

PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA

Coordinadora

UNA CONTRIBUCIÓN A LA
EUROPEIZACIÓN
DE LA CIENCIA JURÍDICA:
ESTUDIOS SOBRE LA UNIÓN
EUROPEA

Homenaje de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Oviedo al Profesor Gil Carlos
Rodríguez Iglesias

CIVITAS



THOMSON REUTE

Catorce. La objeción al constitucionalismo europeo y sus alianzas con el neoconstitucionalismo, la "Constitución en red", el "constitucionalismo trasnacional", los principios argumentativos, etc., por vaciar la normatividad de la Constitución al reducirla a "un mero pretexto argumental" de una conflictiva ponderación respecto de lo que nada es claro ni seguro, debe tomarse en serio.

Ahora bien, tan malo es usar la paja para hacer el lecho en el que tumbarnos a dormir ajenos a la realidad, cuanto usarla para rellenar a un enemigo hecho a medida de nuestras críticas.

Porque someter la legislación interna a un standard maximizante de protección de los derechos a través de un debate público y revisable no es lo mismo que decir que cualquier cosa vale. Al contrario. Precisamente los modelos pospositivistas parten de la evidencia de que tras la solidez, falta de fluidez y pétrea estructura del iuspositivismo excluyente y del constitucionalismo nacionalista y formal del que, para algunos, sería bueno se acompañase, reside una tesis objetivista poco segura: que el sumatorio lingüístico de la interpretación voluntarista de la norma y de los hechos arroja un resultado necesario y previsible acorde a la voluntad del pueblo soberano.

CAPÍTULO 3

TRIBUNALES DE ESTADOS MIEMBROS DE LA UE Y SITUACIONES VINCULADAS A TERCEROS ESTADOS

PILAR JIMÉNEZ BLANCO Y ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ*

*Catedrática y Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
(Acreditado a Catedrático)
Universidad de Oviedo*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *Génesis*. 2. *Las distintas nociones de "terceros Estados"*. II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL, UE Y TERCEROS ESTADOS: 1. *Regulación a través del Derecho de la UE*. 1.1. El no posicionamiento. 1.2. Posicionamiento tácito. 1.3. Posicionamiento expreso. 2. *Regulación a través de convenios firmados por la UE*. 2.1. Finalidad de la competencia de la UE para celebrar convenios. 2.2. Justificación de la competencia exclusiva. 2.3. Un balance negativo de la autorización europea a los Estados miembros. III. ¿HACIA UN FORUM NON CONVENIENS EUROPEO? 1. *La progresiva flexibilización de la competencia judicial*. 2. *Litispendencia y conexidad en relación con terceros Estados*. 3. *La progresiva autolimitación de las normas europeas*. 4. *La derogatio fori "europea"*. IV. ¿HACIA UN FORUM NECESSITATIS EUROPEO? 1. *La superioridad axiológica europea*. 2. *Condiciones del foro de necesidad europeo*. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. GÉNESIS

La competencia normativa de la UE en materia de Derecho internacional privado nació para el buen funcionamiento del mercado interior.

* Miembros del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo (EURODER-UNIOVI-.IDI/2018/000187). El presente trabajo se adscribe al Proyecto de I+D+i DER2017- 86017-R, "Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE", concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, 2-VI-2011).

No había, pues, una competencia directa para las relaciones con terceros Estados, que, sin embargo, se ha ido gestando por varios factores. Primero, el hecho de que, aunque sea de una forma colateral, las relaciones con terceros Estados pueden afectar a ese buen funcionamiento del mercado interior. Segundo, la dificultad de discernir precisamente cuáles eran aquellos supuestos que, vinculados a terceros Estados, podían afectar al mercado interior frente a los que no¹. Tercero, la constatación de que, en determinados aspectos, principalmente en el marco de la competencia judicial internacional y la ley aplicable, muchas de las regulaciones podían ser extrapolables a las relaciones con terceros Estados. Cuarto, la confirmación de que, según la doctrina *AETR*², tras el ejercicio de una competencia en el ámbito interno, la UE adquiriría una competencia en el ámbito externo. Y, quinto, la importancia geopolítica que puede tener para la UE su posicionamiento de Derecho internacional privado respecto de terceros Estados.

