticando algunos de los aspectos de la decisión, S. WEATHERILL, «After *Keck*: Some Thoughts on how to clarify the Clarification», *CMLR.*, 33, pp. 885-906, espec. p. 903 y P. OLIVER, «Some further reflections on the Scope of Articles 28-30 (ex. 30-36)», *CMLR.*, 36, 1999, pp. 783-806.

¹⁸ Son clave las *SSTJCE* ambas de 25 de julio de 1991, en los *as. Mediawet* (*Rec.* 1991-7-I, pp. 4035 y ss, cdo. núm. 17) y *Comissariaat voor de Media* (*Rec.* 1991-7-I, pp. 4007 y ss, cdo. num. 13); estas decisiones en realidad acogen una jurisprudencia anterior en materia de DE, en las que el TJCE se había pronunciado en esa misma dirección (*vid.* para esas decisiones, M. LÓPEZ ESCUDERO, «La aplicación del principio del reconocimiento mutuo...», *op.cit.* nota 2 pp. 127-131).

¹⁹ Con carácter previo se había admitido por el propio TJCE el *desplazamiento del destinatario de la prestación al país del prestador del servicio* como supuesto

La introducción del principio de reconocimiento mutuo se afianza definitivamente en el *asunto Säger c. Dennemeyer* cuando el TJCE afirma que: 1) las restricciones a la Libre prestación de servicios sólo pueden ser introducidas por razones de interés general, 2) siempre que resulten indistintamente aplicables a toda persona que ejerza su actividad en el estado de acogida o destino (principio de no discriminación) y 3) «en la medida en que este interés no esté salvaguardado por las *normas a las que el prestador está sometido en el EM donde esté establecido*», esto es, el *país de origen* del servicio²⁰ (no duplicidad de controles); además, 4) el TJCE recuerda la necesaria subordinación de tales exigencias al principio de proporcionalidad.

El principio del reconocimiento mutuo se había proyectado con anterioridad sobre el *Derecho de establecimiento*, aun cuando en este sector su eficacia aparece subordinada a la posesión por parte del interesado de la cualificación no idéntica pero sí *equivalente* para el ejercicio de la actividad en el país de acogida o destino; exigencia que sitúa el problema en el ámbito del reconocimiento de títulos y diplomas, siendo la más ilustrativa la *STJCE* de 7 de mayo de 1991, en el *asunto Vlassopoulou*. Mientras que, como se ha visto, en Libre prestación de servicios se hace abstracción de tal equivalencia, incluso en el caso en que tal libertad comporte únicamente el desplazamiento de la prestación²¹.

Hasta aquí la jurisprudencia comunitaria por la que el reconocimiento mutuo se introduce en el Derecho comunitario a los fines de la realización de las Libertades básicas del Mercado Interior. Su expansión —ha-

comprendido dentro de la LPS (Por *STJCE* de 31 de enero de 1984, as. *Luisi Carbone*, *Rec.* 1984-I, pp. 377 y ss) en la que la LPS se extiende a turistas, destinatarios de tratamientos médicos fuera de su país de residencia y hombres de negocios), en un planteamiento superador del tenor literal de los arts. 59-60 del TCE que culmina con la sumisión a las normas de LPS de los supuestos de desplazamiento de la sola prestación (as. *Mediawet*, *loc. cit*), en el que, entre otras cuestiones, se planteaba la de la aplicación de las normas de LPS al desplazamiento de una emisión televisiva publicitaria.

²⁰ Es también de fecha 25 de julio de 1991 (*Rec.* 1991-7-I, pp. 4239 y ss.) espec. cdo. núm. 15.

²¹ Para una aproximación a una «teoría general» del principio de reconocimiento mutuo en estos dos sectores (*vid.* A. MATTERA, «Les principes de proportionalité et de la reconnaissance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services : de l'arret 'Thieffry' aux arrêts 'Vlassopoulou', 'Mediawet' et 'Dennemeyer', *RMUE*, 1991, 4, pp. 191-203).

cia el ámbito del Derecho de establecimiento y de la Libre prestación de servicios, desbordando el ámbito estricto de la Libre circulación de mercancías— y sobre todo, su reconversión en un auténtico principio estructural del Derecho comunitario se vincula, con la acción de otras Instituciones comunitarias y, más exactamente, con su *penetración dentro del propio el ámbito de la armonización de legislaciones*²².

De nuevo hay que remontarse a las postrimerías de la STJCE en el asunto del *Cassis de Dijon* pues es entonces cuando la Comisión hace suya la respuesta del TJCE a partir de la *Comunicación interpretativa* al respecto²³, en la que ya se dibuja un nuevo enfoque en el planteamiento para la agilización de las Libertades. Ese enfoque se formalizará en el propio *Libro Blanco del Mercado interior*. Con el fin de promover la Libre circulación de mercancías el sistema previsto se asentó sobre tres piezas: en primer lugar armonización mínima referente a las exigencias esenciales en materia de salud y seguridad; en segundo término, prevención de los obstáculos a través de un procedimiento comunitario de comunicación del EM a la Comisión²⁴; por último, implantación del principio de reconocimiento mutuo, a falta de armonización, cuando ésta se considere superflua²⁵. En el Libro Blanco se estima que la liberalización del sector servicios es tan esencial o más que la de mercancías. Bien que dotado de una acogida desigual, se concreta su principal ámbito de acción en los servicios finan-

²² Para dar una idea de su extensión, se dice que el principio de reconocimiento mutuo ha sido incluido como cláusula específica en más de cuatro mil reglamentos nacionales, referentes sólo al ámbito de la LCM; es este un dato que tomo de M. LÓPEZ ESCUDERO/J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, *Derecho comunitario material*, op.cit. p. 37).

²³ JOCE n.º C 256/2, de 3 de octubre de 1980.

²⁴ Téngase en cuenta la Declaración del PE y del Consejo 3052/95, de 13 de diciembre de 1995, por la que se establece un procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de la LCM en la Comunidad (DOCE n.º L 3321, de 30 de diciembre de 1995).

²⁵ «L'achèvement du Marché intérieur. Livre blanc de la Commission», *Doc. COM (85)*, 310 final, 14/6/1985, espec. num. 68, 75 y 77 a 79. El número de trabajos dedicados al tema es enorme, aunque resultan particularmente ilustrativos: M. AYRAL, «Le Marché Intérieur à 700 jours de l'échéance du 31 décembre 1992: bilan et perspectives», *RMUE*, 1991, 2, pp. 105 y ss. espec. pp.103-107; J. MCMILLAN, «La certification, la reconnaissance mutuelle et le marché unique», *RMUE*, 1991, 2, pp. 181 y ss. espec. 186-196; y sobre todo, A. MATTERA, *El Mercado Unico europeo. Sus reglas. Su funcionamiento*, op. cit. supra, pp. 309 y ss.

cieros y no tanto en los servicios tradicionales²⁶ y²⁷. Proceso de formalización que culmina con la controvertida disposición contenida en el artículo 100 B del *Acta Unica Europea*²⁸. Finalmente el Tratado de Amsterdam introduce dos cambios en el estado de la cuestión: por una parte elimina el artículo 100 B del Acta Unica y, por otra, solo el actual artículo 47.1 TCE se refiere a este principio como técnica legislativa y en el ámbito del Derecho de establecimiento.

Las líneas emergentes de la evolución esbozada permitirían distinguir tres grandes fases. En la *primera*, abierta por la jurisprudencia del *Cassis de Dijon* se supera la idea inicial de los Tratados, construidos en torno a la supresión de obstáculos a los intercambios de bienes, personas y servicios —*integración negativa*— e incluso la de la armonización de legislaciones —*integración positiva*— hasta entonces instrumento fundamental en orden a la realización de las Libertades en el Mercado Común. La *segunda* etapa, vendría determinada por el cambio de orientación de la Comisión que expresa el Libro Blanco para la ejecución del Mercado interior y el consiguiente recurso al reconocimiento mutuo como técnica de reglamentación dentro del ámbito de la armonización de legislaciones. La *tercera* estaría caracterizada, de una parte, por una expansión de este principio y, de otra y como contrapunto, determinada por una transformación parcial del planteamiento inicialmente vigente pues, por ejemplo, la Segunda Directiva Bancaria matiza el alcance del reconocimiento mutuo (control por el país de origen) a partir de las cláusulas de «interés general» (control por el país de destino) desembocando en lo que algunos autores han calificado como un «sistema de reconocimiento mutuo imperfecto»²⁹ como veremos en el siguiente apartado.

²⁶ «L'achèvement...», *ibid.* num. 100-103

²⁷ En lo que concierne al DE, el principio del reconocimiento mutuo está ausente de este proyecto pues se estima presupuesto previo la homologación de títulos y diplomas (*cfr.* «L'achèvement...» *ibid.* num. 93).

²⁸ Disposición suprimida por el TA. Los aspectos más polémicos se centraban en la privación de «automaticidad» al principio de reconocimiento mutuo pues, elaborado por la Comisión el inventario de disposiciones a armonizar, se asignaba al Consejo la decisión de dotar de reconocimiento a las regulaciones nacionales equivalentes. Sobre esta cuestión pueden consultarse: M. LÓPEZ ESCUDERO, «La aplicación del principio del reconocimiento mutuo...», *op.cit.* pp. 158-164. Criticando la ausencia de un apoyo incondicional del TJCE a la «actitud» de la Comisión, O. BROWER, «Free movement of foodstuffs and Quality Requirements: Has the Commission got it wrong?», *CMLR.*, 25, 1988, pp. 248 y ss. espec. p. 262.

2. ANATOMÍA: ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

A nuestros fines interesa destacar tres elementos claves de su configuración actual. Cabe afirmar que el reconocimiento mutuo 1) presupone la existencia de *equivalencia* entre las legislaciones implicadas (país de origen y país de destino). 2) Realiza un reparto de competencias entre el país de origen y el país de destino del producto o del servicio, de manera que a cada una de estas leyes el principio de reconocimiento mutuo les asigna el control sobre determinadas cuestiones. 3) Esto explica que conlleve una peculiar remisión al ordenamiento extranjero (país de origen) en el país de destino, al tiempo que puede dar entrada a la ley del país de destino.

1. El primer elemento se percibe inicialmente, como se ha visto, en el marco del Derecho de establecimiento, pero se confirma con alcance general al insertarse dentro del ámbito de la armonización de legislaciones³⁰. Una vez que hay armonización mínima, se entiende que hay un grado de equivalencia suficiente entre los EM y en consecuencia es admisible que las autoridades del país de destino tomen en consideración la ley del país de origen de productos o servicios³¹.

2. Para las autoridades del país de destino presupone la *referencia a un ordenamiento jurídico extranjero: el del país de origen*. Esta dimensión del reconocimiento mutuo ha provocado una importante corriente en la doctrina por la que se sostiene la identidad entre el alcance de este principio y la norma de conflicto, técnica de reglamentación típica y clásica.

²⁹ Cfr. P. LASTENOUSE, «Les règles de conduite et la reconnaissance mutuelle dans la directive sur les services d'investissement», *RMUE*, 1995, 4, pp. 79-120, espec. p. 113.

³⁰ Nótese que en este punto hay autores que advierten una cierta discrepancia entre el planteamiento de la Comisión y el del TJCE: mientras para el TJCE la acción de este principio está subordinada a la existencia de equivalencia (al respecto *vid. supra.* las SSTJCE cit. en notas 15 y 17) la Comisión por el contrario le ha atribuido un alcance más amplio o cuando menos no sujeto a esta restricción (*cfr.* M. LÓPEZ ESCUDERO/J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, *Derecho comunitario material*, *op. cit.*, p. 36).

³¹ Cuando no concurre equivalencia, a falta de la armonización, la competencia para fijar la adecuación de bienes o servicios la ostentan los Estados miembros.

sica de los supuestos de tráfico externo. Fundamentalmente en la doctrina alemana, esta extendida la idea de que las normas del TCE de Libre circulación de mercancías (arts. 30-36, actualmente 28-31) y las referentes a Libre prestación de servicios (en particular el art. 59, actualmente art. 49) contienen una norma de conflicto «implícita» u «oculta»³². Frente a ésta, otros rechazan tal asimilación³³, tesis que desde nuestro punto de vista se sostiene 1) no solo por el peculiar alcance de la referencia al derecho extranjero 2) sino también por la propia génesis histórica del principio de reconocimiento mutuo: como se ha visto su formulación y penetración en el Derecho comunitario permite afirmar que las normas del TCE nacieron en absoluto ajenas al método conflictual. Y aun cuando este principio desempeña una cierta función de localización, en la medida en que sirve ante

³² Caracterizada por la renuncia previa del Derecho comunitario a regular la comercialización de bienes y servicios y 1) cuyo criterio de conexión vendría determinado por la referencia a la «ley del país de origen», 2) desempeñando la excepción de «interés general» oponible por las autoridades del país de destino una función análoga a la cláusula de orden público. 3) Esta norma estaría llamada a sustituir a las normas de conflicto internas de los Estados miembros. Es la tesis de J. BASEDOW: «Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis», *Rebels'Z*, t. 59, 1995, pp. 1-54 (utilizo las conclusiones en inglés); implícitamente también está en el planteamiento de B. VON HOFFMANN (cfr. *European Private International Law*, *op. cit.* p. 32), en tanto en cuanto lo que, desde nuestra perspectiva, son cláusulas de reconocimiento mutuo insertas en Directivas el autor las caracteriza como normas de conflicto; en la misma línea, afirmando su estructura alternativa, M. FALLON («Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré», *R des C*, vol 253, 1995, pp. 9-282, espec. pp. 119 y 136-139). El debate se ha trasladado en tiempos recientes al ámbito societario, en relación con el art. 58 (actualmente 48) del Tratado a raíz de la STJCE de 9 de marzo de 1999 en el asunto «Centros»; sobre esta cuestión en ese marco *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, «El derecho europeo de sociedades y la sentencia «Centros»: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario», *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 115-157, espec. p. 121. D. SANCHO VILLA: *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, ed. Fundación Centro Estudios Comerciales, Madrid, 2001, espec. p. 189.

³³ Posición representada en España por M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación... op. cit. espec.*, pp. 209 y ss.; es también la mía («El principio de reconocimiento mutuo ...», *op. cit.* espec. n.º 5 y 6) y con diferentes argumentos H. DUINTJER TEBBENS: «Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire», *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 1994, n.º 2, pp. 451 y ss. espec. pp. 478-479; o H. J. SONENBERGER (a partir de la recensión de P. LAGARDE, «Nota» en *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.* 1996, n.º 4, p. 856).

todo para decidir quien es el Estado competente para definir las condiciones de puesta en el mercado del producto o del servicio, 3) nace vinculado a exigencias materiales comunitarias: la agilización de la Libertad de circulación, en una primera fase dentro del Mercado común y la realización del Mercado interior en una segunda época³⁴.

A) Más allá de consideraciones de orden dogmático, la referencia a la ley del país de origen sitúa precisamente en el *autor de la referencia al ordenamiento extranjero* como elemento diferenciador más significativo entre reconocimiento mutuo y norma de conflicto.

En esta sede la referencia al ordenamiento extranjero alcanza a dos cuestiones. Debe acreditarse conforme a esa ley el *cumplimiento de las exigencias legales o administrativas del país de origen* y la existencia de *equivalencia*. En cuanto a lo *primero*, el interesado debe estar en condiciones de aportar un principio de prueba por el que se demuestre que el producto o servicio cumplen las exigencias del país de origen. Bastaría aportar la prueba de la autorización otorgada por el EM de origen. Sin embargo, aceptado que el reconocimiento mutuo opera sobre la base de equivalencia u homogeneidad entre legislaciones nacionales, corresponde al país de destino demostrar la *falta de equivalencia* entre las legislaciones nacionales reguladoras de las condiciones del producto o del servicio. De modo que la *carga de la prueba* —en torno a la falta de equivalencia o al incumplimiento de la ley del país de origen— recaerá sobre las autoridades del país de destino, pues son éstas las que al rechazar la entrada del producto o del servicio están generando un obstáculo al comercio intracomunitario³⁵ y por tanto obligadas a esgrimir razones de interés general³⁶ que lo justifiquen. Carga que en la práctica se viene atenuando facilitando el *acceso a la información*³⁷ y simultáneamente por un *incremento*

³⁴ En esta perspectiva insiste, para negar el carácter conflictual del art. 58 (actual 48) en el ámbito de sociedades, S. SÁNCHEZ LORENZO al señalar que «la génesis de la norma (art. 58) demuestra que la única finalidad de dicho precepto fue establecer el ámbito de aplicación personal de la libertad de establecimiento aplicada a personas jurídicas y por analogía con las personas físicas» (cfr. en «El Derecho europeo de sociedades...», *op. cit.* p. 125).

³⁵ Como ha demostrado a partir del examen de la jurisprudencia M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación...*, *op. cit.*, p. 95 y 221-225.

³⁶ Cfr. en este sentido B. VON HOFFMANN, *European private...*, *op. cit.*, p. 25.