En este contexto, el DIPr. europeo establece un modelo de regulación que tiene un doble carácter: en su dimensión en el interior de la UE, pretende implantar un modelo que, en los últimos Reglamentos desplaza, sin resquicio, a los DIPr. de los Estados miembros (Reglamentos que vamos a denominar cerrados)³; en su dimensión exterior, parte de un modelo de (necesaria) cohabitación con otros sistemas jurídicos estatales, de modo que ni puede (ni conviene) establecer un modelo de DIPr. europeo de corte autárquico. Resulta impensable un modelo de autarquía jurisdiccional que bloquee la eficacia de decisiones/procesos abiertos en otros Estados y, también, un modelo de imperialismo jurisdiccional que genere innecesarias decisiones claudicantes.

1. *Vid.*, desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, BONOMI, A., "Sull'opportunità e le possibili modalità di una regolamentazione comunitaria della competenza giurisdizionale applicabile erga omnes", *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. XLIII, 2007, pp. 314-328; desde la óptica de la ley aplicable, SÁNCHEZ LORENZO, S., "El carácter "ultra vires" del reglamento "Roma I" y el test de compatibilidad de las normas imperativas estatales", *AEDIPr*, vol. VI, 2006, pp. 165-178.
2. Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1971, Asunto 22-70, Comisión c. Consejo, *AETR, Rec.*, 1971, pp. 263 y ss.
3. Se incluyen aquí los Reglamentos sobre alimentos [Reglamento (CE) n° 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, *D.O.* núm. L, 10-I-2009]; sobre sucesiones [Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, *ibid.* núm. L 201, 27-VI-2012]; sobre regímenes económicos matrimoniales [Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, *ibid.* núm. L 183, de 8-VII-2016] y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas [Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio de 2016, *ibidem*].

2. LAS DISTINTAS NOCIONES DE "TERCEROS ESTADOS"

Precisamente la importancia estratégica para la UE de regular las situaciones de Derecho internacional privado respecto de terceros Estados va unida a unos intereses políticos muy distintos, dado que la noción de tercer Estado no es unívoca.

Para empezar, Dinamarca a los efectos de Derecho internacional privado se considera un tercer Estado, pero es esencial que sea la UE la que regule las relaciones de Derecho internacional privado con este Estado que, realmente, es un Estado miembro.

Algo similar ocurre con el Reino Unido (*pre-Brexit*) y con Irlanda que pueden optar por no participar en los instrumentos de Derecho internacional privado.

Pero esta situación se ha extendido a numerosos Estados miembros, que no han participado en los instrumentos de Derecho internacional privado de cooperación reforzada relacionados con el divorcio, separación y regímenes económicos matrimoniales y de parejas registradas. Parece lógico que en las relaciones con estos terceros Estados sea la UE la que asuma las relaciones de Derecho internacional privado en nombre de los Estados miembros participantes.

Pero no se trata solo de las relaciones de Derecho internacional privado con Estados miembros *outsiders*, también deben tenerse en cuenta las relaciones con terceros Estados que tienen una consideración especial. Un primer ejemplo puede encontrarse en los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio, con los que el Convenio de Lugano, vigente para Suiza, Islandia y Noruega, aunque no para Liechtestein, ha tratado de establecer un modelo similar al de la UE, razón de más para que esta asuma las relaciones con estos Estados.

Un segundo ejemplo es las relaciones de la UE con el Reino Unido en temas de Derecho internacional privado, una vez producido el Brexit. La especial consideración hacia un tercer Estado, que era Estado miembro, justifica un especial interés de la UE. Ello hará viable la celebración de convenios bilaterales en los que intervengan de una parte el Reino Unido y del otro la Unión, como, por ejemplo, ya se ha recomendado en materia de insolvencia internacional⁴. También se hará efectiva la participación del Reino Unido en convenios multilaterales en los que la UE ya es parte como tal. Esto ya ha ocurrido con los Convenios de La Haya de 2005 sobre

4. *Vid.*, en este sentido, la Propuesta de la Conference of European Restructuring and Insolvency Law, www.ceril.eu/uploads/files/20181212-ceril-report-2018-2.pdf.

acuerdos de elección de foros y sobre cobro de alimentos. Igualmente se ha sugerido la posibilidad de que el Reino Unido se sume al Convenio de Lugano antes citado.