³⁷ Son fundamentales la Directiva 83/189, de 28 de marzo de 1983 (DOCE n.º L 109 de 26/4/1998) que prevé un mecanismo de comunicación a la Comisión de los proyectos de medidas nacionales susceptibles de obstaculizar la libertad de circula-

de la cooperación administrativa. Entre estas iniciativas habría que diferenciar unas, de alcance *general*³⁸ de otras, *particulares*, que permiten detectar un incipiente *sistema de cooperación entre autoridades administrativas* directa entre los EM³⁹.

B) En segundo lugar, la norma por la que en el país de origen se certifica la adecuación del producto o del servicio que se introducen en el mercado es, necesariamente, una *norma de naturaleza pública* con una incidencia cierta en las operaciones entre particulares⁴⁰. La eficacia ex-

ción, junto a un periodo de *statu quo* durante el cual el Estado miembro autor no podrá adoptar la medida potencialmente obstaculizadora, periodo en el que la Comisión traslada la propuesta a los demás Estados miembros para que emitan sus opiniones y ella misma se pronuncie; también la Decisión 3052/95 de 13 de diciembre de 1995 (DOCE n.º L de 30 diciembre 1995).

³⁸ Institucionalizada inicialmente a nivel comunitario por resolución del Consejo, de 16 de junio de 1994, sobre el desarrollo de la cooperación administrativa para la aplicación y el cumplimiento de la legislación comunitaria en el mercado interior (DOCE n.º C 179, de 1 de julio de 1994, p. 1) y Resolución del Consejo, de 29 de junio de 1995, sobre la aplicación uniforme y eficaz del Derecho comunitario y sobre las sanciones aplicables por incumplimiento de sus disposiciones relativas al mercado interior (DOCE n.º C 188, de 22 de julio de 1995, p. 1). A nuestros fines, y desde esa perspectiva institucional, mucho más interesantes son los previsible desarrollos de una Red Judicial Europea, a los que me refiero (*infra nota 59*).

³⁹ Exponente de estas últimas es la que arroja la transposición en España por Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación bancaria (BOE n.º 90, de 15 de abril de 1994) cuyo artículo 54 prevé el ejercicio de la actividad crediticia en régimen de Libre prestación de servicios sin autorización previa de las Autoridades españolas (art. 53.1 Ley), *bastando una comunicación de la Autoridad supervisora en el país de origen al Banco de España* en la que figuren, de una parte, los requisitos exigidos por el artículo 49 y, en particular, la indicación de las actividades que pretenden realizar en España de entre las que figuran en el Anexo de la Directiva. La cláusula de reconocimiento mutuo desemboca en este punto en un sistema de cooperación de autoridades resultando superflua la consulta del derecho extranjero (del país de origen).

⁴⁰ La responsabilidad del estado de origen es enorme en clave de integración. Más allá de la autorización de productos y de su puesta en práctica en el mercado —cuestión sujeta indefectiblemente a normas de derecho público— la incidencia del Estado en el ámbito armonizado si tomamos como referente el ámbito de la LPS tampoco es desdeñable. Por ejemplo, al Estado de origen le atañe controlar el sistema de autorización única para cotizaciones en bolsa, que se introduce con la Directiva 85/611 (DOCE n.º L 375/3, de 31/12/1985) o velar por los servicios de la sociedad de la información (art. 3.1 Directiva 2000/31, de 8/6/2000, relativa a de-

traterritorial del derecho público extranjero funciona en absoluto ajena al método conflictual (bilateral). Contrastar el cumplimiento por el operador de las exigencias de la ley del país de origen por la autoridad del país de destino podría caracterizarse, bien como una cuestión de *reconocimiento de la eficacia extraterritorial* de las normas jurídico-públicas extranjeras, bien como una manifestación de *unilateralismo*.

En los parámetros del reconocimiento mutuo en rigor solo se suscita una cuestión de *reconocimiento* cuando el país de destino exija del operador documentos o certificados que acrediten autorizaciones otorgadas por las autoridades del país de origen. Dejando aparte estos casos, la cuestión estriba en cómo dar efecto en el foro (país de destino) a la regulación de una actividad o de un producto que, más allá de los límites impuestos por el Derecho comunitario vía armonización, en definitiva ha sido diseñada por un Estado extranjero. Dado que la obligación de reconocimiento mutuo halla su fundamento en las obligaciones derivadas del Derecho comunitario general, desde la óptica del Derecho internacional privado, no nos hallamos ante supuestos típicos de aplicación (o reconocimiento) de derecho público extranjero pues son supuestos vinculados con el Derecho comunitario.

Las autoridades del país de destino, como ya hemos señalado, tienen que verificar que el producto o el servicio concernido cumplen las exigencias previstas por el país de origen. Habrá que distinguir según que la norma jurídico-pública tenga o no incidencia sobre un contrato. En estas coordenadas y como se ha demostrado⁴¹ la autoridad tiene que *tener en cuenta* la norma extranjera de referencia pero no tiene que *aplicarla*⁴².

terminados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (DOCE n.º L 178, de 17/7/2000); o controlar la producción e introducción del «acto de comunicación al público» en sede de protección de derechos de autor y derechos afines en la radiodifusión vía satélite (art. 1 2b) Directiva 93/83 de 27/9/1993, DOCE n.º L 243 de 6/10/1993). En definitiva, para entrar en el país de destino es preciso que el producto o el servicio cumplan las exigencias jurídico-públicas dictadas por el país de origen.

⁴¹ Es la tesis sostenida en España por M. GARDEÑES (*La aplicación ...*, *op. cit. espec.* pp. 213-214).

⁴² En la *primera* hipótesis la norma jurídico-pública extranjera no incide sobre el desarrollo del contrato pero condiciona, por ejemplo, la apertura de un establecimiento secundario o la prestación de un servicio en el país de destino. Se ha dicho que «tener en cuenta» o «tomar en consideración» son expresiones más amplias que «aplicación». En referencia al artículo 7.1 del Convenio de Roma —vehículo de

Es difícil *tomar en consideración* una norma extranjera sin aplicarla⁴³. Pero en la cláusula de reconocimiento mutuo y dado que por ésta se asignan unas competencias al país de origen y otras al país de destino, *no hay aplicación del derecho extranjero*. Bien que, en contrapartida, el alcance de la referencia *tampoco puede reducirse a la constatación mera de un «dato»*⁴⁴, puesto que la sanción por infracción de las normas del país de origen viene dada en buena medida por la ley del país de destino (p. ej. las autoridades del país de destino pueden suspender la importación del producto hasta tener constancia de que ha sido legalmente fabricado en el país de origen; o pueden impedir la prestación de servicios financieros hasta que se acrediten las exigencias de solvencia impuestas en origen). Para las autoridades del país de destino la referencia al ordenamiento extranjero es un paso previo que condiciona la solución del caso. En este sentido hemos tomado prestada la expresión «toma en consideración» del derecho extranjero: en la medida en que como explica A. BUCHER, «designa las hipótesis de aplicación del orden público extranjero a título prejudicial o incidental»⁴⁵. Con independencia de que la norma jurídico-pública extran-

penetración de las normas jurídico-públicas extranjeras—, se dice también que la toma en consideración de normas jurídico-públicas extranjeras precisa la concurrencia de: 1) voluntad de aplicación, 2) vinculación suficiente entre la ley del foro y la norma extranjera, cuya apreciación corresponde al juez y, 3) presencia de un interés preponderante que se traduce en la «convergencia de intereses» entre el foro y el derecho extranjero (*Vid.* A. BUCHER, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé» *R. des C.*, 1993-II, vol 239, espec. pp. 92 y 95).

⁴³ En el ámbito de los contratos se percibe con mayor nitidez: implicaría, por ejemplo, que si la validez del contrato de venta de un cuadro se suscita ante los Tribunales españoles, hay que tener en cuenta el dato de que el cuadro sea un objeto robado y el vendedor haya sido condenado por robo del cuadro en otro país; o si lo que se suscita es la validez de una sucesión testamentaria en España, conforme a ley española, hay que tomar en consideración la norma extranjera por la que se regula y resuelve la devolución de un inmueble sito en ese territorio (*lex rei sitae*) que eventualmente formaría parte del caudal hereditario.

⁴⁴ En la concepción de A. EHRENZWEIG hay áreas excluidas del ámbito del conflicto de leyes porque la ley extranjera se toma en cuenta como un hecho, como un dato o un «local datum» (*Cfr.* E. JAYME, «The American Conflicts revolution and its Impact on European Private International Law» en *Forty Years on: the evolution of Post war Private International Law in Europe*, ed. Deventer, Kluwer, 1990, p. 26); de modo que el efecto jurídico de esa norma extranjera debe integrarse con la *lex causae* que es la que deduce las consecuencias sobre la relación jurídica entre las partes; en una configuración contemporánea estas premisas han posibilitado la «teoría del DIPr en dos escalones».

⁴⁵ *Cfr.* «L'ordre public...», *op. cit.* p. 103.

jera tenga incidencia o no sobre un contrato, en ambos casos el derecho extranjero consultado no resuelve la controversia pero sí condiciona la solución del caso⁴⁶.

3. En cuanto al papel de la *ley del país de destino* nos vamos a centrar en la Libre prestación de servicios. Dentro de este ámbito la sumisión del control de la actividad al país de origen ha sido acogida, por ejemplo, en el ámbito de los *valores mobiliarios*⁴⁷. Las primeras Directivas propiciaron ya un sistema de autorización única para cotizaciones múltiples, de modo que los valores emitidos desde un EM serían admitidos en las bolsas de los demás EM propiciando su circulación y contribuyendo de ese modo a la capacidad de financiación de los emisores. Desde finales de los años ochenta el método se ha modificado pero la finalidad sigue siendo idéntica: para ser admitidos los valores a cotización múltiple deberán cumplir las condiciones mínimas de admisión fijadas por la Directiva 85/611 CEE de 20 de diciembre de 1985⁴⁸. Además, se instaura un sistema de autorización única válido para todos los EM a otorgar por el país de origen (art. 4.1). Bien que la emisión aprobada por la bolsa principal deberá cumplir las *exigencias legales previstas por la ley del país de destino de la emisión* en todo lo no previsto por la Directiva (art. 44.1), lo que comporta una *derogación parcial al control por el país de origen*⁴⁹,

⁴⁶ En una clara manifestación de unilateralismo que hemos abordado en otra sede a la que nos remitimos («El principio del reconocimiento mutuo...», *op. cit.* en nota 2, espec. nota 45).

⁴⁷ En cuanto a los servicios clásicos, *vid.* asimismo, arts. 3 a 7 de la *Directiva* 92/96, de 10 de noviembre de 1992, por la que se modifican las *Directivas* 79/267 y 90/619 sobre seguros de vida (sobre el tema, las Actas sobre la Conferencia de Derecho Comparado que tuvo lugar en el Instituto Europeo de Florencia, bajo el título *International Insurance Contract Law in the EEC* (ed. F. REICHERT-FACILIDES/H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA), Kluwer, 1991), no siendo éste el único ámbito sobre el que se ha proyectado el principio de reconocimiento mutuo. A título de ejemplo, *Vid.* asimismo su penetración en el campo de las *obras de arte* (*Directiva* 93/7 de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un EM, *DOCE* n.º L/74, de 27 de marzo de 1973 (*vid.* V. FUENTES CAMACHO, «La libre circulación de bienes culturales», *La Ley. Comunidades Europeas*, supl. I, n.º 46, pp. 12 y ss.). Asimismo, en el ámbito de las emisiones televisadas transfronterizas, la *Directiva* 89/552 de 3 de octubre de 1989, *DOCE*, n.º L 298/23, de 17 de octubre de 1989.

⁴⁸ *DOCE* n.º L 375/3, de 31/12/1985.

⁴⁹ Esta idea fue matizada en lo que concierne a la publicidad, en el apart. 15 de la propuesta de Directiva aprobada por la Comisión el 10 de febrero de 1993 (*DOCE*, n.º C 59/14) por la que se modifica a la anterior. Así, en materia de publi-

al quedar subordinada dicha ley a la existencia de un interés general en el EM de destino.

Un mayor protagonismo de la ley del país de acogida o destino de la prestación se detecta, también en el sector financiero, en la *Directiva 89/646, de 15 de diciembre de 1989*, más conocida como la Segunda *Directiva bancaria*⁵⁰: razones de interés general pueden justificar tanto la imposición de restricciones al establecimiento por el país de acogida (art. 19.4), como al ejercicio de la prestación del servicio, ya sea para prevenir o reprimir irregularidades (art. 21.5), o simplemente como medio de control de la publicidad (art. 21.11). En resumen, *derogaciones parciales* al principio del reconocimiento mutuo.

III. LA NUEVA FISONOMÍA DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

1. LA PROYECCIÓN DEL RECONOCIMIENTO MUTUO SOBRE EL ÁMBITO PROCESAL

Si algo enseña el examen de los orígenes históricos de este principio estructural del Derecho comunitario es que la cláusula de reconocimiento mutuo se impone cuando el proceso de armonización de legislaciones *no existe* —ejemplo *Cassis*— o *falla* por resultar inviable —y de ahí las Directivas que arrancan del Libro Blanco—. Se ha visto también cómo en su desenvolvimiento ulterior el reconocimiento mutuo se introduce dentro

cidad las exigencias impuestas por la ley del país de destino se hallarán subordinadas a la existencia de un «interés general» del EM de destino, finalmente acogida en el texto definitivo (Directiva 93/22, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores mobiliarios, *DOCE* n.º L 141, de 11 de junio de 1993). Es una derogación parcial de la acción de la ley del país de origen al quedar subordinada a la existencia de un interés general en el EM de destino.

⁵⁰ (*DOCE* n.º L 386, de 30 diciembre de 1989). En ésta se introduce el reconocimiento mutuo no sólo como criterio clave en la armonización de las condiciones de *acceso* —todo el Título V según que el acceso tenga lugar en régimen de establecimiento secundario o en régimen de prestación de servicios— y *ejercicio* de la actividad bancaria (p.ej. art. 13.1), sino que aparece también como criterio rector de la actividad bancaria frente a su clientela o *ad extra* (art. 18). *Vid.* asimismo art. 7.1, f) de la Directiva 88/357, de 22 de junio de 1988, sobre seguros distintos del de vida (*DOCE* n.º L 172/1988, p. 1) modificado por los arts. 27 y 28 de la *Directiva 92/49*, de 18 de junio de 1992 (*DOCE* n.º L 228/1992, p. 1).

de la armonización de legislaciones, lo cual no desmiente la premisa anterior: los límites de la armonización imponen que aun cuando exista armonización opere el reconocimiento mutuo como técnica de solución (p.ej.: radiodifusión o servicios bancarios y comercio electrónico).

Este Proyecto se incardina dentro de las coordenadas señaladas: la armonización existente⁵¹ resulta insuficiente y se hace necesaria una ampliación y perfeccionamiento de lo existente en consonancia y dentro de los límites impuestos por los artículos 65 y 67 del Tratado de Amsterdam. Las principales carencias del proceso con elemento extranjero en el ámbito comunitario se manifiestan en las enormes disparidades legislativas en cuanto a la *regulación del proceso*⁵², no del todo corregidas por la armonización vigente⁵³ pues ésta alcanza casi exclusivamente a la competencia judicial internacional y al reconocimiento de decisiones judiciales dictadas sobre la base de los foros uniformes, con la única salvedad de comprender un régimen completo del procedimiento de ejecución de resoluciones extranjeras⁵⁴.

Sin embargo, como hemos señalado, en este punto el Proyecto no aspira a la armonización del proceso con elemento extranjero en el ámbito

⁵¹ Asumimos que los Reglamentos 44/2001 (Bruselas I) y 1347/2000 (Bruselas II) son normas de armonización, aunque resulten de la conversión de Convenios internacionales; y aunque como tales Convenios no se consideraron nunca Derecho comunitario derivado, pues su fundamento jurídico se hallaba en el originario artículo 220 del TCE, precisamente su vinculación con el TCE ha sido afirmada en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia del TJCE.

⁵² Aspecto denunciado entre nosotros ya hace años por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Pasado, presente y futuro del Derecho internacional privado comunitario», *Dereito*, 1996, vol. 5, n.º 1, pp. 9 y ss. espec. pp. 43-46.

⁵³ Con la salvedad del Reglamento n.º 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000 (*DOCE* n.º L 160, de 30 de junio de 2000, p. 37) relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil. En el ámbito de la *obtención de pruebas* ya se ha concluido el Reglamento en la materia (vid. Regl. n.º 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, *DOCE* n.º L 174/1, de 27/6/ 2001).

⁵⁴ Prueba de la impermeabilidad de los Derechos procesales nacionales a las exigencias derivadas de la integración han sido, por ejemplo, los supuestos que conducen a las SSTJCE en los *asuntos Hubbard* o *Mund Fester* en los que se discute la compatibilidad de normas nacionales con la exigencia (de no discriminación) derivadas de los Tratados (Vid. As. 398/92, STJCE 10 de febrero 1994, *Rec.* 1994,p. I-467. Sobre la misma cuestión las SSTJCE en los asuntos C-43, *Data Delecta*, de 26 de septiembre de 1996 o las recaídas en los asuntos *Hayes*, de 20 de marzo de 1997 y *Austin*, de 10 de febrero de 1997).

intra comunitario. En lo que se refiere al *reconocimiento de decisiones*, al contrario, tendencialmente pretende preservar las diferencias jurídicas que en el ámbito procesal se identifican de un Estado a otro, al utilizar la cláusula de reconocimiento mutuo como técnica en la armonización proyectada⁵⁵.