Con carácter general, la identificación como Estado tercero excluye el carácter atributivo de las normas de competencia judicial internacional; sin embargo, no tiene consecuencias en la determinación de la ley aplicable por el carácter *erga omnes* de los instrumentos. Tiene a su vez incidencia en el régimen de condiciones para el reconocimiento de sentencias dictadas de Estados que no son parte de los Reglamentos.

Por su parte, la geografía variable en la incorporación a los Reglamentos europeos deja como "Estado terceros" a Estados de la UE, generando en determinados casos una especie de estatuto intermedio que podría matizar la respuesta dada. Así, por ejemplo, identificación de un Estado UE, aunque no sea parte, tiene consecuencias a los efectos de delimitar el carácter "intraeuropeo" de una relación jurídica con incidencia sobre las normas imperativas y la elección de ley aplicable (véase el art. 3 del Reglamento "Roma I"). Pero ese mismo estatuto intermedio podrá también tener incidencia en la propia conformación y valoración de la litispendencia o conexidad internacional o en la articulación del foro de necesidad europeo.

II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL, UE Y TERCEROS ESTADOS

1. REGULACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO DE LA UE

1.1. El no posicionamiento

Comenzando por la posición del Derecho de la UE ante las relaciones con terceros Estados, podemos encontrar tres modelos de regulación de la competencia judicial internacional: el no posicionamiento, un posicionamiento tácito y una regulación expresa.

El no posicionamiento del Derecho de la UE tiene varias manifestaciones. Las normas de la UE de primera generación se limitaban espacialmente. De esta forma, el Derecho internacional privado de fuente estatal y convencional tenía cabida y, en la práctica, se aplicaba a situaciones que podían considerarse externas a la UE⁵. Así ocurre con el Reglamento

5. Vid. JAYME, E. y KOHLER, C., "Europäisches Kollisionsrecht 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee", *IPRax.*, vol. 26, 2006, pp. 537-550, esp. pp. 538-539; JAYME, E., "Il diritto internazionale privato nel sistema europeo e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XLII, 2006, pp. 353-360, esp. p. 358; AUDIT, B. y BERMANN, G., "The Application of Private International

"Bruselas I.bis"⁶ cuando fija la aplicación de sus normas si el domicilio del demandado está en un Estado miembro. Al permitir que las legislaciones estatales se aplicaran si el demandado estaba domiciliado en un tercer Estado, en realidad, el Derecho de la UE se apartaba de las situaciones externas.

Lo mismo ocurre con el denominado problema del efecto reflejo y de la *derogatio fori*: el Derecho de la UE no regula si una competencia exclusiva de tercer Estado o la sumisión a tribunales de terceros Estados pueden afectar a la competencia de un tribunal europeo atribuida por normas europeas⁷, por ejemplo: bien inmueble en Marruecos o sumisión a un tribunal californiano, cuando, en ambos casos, el demandado tiene su domicilio en la UE. Este problema está presente en el Reglamento "Bruselas I.bis", pero también en todos aquellos que reconocen alguna forma de sumisión a tribunales de Estados miembros y que guardan silencio sobre la sumisión a tribunales de terceros Estados, como el Reglamento "Bruselas III" sobre alimentos⁸, el Reglamento europeo de sucesiones⁹ o los Reglamentos europeos de regímenes económicos matrimoniales¹⁰ o de parejas de hecho registradas¹¹.

Norms to «Third Countries»: The Jurisdiction and Judgements Example", en A. Nuyts y N. Watté (Ed.), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 55-82.

6. Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOCE* n° L 351, 20-XII-2012.
7. Vid. GROLIMUND, P., *Drittstaatenproblematik des europäischen Zivilverfahrensrechts*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2000, pp. 182-189.
8. Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *DOCE* n° L 7, 10-I-2009.
9. Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, *DOUE* n° L 201, 27-VI-2012.
10. Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, *DOUE* n° L 183, 8-VII-2016.
11. Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, *DOUE* n° L 183, 8-VII-2016.

Curiosamente, esta desconexión de supuestos externos a la UE no se produce totalmente a la hora de regular la pendencia de procesos con terceros Estados. Si el demandado está domiciliado en la UE, la pendencia con terceros Estados se regula por las normas de la UE del Reglamento «Bruselas I.bis».

Por su parte, el Reglamento «Bruselas II.bis»¹² también se desconecta de situaciones de terceros Estados, al permitir la aplicación de las legislaciones estatales, junto con la normativa europea, para supuestos externos de crisis matrimoniales: cónyuge requerido que no es ni nacional de Estado miembro ni residente en Estado miembro, cuando ningún órgano jurisdiccional de Estado miembro tiene competencia judicial por el Reglamento. En relación con la responsabilidad parental, la posibilidad de aplicar la normativa estatal, cuando no se deduzca competencia del Reglamento europeo de ningún tribunal europeo, básicamente afecta a situaciones externas a la UE en las que el menor no reside en un Estado miembro¹³.

Por último, este mismo planteamiento se observa en el Reglamento europeo de insolvencia¹⁴. Este no se aplica si el deudor tiene su centro de intereses principales fuera de la UE, en cuyo caso pueden aplicarse las normas estatales de los Estados miembros afectando, principalmente, a empresas de terceros Estados que pueden tener bienes o establecimientos secundarios en la UE¹⁵.

1.2. Posicionamiento tácito

Los Reglamentos europeos de alimentos, sucesiones y de regímenes económicos matrimoniales y de parejas registradas tienen unas normas de competencia judicial internacional excluyentes. Esto es, solo pueden aplicarse sus normas y en ningún caso las de las legislaciones estatales. Estas últimas quedan desplazadas, por lo que no son aplicables en ningún caso, ni siquiera para situaciones externas a la UE.

12. Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, *DOCE* n° L 338, 23-XII-2003 (en adelante, Reglamento «Bruselas II.bis»).
13. *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., «Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en materia de persona y familia», en M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota, C., *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 21-50, esp. p. 41.
14. Reglamento (UE) n° 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, *DOUE* n° L 141, 5-VI-2015.
15. *Vid.* VIRGÓS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Thomson/Civitas, 2003, pp. 30-31.

Tácitamente ello significa que las normas de competencia europeas se aplican siempre que se presente una demanda transfronteriza ante un juez europeo, siendo indistinto que afecten al mercado interior (situación interna), al tráfico con terceros Estados (situación externa) o a ambos (situación mixta)¹⁶.

Sin llegar tan lejos, en el Reglamento «Bruselas I.bis» ha habido un posicionamiento tácito sobre algunas situaciones mixtas, con vínculos con terceros Estados y con la UE. Dos serían los ejemplos. El primero sería la posibilidad de aplicar reglas europeas de competencia en casos en los que el demandado está domiciliado en tercer Estado, como ocurre con las competencias exclusivas y la elección de tribunal. Aunque las dos partes estén domiciliadas en tercer Estado, persiste la aplicación de las normas europeas porque existe un interés preferente de estas: bien porque haya una competencia exclusiva de los tribunales de un Estado miembro, bien porque las partes hayan elegido un tribunal europeo.

El otro ejemplo se encuentra en materia de trabajadores y consumidores, respecto de las que el Reglamento «Bruselas I.bis» claramente regula las situaciones mixtas¹⁷. Por un lado, son situaciones vinculadas a terceros Estados en la medida en que el empleador o el empresario demandados no tienen ni su domicilio ni un establecimiento en Estados miembros. Por otro lado, estas situaciones están vinculadas a Estados miembros, puesto que el trabajador demandante desarrolla su trabajo en la UE o el consumidor demandante tiene su domicilio en la UE¹⁸.

1.3. Posicionamiento expreso

El posicionamiento expreso del Derecho de la UE respecto de situaciones vinculadas a terceros Estados ha tenido algunos efectos en materia de competencia judicial internacional. Así, podría señalarse la limitación de la competencia de un juez europeo respecto de bienes que se encuentren en terceros Estados, cuando exista un riesgo de que su sentencia sea claudicante y no sea reconocida en el tercer Estado. Ocurre en el ámbito del Reglamento europeo de sucesiones¹⁹ y se extiende al juez que esté re-

16. Sobre el desplazamiento de las normas nacionales de competencia, vide, recientemente, en referencia al Reglamento europeo de sucesiones, Sentencia del TJUE de 21 de junio de 2018, asunto C-20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485.
17. Artículo 6.
18. *Vid.* ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-terceros Estados», *AEDIPr*, 2014-2015, pp. 277-303.
19. Artículo 12.

solviendo sobre el régimen económico matrimonial que deba disolverse o liquidarse antes de conocer de la sucesión del causante²⁰.

El segundo ejemplo de posicionamiento expreso en materia de competencia judicial tiene que ver con el foro de necesidad previsto en algún instrumento europeo. En este sentido, el legislador ofrece un foro supletorio para el caso de que los tribunales de los terceros Estados vinculados al litigio no conozcan del caso.