Y quizá por una identidad de razón —preservar las diferencias— en lo que atañe a las *medidas complementarias*⁵⁶ todo parece apuntar hacia un sistema de cooperación de autoridades —*puro*: entre autoridades administrativas o *mixto*: entre autoridades administrativas y judiciales— perfeñado en tiempos recientes en la *Decisión del Consejo relativa a la creación de una red judicial europea en materia civil y mercantil*⁵⁷, cuya principal misión se cifra en «facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros en materia civil y mercantil y concebir y tener al día un sistema de información destinado al público»⁵⁸. Excluiremos este plano

⁵⁵ Y en este sentido, aceptado que este Proyecto halla su fundamento en el art. 65 del Tratado de Amsterdam, se cumplirían las predicciones C. KOHLER cuando vaticinaba que la intervención comunitaria contemplada por el art. 65 solo desembocaría en medidas de *soft law* que no podrían ni unificar ni siquiera armonizar parcialmente los derechos nacionales (*Vid.* «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam», *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 1999, n.º 1, pp. 1 y ss. espec. pp. 18-21).

⁵⁶ Recuérdese que el Proyecto propugna entre otras, la armonización de normas relativas a notificación o traslado de actos judiciales, las que permitan facilitar la ejecución de resoluciones (p.ej. conocer el patrimonio del deudor) y medidas destinadas a facilitar la información al público.

⁵⁷ De fecha 28 de mayo de 2001 (*DOCE* n.º L 174, de 27 /6/2001, p. 25).

⁵⁸ Doble objetivo, por tanto: la cooperación de autoridades y la información al público. Además de este párrafo 1 del artículo 3, la misión se concretiza en el párrafo 2: «...la Red desarrollará sus actividades con los siguientes fines:

- *eliminación de los obstáculos prácticos al buen desarrollo de los procedimientos transfronterizos y a la cooperación judicial efectiva entre los Estados miembros, en especial cuando no sea aplicable ningún acto comunitario ni instrumento internacional.*
- *la aplicación efectiva de los actos comunitarios o convenios en vigor entre dos o varios Estados miembros.*
- *la facilitación de las solicitudes de cooperación internacional presentadas por un Estado miembro a otro.*
- *la creación y mantenimiento de un sistema de información al público sobre la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el interior de la Unión Europea.»*

(En torno a las dificultades que puede plantear la puesta en práctica de la red *vid.* «Dictamen del Comité Económico y Social sobre “Propuesta de Decisión del

pues por lo que tiene de específico en su planteamiento y soluciones, exigiría un tratamiento autónomo.

Vamos a extrapolar los rasgos de la cláusula de reconocimiento mutuo sobre el plano del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras con el fin de verificar si esta cláusula opera sin tensión en este ámbito de materias. La premisa no puede ser otra que la de la caracterización de la Jurisdicción como un atributo de la soberanía. Las decisiones judiciales extranjeras al ser actos de una jurisdicción extranjera están desprovistas de eficacia fuera del ámbito de la jurisdicción en que fueron dictadas⁵⁹. Esto explica que su eficacia se condicione en el Estado requerido a una serie de requisitos formales y sustantivos de distinta intensidad según que el litigio principal y su reconocimiento se susciten dentro o fuera de un ámbito de integración. Veamos qué queda de este marco de razonamiento y cauce de integración de la sentencia extranjera en el Estado requerido.

2. TRES INTERROGANTES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: OBJETO, MÉTODO Y GARANTÍAS DEL RECONOCIMIENTO MUTUO

A) *¿Qué reconoceremos? Objeto del reconocimiento*

De entrada cabe detectar una diferencia fundamental respecto al ámbito tradicional de la cláusula de reconocimiento mutuo que se cifra en el alcance temporal. En el ámbito tradicional —que incide sobre la dimensión del derecho aplicable al producto o servicio—, el reconocimiento mutuo opera *ex ante*, esto es, con carácter previo al conflicto en el que se ve involucrado el operador. Es, si se quiere, un mecanismo de prevención de los conflictos de leyes, con independencia de las dificultades de anclaje que la acción del reconocimiento mutuo —derivadas de la referencia a ley del país de origen— pueda suscitar en interferencia con otros instrumentos internacionales⁶⁰. En la configuración del presente Proyecto,

Consejo relativa a la creación de una Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil”, en *DOCE* n.º C 139/6, espec. n.º 3.8).

⁵⁹ Por todos A. P. ABARCA JUNCO, *Derecho internacional privado*, vol. I, ed. UNED, Madrid, 2001 (*en prensa*).

⁶⁰ Nos referimos a las relaciones con el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de las que nos hemos ocupado en otro lugar (*cfr.* «El principio de reconocimiento mutuo ...», *op. cit.*).

en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales, como es lógico, la cláusula de reconocimiento mutuo opera *ex post* o respecto de situaciones litigiosas en las que se han visto enfrentados dos o más particulares y una de las partes implicadas pretende la eficacia de la decisión judicial bajo el ámbito de otra jurisdicción.

Esto se vincula con otra diferencia conceptual respecto al reconocimiento mutuo que hemos venido examinando. Y es que falla un presupuesto considerado esencial por la jurisprudencia del TJCE en sede del reconocimiento mutuo, cual es la *equivalencia en las legislaciones*, presupuesto al que sin embargo no se ha ceñido la Comisión en sus propuestas. Falla la equivalencia pues, como es obvio, la regulación del desarrollo del proceso sigue sujeta a la idea que correctamente expresa el viejo aforismo latino *lex fori regit processum*: fases y trámites, medios de prueba, plazos, legitimación son instrumentos al servicio de los particulares desprovistos de toda homogeneidad de un Estado a otro. Falla también porque no hay armonización comunitaria en la materia⁶¹.

Objeto del reconocimiento son las *decisiones judiciales extranjeras* dictadas por tribunales nacionales de los Estados miembros en litigios que bien ya estaban contemplados por el Reglamento 44/2001⁶², bien lo estaban en el Reglamento 1347/2000⁶³, o en último término, materias «vinculadas» pero excluidos de éste⁶⁴. En relación con el Derecho de familia cabe afirmar que el Reglamento 1347/2000 atañe a cuestiones extra patrimo-

⁶¹ Con las excepciones referentes a la notificación y a la obtención de pruebas (*cit. supra*. nota n.º 53).

⁶² Relativos a *créditos no impugnados, litigios de menor cuantía (?)* y pensiones sobre *alimentos*.

⁶³ Relativos al derecho de visita sobre los hijos residentes con los padres en el momento del divorcio (a los que se refiere el Reglamento 1347/2000) se prevé la supresión del *exequatur*. Por lo que respecta a *situaciones familiares distintas del matrimonio y resoluciones que modifiquen el ejercicio de la responsabilidad parental*, con independencia de que se opte por modificar/ampliar el Reglamento 1347/2000, el objetivo último es también la supresión del *exequatur*.

⁶⁴ En relación con los litigios relativos a *regímenes matrimoniales y a las consecuencias patrimoniales de las parejas no casadas*, también con independencia de que se amplíen los mecanismos del Reglamento 1347/2000 o se contemplen en un instrumento independiente, la finalidad última es la supresión del *exequatur*. En distinto plano y por lo que se refiere a los litigios sobre *testamentos y sucesiones*, con independencia de que en instrumento separado se asigne a estos litigios soluciones como las contempladas por el Reglamento 44/2001, la finalidad última se cifra en la supresión del *exequatur*.

niales mientras que el presente Proyecto incidiría *in genere* sobre los aspectos patrimoniales del Derecho de familia.

En cuanto al *concepto de resolución*, no ofrece duda que servirá la noción hasta ahora utilizada por el artículo 26 del Convenio de Bruselas de 1968, por la que se entendía que están comprendidas tanto las resoluciones definitivas y provisionales (p. ej. medidas cautelares vinculadas a la liquidación del régimen económico), firmes y no firmes (en función de que las partes hayan agotado o no las posibilidades de recurso en el país de origen). La extensión del reconocimiento mutuo refuerza esta última idea: el entendimiento contrario (p. ej. esperar a que la sentencia sobre un crédito impugnado fuera firme) desactivaría la finalidad de agilización a que obedece⁶⁵.