Sin abandonar el ámbito procesal, las normas del Reglamento "Bruselas I.bis" sobre litispendencia y conexidad han supuesto un avance importante al regular situaciones mixtas que afectan a procesos abiertos en un Estado miembro y en un tercer Estado. Se trata de un gran paso que, paradójicamente, no se ha visto en otros instrumentos que pueden considerarse plenos y que ya regulan las situaciones internas, externas y mixtas, sin admitir injerencias de los Derechos nacionales de los Estados miembros. Llama la atención, en este sentido, la falta de unas normas de competencia de procesos con terceros Estados en los Reglamentos de alimentos, sucesiones y regímenes económicos de matrimonios y de parejas de hecho.

2. REGULACIÓN A TRAVÉS DE CONVENIOS FIRMADOS POR LA UE

2.1. Finalidad de la competencia de la UE para celebrar convenios

La competencia de la UE para firmar convenios en materia de Derecho internacional privado tiene por finalidad fundamental, aunque no única, la regulación de las relaciones con terceros Estados. Además, también puede ser necesaria para situaciones especiales. De nuevo, mención especial merece el ejercicio de la competencia de la UE para firmar acuerdos con el Reino Unido tras su salida. De hecho, a día de hoy se ha originado un curioso juego de geometrías variables. En el caso de ratificación del Acuerdo de retirada o "Brexit blando", durante el periodo de transición, el Reino Unido seguirá considerándose Estado miembro a los efectos de estar vinculado por la firma de la UE de un importante convenio con normas de competencia judicial internacional: el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005. Pero la cuestión que preocupaba especialmente al Reino Unido es qué ocurriría si no se ratificaba el Acuerdo de retirada y se producía el denominado Brexit duro. En ese caso, automáticamente el Reino Unido pasaba a ser un tercer Estado y dejaba de estar vinculado por los convenios firmados por la UE. Ello originó lo que podríamos denominar

20. Artículo 13.

una ratificación condicional. El 28 de diciembre de 2018 el Reino Unido ratifica este Convenio de La Haya, para el caso en el que no se aprobara el Acuerdo de Retirada. Así el salto sería con red, pues automáticamente el Reino Unido estaría vinculado por el Convenio a título de tercer Estado no cubierto por la firma de la UE.

2.2. Justificación de la competencia exclusiva

A día de hoy, cabe afirmar que la competencia de la Unión para celebrar acuerdos con terceros Estados en materia de competencia judicial internacional es exclusiva y excluyente de la competencia de los Estados²¹. Esta tal vez parta de un excesivo eurocentrismo²². Esta competencia se gestó a partir del Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia, de 7 de febrero de 2006, relativo a la firma del nuevo Convenio de Lugano²³, confirmada años después por el Dictamen 1/13, de 14 de octubre de 2014, relativo a la competencia exclusiva de la UE para aceptar la adhesión de un tercer Estado a un Convenio, el de La Haya de 1980²⁴, en el que, curiosamente, la UE no podía ser parte como tal. Quizá en la construcción de esta competencia exclusiva no ha tenido suficiente protagonismo el principio de reconocimiento mutuo –a partir del Tratado de Lisboa incluso con relevancia constitucional expresa–, que por definición está autolimitado a decisiones

21. Salvo en los casos de convenios que sólo contemplan la participación de Estados, en los que el Consejo suele acordar una decisión para autorizar a los Estados miembros a firmar el acuerdo en cuestión en interés de la Unión y haciendo las declaraciones y reservas que éste exija. *Vid.*, ilustrativamente, la Decisión del Consejo (2003/93/CE), de 19 de diciembre de 2002, por la que se autorizaba a firmar en interés de la Comunidad el Convenio de La Haya de 1996 [*D.O.* núm. L 48, 21-II-2003, completada con la Decisión (2008/431/CE), de 5 de junio de 2008 (*ibid.*, núm. L 151, 11-VI-2008) por la que se autoriza a adherirse a dicho Convenio a algunos Estados miembros.