Un problema particular se puede plantear en cuanto a la delimitación del *ámbito personal de aplicación*. Falta en el Proyecto cualquier referencia a esta cuestión y precisamente tal ausencia lleva a pensar que la cláusula de reconocimiento mutuo podría proyectarse sobre litigios que involucraran a nacionales de la Unión y/o nacionales de países terceros. El tema no es baladí si se tiene en cuenta que esta técnica utilizada en un instrumento comunitario —que también está aún por determinar— hallaría en todo caso su fundamento en el artículo 65 TCE, base jurídica cuando menos cuestionable para regular el reconocimiento de decisiones en los supuestos en que ninguna de las partes tenga la nacionalidad de un EM y tampoco una vinculación suficiente⁶⁶.

⁶⁵ Cosa distinta es si en este aspecto en concreto, el reconocimiento mutuo aporta algo que no se hallara en los Reglamentos de Bruselas I y II. En principio parece que no: la posibilidad de reconocer decisiones judiciales provisionales y no firmes está abierta en los artículos 33.1 (R. Bruselas I) y 14.1 (R. Bruselas II) Pero de esto nos ocupamos a continuación.

⁶⁶ ¿Es suficiente la vinculación que expresan las reglas por las que se fundamenta la competencia judicial internacional? El tema ya fue planteado por algunas delegaciones a raíz de la comunitarización del Convenio de Bruselas II, pues parecía excesivo facilitar el reconocimiento de decisiones en litigios en los que ninguna de las partes tiene la nacionalidad de EM y solo ha pasado un año desde que el demandante tiene allí la residencia (art. 2.1 a) 5º R.) posibilitando un *forum actoris*, esto es, una competencia exorbitante; riesgo concurrente cuando el fundamento de la competencia se hallara en las normas internas de competencia judicial internacional (competencias residuales *ex. art. 8 R.*) La cuestión se zanja a través de un compromiso que figura en el octavo considerando del Preámbulo, conforme al cual «conviene que el presente Reglamento prevea medidas coherentes y uniformes, que permitan una circulación de personas tan amplia como posible. Por esto, es neces-

Y es que si el artículo 65 TCE, base competencial del Proyecto, halla su fundamento en la vinculación con la Libre circulación de personas es probable que el problema se reproduzca en esta sede, máxime si la cláusula de reconocimiento mutuo no parece que vaya a ir acompañada de normas de competencia judicial internacional uniformes. Por una identidad de razón, no hay que descartar que un EM de destino pueda oponerse al reconocimiento mutuo de resoluciones dictadas por tribunales nacionales de los EM que enfrenten a nacionales de países terceros sin una vinculación suficiente con el territorio de la Unión europea. Ante la falta de reglas uniformes de competencia judicial internacional, tal vinculación sólo podrá ser deducida por la autoridad del reconocimiento de las normas sobre Libre circulación de personas. Pero es sabido que las normas sobre Libre circulación de personas son un privilegio de los nacionales de la Unión⁶⁷.

rio aplicarlo igualmente a los nacionales de Estados terceros que presenten un vínculo de conexión suficientemente fuerte con el territorio de uno de los estados miembros, conforme a los criterios de competencia previstos por el Reglamento». (Sobre el ámbito personal de aplicación del Reglamento Bruselas II, *vid.* M. GÓMEZ JENE, «El reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad», en *Rev. J. La Ley*, año XXII, n.º 5321, viernes 1 de junio de 2001; S. DROUET, «La communautarisation de Bruxelles II. Chronique d'une mutation juridique» *RMCUE*, n.º 447, abril 2000, pp. 247 y ss. espec. p. 255).

⁶⁷ Este es uno de los aspectos más controvertidos, a nuestro modo de ver, aun cuando es de esperar que prospere la propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*Doc. COM 2001* de 13 de marzo de 2001). Tampoco es el único: parece incuestionable que el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales dictadas sobre litigios de *menor cuantía* o en materia de *créditos no impugnados*, entrañan una vinculación evidente con la LCP —e incluso con la LCM—: es obvio que se facilita y por tanto se intensifica el comercio intracomunitario en la medida que los instrumentos comerciales resulten realmente operativos en el ámbito intracomunitario. No me parece tan evidente que se contribuya a la *agilización* de la LCP facilitando el reconocimiento de sentencias por la vía del reconocimiento mutuo, sobre regímenes matrimoniales o en materia de testamentos y sucesiones; más exactamente, se diría que el legislador interviene para regular *ciertas consecuencias de la LCP*; y, en este sentido ¿es tan necesario? ¿por qué no una extensión del Reglamento Bruselas II?

B) *¿Cómo reconoceremos? El método de reconocimiento*

El método propugnado es el *reconocimiento mutuo*. Si, como hemos sostenido, la cláusula de reconocimiento mutuo comporta acudir a la ley del país de origen para *tomar en consideración* la norma jurídico-pública extranjera, la extrapolación de esta técnica al ámbito del reconocimiento de las decisiones judiciales dictadas por el país de origen, *implica en el país de destino (o Estado requerido) la «toma en consideración» de la decisión judicial extranjera para que despliegue su eficacia con idéntico alcance y en los mismos términos que la decisión tiene asignada en el país de origen.*

Una vez más las herramientas del Derecho internacional privado nos permitirán concretar esta cuestión fundamental. Las decisiones judiciales extranjeras pueden entrañar valor como «hecho jurídico» o como «acto de autoridad»⁶⁸, comprendiéndose dentro de esta segunda caracterización su valor como documento público y como acto jurisdiccional. 1) En tanto que «*hecho jurídico*» la decisión judicial extranjera surte efectos bajo el ámbito de la jurisdicción extranjera y en consecuencia sólo puede servir para conformar un supuesto litigioso nuevo ante los Tribunales del país de destino. 2) Como «*documento público*» su principal efecto sería el efecto probatorio, por ejemplo, de cara a un proceso abierto en España. 3) Como «*acto jurisdiccional*» despliega toda su eficacia objetiva —cuestión litigiosa— y subjetiva —entre las partes implicadas—.

Ahora bien, en esta tercera dimensión, la sentencia extranjera debe cumplir unos requisitos formales y sustantivos esencialmente dirigidos a garantizar la tutela judicial efectiva de las partes implicadas y en particular, la posición procesal de la parte demandada en el proceso principal. A este planteamiento responden los artículos 34 y 35 del Reglamento 44/2001 relativo al reconocimiento de decisiones judiciales en materia civil y mercantil y el artículo 15 del Reglamento 1347/2000, referente al reconocimiento de decisiones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, en todo caso, mecanismos sumamente flexibilizadores respecto de las condiciones exigidas en ciertos sistemas de Derecho internacional privado como el nuestro⁶⁹. ¿En qué se di-

⁶⁸ Sigo en este punto a M. VIRGOS, en *Derecho procesal civil internacional*, op. cit. pp. 403-406.

⁶⁹ El *primero* ofrece una importante particularidad respecto de su precedente, el Convenio de Bruselas de 1968: el reconocimiento es automático o sin necesidad de

ferencia este procedimiento de *exequatur* flexible con el reconocimiento mutuo?

En principio cabe afirmar que serán reconocidas en su totalidad con la eficacia de cosa juzgada que el país de origen de la decisión asigne a cada tipo de decisión en su caso, en consonancia con el llamado *modelo de extensión*⁷⁰. Decimos, en principio, porque el Proyecto no se pronuncia al respecto bien que no podría ser de otro modo, en la medida en que todo el precedente comunitario en esta materia —los Reglamentos Bruselas I y Bruselas II— están anclados sobre ese «modelo»⁷¹ siendo coherente con el marco de integración y el principio de confianza mutua que ya inspiraba los Convenios de Bruselas I y II. Sin embargo de la lectura del Proyecto se desprende un elemento diferencial fundamental: por el reconocimiento mutuo se aspira a la *supresión del exequatur* tal y como se desprende de la «3ª fase» de desarrollo en cada uno de los cuatro bloques de materias. La caracterización de la incidencia del reconocimiento mutuo sobre este plano nos lleva a razonar desde distintas perspectivas.

1.ª Tesis: Cabría pensar que *reconocimiento mutuo* y *reconocimiento automático* son nociones equivalentes. Por supresión del *exequatur* y en terminología estricta de Derecho internacional privado entenderíamos supresión de tal procedimiento. Esto es, las decisiones judiciales gozarían de la misma eficacia que en el país de origen sin necesidad de recurrir a procedimiento especial alguno. Esto se traduce en «reconocimiento automático», que no equivale a «sin condiciones». Significa, se ha dicho, que «confiere al solicitante del reconocimiento un derecho de invocación directa de la decisión extranjera ante la autoridad competente»⁷². En prin-

procedimiento alguno (art. 33.1 R) y los motivos de oposición sólo pueden esgrimirse en caso de oposición y por el cauce del procedimiento previsto por las Secciones 2 y 3 del Capítulo III (art. 33.2 R). El *segundo* introduce el reconocimiento automático para las sentencias firmes en cuanto a la disolución del vínculo matrimonial (art. 14.2 R) aun cuando mantiene los motivos de oposición (arts. 15 R) para los demás casos así como para las decisiones judiciales sobre el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 24.2 R).