22. JESSURUN D'OLIVEIRA, H. U. se refiere, incluso, a un imperialismo europeo en "The EU and a Metamorphosis of Private International Law", en J. Fawcett (ed.), *Reform and Development of Private International Law. Essays in Honour of Sir Peter North*, Universidad de Oxford, 2002, pp. 111-136, esp. pp. 133-134. Con el agravante de que se considera una competencia transferida con carácter definitivo, de difícil encaje con la posibilidad de que los Estados partes en acuerdos anteriores a los actos de Derecho europeo puedan modificarlos libremente, *cf.* FOIS, P. "La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale. Perplexità circa il carattere definitivo del trasferimento di competenze dagli Stati membri alla Comunità", en G. Venturini (Ed.) y S. Bariatti (Dir.), *Nuovi Strumenti del Diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milán, Giuffrè Editore, 2009, pp.343-358.

23. ECLI:EU:C:2006:81.

24. ECLI:EU:C:2014:2303.

de Estados miembros y que probablemente encajaría mejor con una competencia compartida²⁵.

En cualquiera de los casos, después de trece años desde su formulación, la competencia exclusiva se enfrenta a dos nuevos retos: su generalización y su aplicación a nuevas realidades.

En cuanto a su generalización, tan discutible como una visión eurocéntrica de la competencia externa, lo ha sido una visión euroescéptica, entendiéndose por tal una competencia "casi exclusiva" de los Estados en materia concursal y un posicionamiento ambiguo en ciertas materias. En materia concursal, la Declaración del Consejo (2000/C 183/02) en relación con el Reglamento 1346/2000, nuevo Reglamento 2015/848, permite a los Estados miembros celebrar acuerdos con terceros Estados²⁶.

Además, la cuestión de la competencia exclusiva de la UE para celebrar convenios de Derecho internacional privado plantea nuevos problemas en los instrumentos de última generación, que son de cooperación reforzada. La cuestión es que, respecto de los Estados miembros no participantes, la UE no ha ejercido su competencia interna. Los Estados miembros tendrían, por tanto, competencia para negociar convenios²⁷. En cambio, la UE sí ha ejercido esa competencia interna respecto de los Estados participantes. Acaso ello pueda significar que estos han perdido la competencia para firmar convenios en esa materia²⁸. También, que en un convenio multila-

25. Vid. GUZMÁN ZAPATER, M., "Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales", *RDCE*, núm. 10, 2001, pp. 405-438. No deja de ser curioso que el Tribunal, en su Dictamen 1/03 (*cit.*), comience analizando la problemática de competencia judicial y después la de reconocimiento de decisiones, cuando la lógica del reconocimiento mutuo es la contraria. Vid. un análisis crítico de este Dictamen en BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Competencia exclusiva de la Unión Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil", *Iustel*, 2006, pp. 1-12, p. 6 (también publicado en *R.J.C.*, 2006, número 3).
26. Probablemente esta competencia de los Estados se preservó tomando como referencia el alcance limitado de las normas de competencia, ley y reconocimiento. En sede de competencia judicial internacional, la normativa europea se limita a deudores con centro de intereses en el espacio de justicia europeo, pudiendo declararse competente un juez de un Estado miembro conforme a la normativa estatal en otros casos. Con relación a la ley aplicable, las normas de conflicto tienen un carácter *inter partes*, de modo que la normativa estatal es aplicable cuando la *lex causae* sea la de un tercer Estado. Por último, las normas de reconocimiento y cooperación se circunscriben a autoridades de Estados miembros.
27. Así parece deducirse del artículo 327 del TFUE.
28. Por ejemplo, en el Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales, se ha salvado la aplicación de los convenios internacional vigentes para los Estados miem-

teral participarían los Estados miembros no participantes y la UE respecto de los Estados sí participantes.

2.3. Un balance negativo de la autorización europea a los Estados miembros

Esta competencia exclusiva de la UE se ha intentado relativizar en materias procesales propias de los Reglamentos "Bruselas II.bis" y 4/2009, respectivamente, de crisis matrimoniales y responsabilidad parental y alimentos. Para ello, la Comisión puede autorizar a los Estados miembros a que celebren acuerdos de DIPr. con terceros países conforme al Reglamento número 664/2009²⁹. Este Reglamento debe ser objeto de una próxima revisión, cuando no derogación³⁰.

A nuestro juicio, este mecanismo no ha tenido gran éxito práctico, por lo menos desde la perspectiva española. Pero ello no oculta cierta funcionalidad política, básicamente porque la Unión reconocía que no siempre puede representar los intereses económicos, geográficos, culturales, histó-

- bro participantes, sin mención a los futuros convenios, lo cual es muy significativo. Ello afectaba especialmente a la región nórdica y, en particular, al Convenio de 6 de febrero de 1931 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo a determinadas disposiciones de Derecho internacional privado en materia de matrimonio, adopción y custodia, revisado en 2006; al Convenio de 19 de noviembre de 1934 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, que incluía disposiciones de Derecho internacional privado en materia de sucesiones, testamentos y administración de herencias, revisado en junio de 2012; y al Convenio de 11 de octubre de 1977 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil.
29. Reglamento (CE) núm. 664/2009, del Consejo, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos, *DO*, núm. L 200, 31-VII-2009. En materia de ley aplicable, también conviene citar el Reglamento (C.E.) núm. 662/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, *DO*, núm. L 200, 31-VII-2009; y
30. Esta revisión debe producirse a los tres años a contar desde el primer día del mes siguiente a la presentación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social de sendos informes de la Comisión sobre la aplicación de dichos Reglamentos (arts. 14 Reg. 662/2009 y del Reg. 664/2009); presentación que como mínimo no podía producirse antes de julio de 2017 y que a día de hoy todavía no ha tenido lugar.

ricos, sociales o políticos de un Estado miembro. En este sentido, la regulación de la tramitación de la autorización tenía aspectos positivos; aunaba transparencia e información³¹, razonabilidad en los plazos³² y soluciones dialogadas³³. No obstante, persistían cierta dosis de eurocentrismo, siendo a veces injustificada la necesidad de autorizar, cuando no contradictoria o demasiado limitada.

En cualquier caso, a día de hoy, esa autorización resulta demasiado reducida. Materialmente, en el sector de la competencia judicial internacional, solo se prevé en materia de crisis matrimoniales, responsabilidad parental y alimentos. No afecta a los posteriores Reglamentos aprobados, en el ámbito de sucesiones y de regímenes económicos de matrimonios y parejas de hecho registradas. Ya es hora de que la Comisión se pronuncie sobre la oportunidad de que esta competencia de los Estados miembros expire en beneficio de una competencia absoluta de la Unión o que recomiende su sustitución por otros reglamentos que continúen con la idea de relativizar dicha competencia.

III. ¿HACIA UN *FORUM NON CONVENIENS* EUROPEO?

1. LA PROGRESIVA FLEXIBILIZACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL

La inviabilidad del modelo autárquico de competencia explica la necesaria coexistencia de la tutela por declaración, obtenida ante un tribunal de un Estado UE, y una tutela por reconocimiento, obtenida por la eficacia en la UE de resoluciones dictadas por tribunales de terceros Estados. En una fase inicial, la valoración o el pronunciamiento sobre la viabilidad (o

31. No sólo por lo que respecta a las instituciones y el Estado implicado, sino también por lo que atañe al resto de Estados miembros a los que se les va a transmitir la información más relevante.

32. Que no pecan de cortos para una materia tan compleja y técnica como la que les ocupa, pero que tampoco suponen una dilación exagerada que pueda dar al traste con la iniciativa política de negociación de un acuerdo. En particular, la autorización del inicio de las negociaciones oficiales o de la celebración del acuerdo se hará en los noventa días siguientes a la recepción de la notificación de la intención de negociar un acuerdo o de la finalización de esas negociaciones (arts. 5 y 9 de ambos instrumentos).

33. Si la Comisión prevé no autorizar la celebración (arts. 9 Reg. 662/2009 y 664/2009), remitirá un dictamen al Estado miembro, al Parlamento Europeo y al Consejo. Así, el Estado miembro podrá, en los treinta días siguientes a la transmisión del dictamen, pedir el inicio de conversaciones con vistas a encontrar una solución, que se plasmará en una decisión motivada de la Comisión en los treinta días siguientes al fin de las conversaciones.

no) de un proceso europeo era más o menos automática, sujeta a criterios normativos rígidos y de aplicación imperativa para los jueces. Conocidos son los pronunciamientos de *Owusu* y *Turner*, excluyendo expresamente de Bruselas I el *forum non conveniens* y las *antisuit injunctions*³⁴. En la argumentación del TJUE, la seguridad jurídica y el efecto útil de las normas de competencia preestablecidas son los dos ejes centrales que han explicado la rigidez del modelo. Tales ejes son, por otra parte, perfectamente reconocibles en el sistema jurisdiccional español, al amparo del juez predeterminado por la ley. La seguridad jurídica hace inviable un amplio margen de discrecionalidad para interpretar y aplicar criterios de competencia. El efecto útil implica la prohibición para los Estados miembros de aplicar medidas que puedan menoscabar o eludir la obligación de designar un tribunal competente conforme al Reglamento³⁵.