⁷⁰ Sobre ésta F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, ed. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 30 y ss.

⁷¹ Aspecto en el que existe unanimidad en la doctrina española. Vid.: A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 2.ª ed. Comares, p. 291; M. VIRGOS en *Derecho procesal civil internacional*, ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 408.

⁷² Cfr. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 1.ª ed., ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 270.

cipio el orden público —de doble contenido, nacional y comunitario— se mantendría como motivo de oposición. Bien que en este contexto de integración, los motivos de oposición a la eficacia de la decisión judicial extranjera constituirían obstáculos a las Libertad de circulación y en ese sentido habrían de responder a razones de «interés general», subordinados al *test* de proporcionalidad⁷³.

2.^a Tesis: *Reconocimiento mutuo es una noción propia del Derecho material comunitario con implicaciones específicas en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales*. Otros dos datos más conducen a pensar que la intención de las Instituciones comunitarias va más allá de la supresión del *exequatur* en el sentido en el que lo hemos descrito. En relación con los llamados «Ámbitos ya incluidos en los instrumentos existentes» el Proyecto indica, por una parte y como «primera serie de medidas», entre otras, «reducir el número de motivos que puede alegarse al impugnar el reconocimiento o la ejecución» y, entre otras el orden público⁷⁴. Por otra, y como «segunda serie de medidas» la supresión de las medidas intermedias; entre otras:

«La completa supresión de *cualquier tipo de control* por parte del juez del estado requerido sobre la resolución extranjera permitirá a cualquier título nacional circular libremente en el seno de la Comunidad. *Este título nacional tendrá la misma consideración, en el estado requerido, que una resolución dictada en ese Estado*»⁷⁵.

Habría que considerar si este planteamiento nos sitúa —siguiendo con las herramientas del Derecho internacional privado— en un sistema de reconocimiento muy similar al de los *documentos públicos extranjeros* entendiéndose que su regularidad interna sólo concierne al país de origen de la decisión. Pues bien, no estamos hablando sólo de *eficacia probatoria* del documento público extranjero. En las previsiones del presente Proyecto buena parte de las resoluciones judiciales que se pretenden so-

⁷³ Se aproximaría así al reconocimiento automático previsto por el art. 32 del Reglamento de Bruselas II, el que solo se exige la copia auténtica de la decisión y copia del documento que acredite la entrega o notificación del escrito de demanda, además del documento que acredite que el demandado ha aceptado la resolución.

⁷⁴ Cfr. n.º 2.a) i), p. 5.

⁷⁵ Cfr. n.º 2 b) p. 5.

meter a la acción del reconocimiento mutuo son decisiones con *efectos ejecutivos*⁷⁶.

La referencia a la «*supresión de cualquier tipo de control por parte del juez del Estado requerido*» resulta ilusoria en la medida en que la ejecución siga desarrollándose conforme a las previsiones y mecanismos de los Derechos nacionales, divergentes de un Estado a otro; ello puede dar lugar no tanto al no reconocimiento como a la frustración de la ejecución⁷⁷. Superar este escollo requiere dos iniciativas. Una, implantación del *modelo de extensión de los efectos puro*. Significa que a la autoridad judicial del país de origen le corresponde decidir el alcance de la cosa juzgada y si el título es ejecutivo. Desde una perspectiva procesal se presume del *título* extranjero la regularidad formal y sustantiva del proceso desarrollado en el extranjero que ha desembocado en esa sentencia. Cosa juzgada y efectos derivados de la sentencia son cuestiones a resolver por la autoridad del país de origen. Por el contrario, la materialización de los

⁷⁶ En todo caso el Reglamento Bruselas I somete a una identidad de régimen —el correspondiente a la *ejecución* de las resoluciones dictadas en un EM que allí fuera ejecutoria (arts. 38 y ss)— los documentos públicos con fuerza ejecutiva. Régimen caracterizado por la ejecución automática a instancia de cualquier parte interesada (arts. 41 y 38 R.), sin proceder a ningún examen de las condiciones previstas por los artículos 34 y 35 (art.41 R.), que solo podrán ser invocadas por la parte contra la que se solicita la ejecución una vez le haya sido notificada la resolución sobre la solicitud de otorgamiento de la ejecución. El propio CB de 1968 preveía la posibilidad de ejecutar el contenido de documentos públicos extranjeros con fuerza ejecutiva siendo preciso superar el trámite del *exequatur* conforme a lo dispuesto por el art. 50. Luego también los documentos públicos extranjeros están sujetos a *exequatur*, procedimiento atenuado de una parte, por el hecho de que el Reglamento Bruselas I introduzca un «aplazamiento» en cuanto al momento en que pueden hacerse valer los motivos de oposición y, de otra, porque la tramitación se facilita desde el momento en que la autoridad de origen puede expedir a instancia de cualquier parte interesada una certificación uniforme conforme al formulario que se acompaña en el Anexo V (art. 57).

⁷⁷ De modo que la falta de «equivalencia» en este sector de problemas se deja sentir con mayor intensidad que en otros sectores. No hay que descartar que las divergencias queden finalmente reducidas en una armonización mínima de las normas nacionales de ejecución en materia de Derecho de familia. Las enormes diferencias, susceptibles de condicionar la viabilidad de la ejecución dictada en origen, se han puesto de manifiesto en cuanto se inician los trabajos para la introducción del principio de reconocimiento mutuo en cuanto a las decisiones judiciales en materia de guarda de los hijos. Así se apunta en el Documento de trabajo de la Comisión de 27/3/2001, sobre «Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental» (*DOC COM 2001, 166 final*).

efectos solo puede ser asegurada por las autoridades del Estado requerido quienes, obviamente, estarán a lo que disponga su propia ley. Por ejemplo, la ejecución de un crédito reconocido en el país de origen se ejecutará en Francia por el «huissier de justice» y en España en un juzgado. Y es que la ejecución es forzosamente territorial: la prelación de bienes embargables o el momento y condiciones para la ejecución de las sentencias de condena son, entre otras muchas, las cuestiones que sólo pueden ser decididas por la ley del Estado requerido⁷⁸.

Admitiendo que es una técnica que no viene sino a conformar y ampliar todos los precedentes comunitarios en la materia y que resulta coherente con un modelo de integración, el modelo de extensión fomenta la seguridad jurídica de los operadores y la garantía de que la sentencia obtenida en A puede resultar ejecutiva en B, C o D sin condiciones adicionales. Tal dosis de celeridad tiene sus contrapartidas. De entrada, es inversamente proporcional al alcance provisional de la cosa juzgada por susceptible de volver a ser discutido en origen. También en contrapartida, la supresión de todo procedimiento de control por el Estado requerido, conlleva privar a la parte perdedora en el litigio ventilado en el extranjero de un último filtro de control de regularidad de la decisión. Esta sería la principal diferencia respecto del régimen de reconocimiento de sentencias actualmente vigente; aun cuando es seguro que en supuestos extremos (p.ej. por vulneración de derechos fundamentales) la oposición al reconocimiento podría articularse por la vigencia en el país de destino de razones de «interés general». La supresión de todo control es también su flanco más débil: en definitiva, un cambio de enfoque, audaz o simplemente ambicioso por su fuerte dosis federalizadora, que puede molestar, presentar dificultades de anclaje, de cumplimiento, etc. Pero ¿acaso no encaja correctamente con un modelo de integración? ¿Por qué no admitir que igual que se equivoca un juez de Copenhague —p. ej. por citación irregular— puede errar un juez de Barcelona. El reconocimiento mutuo actúa matizado por la acción de la ley del país requerido (destino)⁷⁹.

⁷⁸ Nótese, respecto a esto último, que en España la nueva LEC 1/2000 ha introducido dos importantes cambios que pueden ser muy útiles para reforzar la finalidad de este Proyecto en cuanto a la ejecución provisional de las sentencias de condena: los arts. 524 y ss. permiten que la ejecución pueda pedirse en cualquier momento (no solo en apelación) y sin previa caución.

⁷⁹ Al que habría que agregar, quizá, el riesgo de decisiones judiciales contradictorias en el EM de origen y en el EM requerido, en particular respecto de aque-

En distinto plano, una iniciativa institucional. Como vía *no* alternativa a nuestro modo de ver, no hay que descartar un desarrollo espectacular de la cooperación de autoridades en el ámbito intracomunitario⁸⁰. Bien concebida como una *cooperación judicial directa* —entre la autoridad del país de origen y la de destino ante la que se pretende la ejecución— bien configurada de *modo indirecto* a través de un «intermediario» administrativo entre la autoridad del país de origen y la autoridad del país de destino, la intervención de autoridades facilitará el reconocimiento⁸¹. La cláusula de reconocimiento mutuo hallaría en este marco un campo para la expansión.

llas que no hayan sido dictadas sobre la base de las reglas uniformes del Reglamento Bruselas I, que son la mayoría de las contempladas por el presente Proyecto. La misma tendencia se percibe en el ámbito de la *prueba*: en la «Iniciativa de la República Federal de Alemania sobre obtención de pruebas en el extranjero» (DOCE n.º C 139/10, de 11/5/2001) se proponía que «la fuerza probatoria reconocida por las autoridades nacionales a las certificaciones admitidas de estado civil que emanan de las autoridades de otro Estado miembro debe ser la misma que las certificaciones expedidas por las autoridades nacionales en la medida en que sean relevantes» (*cfr.* n.º 5.3.2). Bien es cierto que este proyecto de disposición trataba de dar acogida a la jurisprudencia del TJCE en el as.C-336/94, *Dafeki*, STJCE de 2 diciembre de 1997 (*Rec.* 1997, p. I-6761), en el que en un supuesto de LCT, las autoridades alemanas pretendieron negar eficacia a una partida de nacimiento rectificada y emitida por las autoridades griegas, de un nacional griego, trabajador en Alemania; supuesto que concluye con una afirmación del TJCE en el sentido de que «las jurisdicciones nacionales de un estado miembro están obligadas a respetar los certificados y actas análogas» (Cdo. 21), teniendo en cuenta «que el ejercicio de los derechos derivados de la libertad de circulación de trabajadores no es posible sin la presentación de documentos acreditativos del estado de las personas» (Cdo. 19).

⁸⁰ Parece sintomático que de entre las distintas iniciativas que complementarán el Proyecto objeto de este comentario se haya dado prioridad a la creación de una Red judicial europea en materia civil y comercial», de 28 de mayo de 2001, DOCE n.º L 174 de 27/6/2001, p. 25). En cuanto a la *composición* de la *Red Judicial Europea* (art. 2) se distingue *puntos de contacto centrales*, designados por los EM; autoridades centrales, judiciales u otras, *de los EM* que ya tengan responsabilidades específicas en cuanto a cooperación judicial en materia civil y mercantil, en virtud de actos comunitarios, de instrumentos internacionales en los cuales los EM sean partes (¿comprende los institucionalizados a partir de la Conferencia de La Haya?); y magistrados de enlace. En cuanto a sus misiones, *vid. supra* nota n.º 58).

⁸¹ Ya se ha visto cómo la cooperación de autoridades no es en modo alguno ajena a la acción de la cláusula de reconocimiento mutuo. En distinto plano, es uno de los mecanismos en expansión en el DIPr, como se pone de relieve en algunos de los Convenios elaborados en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

Este cambio «institucional» puede resultar fundamental en orden a invertir la carga de la prueba. Pues si a la parte interesada corresponderá siempre *instar* la ejecución en el país de destino, la *carga de la prueba* de la regularidad de la decisión recaerá sobre las autoridades del país de destino. Dado que en esta sede, como en el funcionamiento «normal» de la cláusula de reconocimiento mutuo, quien pretenda obstaculizar la circulación tendrá que demostrar la irregularidad de la decisión en origen o cualquier otro motivo oponible por razones de «interés general» en el país de destino (autoridades país destino). Un documento uniforme en el que se acredite la autoridad que dicta la resolución, las partes y otros extremos⁸² facilitaría el reconocimiento mutuo.

Por último, la penetración de la cooperación de autoridades para coadyuvar a la realización del reconocimiento mutuo de decisiones judiciales dictadas en un EM en los demás EM revela un cambio de perspectiva: desde una perspectiva de justicia individual, entre particulares, en correspondencia con una «lógica de justicia privada»⁸³ hacia una concepción más institucional del reconocimiento, en correspondencia con una «lógica de integración»⁸⁴. Queda por ver si se compadecen bien. La cláusula de reconocimiento mutuo responde a la lógica de —aceleración— integración de mercados nacionales. Las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil, al menos en la concepción hasta ahora vigente para el ámbito comunitario, obedecen a la lógica de la justicia privada o de realización de intereses individuales; ni siquiera el orden público internacional se concibe hoy como instrumento de defensa de intereses soberanos de los Estados, sino como cláusula de garantía de la coherencia interna de un sistema anclado en la tutela los De-

⁸² Puede servir el modelo que figura en el Anexo V del Reglamento de Bruselas I.

⁸³ Entendiendo por esto que «el fin último, aunque no único, del Derecho procesal civil es realizar el derecho privado sustantivo...en el que lo que está en juego no es la protección de intereses estatales, sino la protección de los derechos subjetivos entre particulares» (*cfr.* M. VIRGOS/F. J. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 32).

⁸⁴ Que arranca, como he señalado al principio, de una «lógica estatal» y «supra-estatal», pues la perspectiva era y es la consolidación de la integración de mercados nacionales por la puesta en común de los principales factores de producción (bienes, personas, servicio y capitales) para la conformación de un Mercado único, superando el marco tradicional de mercados nacionales.

rechos fundamentales de la persona⁸⁵. Pero ambas poseen un punto de encuentro: en la medida en que la cláusula de reconocimiento mutuo actúe como vector, como vehículo de agilización de la «circulación» de sentencias, evitará situaciones claudicantes y ahorrará quizá tiempo y costes a los particulares. ¿Una técnica federal para la tutela de los intereses de los particulares?

C) *¿Interpretación uniforme? Garantías*

Claro es que —y al margen del instrumento en el que finalmente se inserte la cláusula de reconocimiento mutuo— el acto comunitario estará sujeto a interpretación uniforme. Cosa distinta es, si tal competencia alcanzará para interpretar la acción de los EM para oponerse al reconocimiento mutuo (esto es, reconocimiento y ejecución) de una decisión judicial dictada por un EM. En principio hay que pensar que sí, por cuanto que el *recurso prejudicial* tiene por objeto examinar la compatibilidad de las normas y/o prácticas nacionales con el Derecho comunitario⁸⁶. Desde una perspectiva más exacta, los posibles motivos de oposición a esgrimir por un EM constituirían obstáculos a la Libertad de circulación de las personas⁸⁷ y, en este sentido, están sujetos a interpretación uniforme.

La regulación en vigor del *recurso prejudicial en interpretación* para los actos adoptados sobre la base del Título IV viene determinada ahora por el artículo 68.1 TCE, importante novedad introducida con la reforma operada por el Tratado de Amsterdam, al constituir un régimen particular con relación al artículo 234 (ex. 177) TCE. Pues bien, esta nueva concepción del recurso prejudicial afecta únicamente a las decisiones de los tribunales nacionales que «no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en el derecho interno» de cada Estado. De modo que en España sólo será competente el Tribunal Supremo. Restricción muy importante respecto al régimen general del artículo 234.2 TCE, que formalmente responde sin duda al objetivo de descargar al TJCE; aunque no excluya una finalidad

⁸⁵ También es éste el planteamiento del TJCE a partir del As. C 7/98, STJCE de 28 de marzo de 2000, *Krombach c. Bamberski*.

⁸⁶ Así por ejemplo los Reglamentos de Bruselas I y II no contienen norma específica de interpretación puesto que todo el Derecho comunitario basado en este Título IV del TCE está sujeto al régimen del artículo 68.

⁸⁷ *Vid. supra* A. BORRÁS nota 3.

de disuasión del contencioso en lo que respecta a los tribunales nacionales inferiores y simultáneamente a un refuerzo de las competencias comunitarias en detrimento de las competencias de los EM⁸⁸.

⁸⁸ Este dato se confirma también en el recurso consultivo, para el cual, conforme al art. 68.3 sólo están legitimados el Consejo, la Comisión o los Estados miembros, descartando implícitamente a los Tribunales Superiores (*vid.* S. DROUET, «La Communautarisation...» *ibid.* pp. 252-253). Nótese en todo caso su carácter provisional, conforme a lo dispuesto por el art. 67, que remite al final del periodo transitorio. Los inconvenientes de esta nueva configuración han sido puestos de relieve por A. ALBORS-LLORENS, «Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 35, 1998, pp. 1273 y ss. espec. p. 1288.