En las generaciones más recientes de Reglamentos, la tendencia va cambiando, de modo paulatino, pero creemos que de manera ya irreversible. Se han introducido ya factores de discrecionalidad judicial para valorar el ejercicio de la propia competencia precisamente teniendo a la vista la "idoneidad" de que otros tribunales, incluso ajenos a los instrumentos europeos, conozcan de los procesos. Podemos anticipar los expedientes que visibilizan esa tendencia: la aparición del *forum non conveniens* en los Reglamentos europeos; la regulación de la litispendencia y conexidad en relación con terceros Estados; la autolimitación competencial basada en la efectividad de las decisiones; y la necesidad de pronunciamiento sobre la *derogatio fori* en el marco de los instrumentos europeos.

En esta clave, se impone una relectura del sistema competencial creado en el marco de los instrumentos europeos en clave de flexibilización con la aparición de nuevos criterios: la tutela judicial efectiva basada en evitar decisiones claudicantes, la buena administración de justicia y la protección de la buena fe procesal, desincentivando conductas oportunistas o fraudulentas de las partes o de una de ellas frente a la otra³⁶.

34. STJCE de 1 de marzo de 2005, asunto C-281/02; *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120, en relación con el *forum non conveniens*; STJCE de 27 de abril de 2004, asunto C-149/02: *Turner*, ECLI:EU:C:2004:228. Vid. todos los desarrollos sobre esta cuestión en HERRAZ BALLESTEROS, M., *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 139 y ss.

35. Cf. GEIMER, R., "El derecho de acceso a los Tribunales con arreglo al Convenio de Bruselas", *Competencia Judicial y Ejecución de Sentencias en Europa*, Pamplona, Aranzadi, 1993, pp. 51 y ss., esp. p. 52.

36. Cabe resaltar cuestiones sobre la interpretación en esta clave del Convenio de Bruselas de 1968 en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "¿Caben reducciones teleológicas o «abuso

La regulación del *forum non conveniens* en los instrumentos europeos está por ahora limitada a Estados parte de los instrumentos. Es un paso; permitirlo con terceros Estados será el paso siguiente. En este sentido, no se justifica excluir el *forum non conveniens* cuando exista un marco convencional que puede darle cobertura hacia terceros Estados. Desde esta perspectiva, podría coordinarse el art. 15 del Reglamento Bruselas II bis con los arts. 8 y 9 del CH 1996. No hay riesgos de inseguridad jurídica y ya existe un precedente de coordinación de este tipo, aunque en otro contexto, como es la del art. 8 del Reglamento de alimentos en relación con la revisión de decisiones dictadas en ámbito del CH 2007³⁷. Si se han valorado como adecuadas unas determinadas conexiones para buscar el tribunal mejor situado en el ámbito de los Estados miembros, ¿por qué va a rechazarse la aplicación de ese criterio hacia fuera? Claramente si existe cobertura convencional, pero incluso aunque no existiera. Así, tampoco tendría por qué repugnar al sistema, que el juez admitiera un *forum non conveniens* a favor de los tribunales de la ley nacional elegida por el causante, en términos similares a los enunciados por el art. 6.a) del Reglamento de sucesiones. El riesgo de limitar la tutela judicial efectiva o de generar una denegación de justicia, para el caso de que los tribunales de terceros Estados no quieran o puedan conocer, es muy limitado porque, en último término, siempre existirá un foro de necesidad europeo, como se verá posteriormente. Las ventajas del modelo son, sin embargo, evidentes desde la perspectiva de una mejor administración de justicia basada en la proximidad del supuesto litigioso con el tribunal en cuestión.

2. LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD EN RELACIÓN CON TERCEROS ESTADOS

La argumentación a favor de la litispendencia internacional, incluso en ausencia de regulación expresa, siempre se ha justificado en la buena administración de justicia, incluyendo la economía procesal y la lucha contra

de derecho» en las normas sobre competencia judicial internacional?”, *REDI*, vol. 47, 1995-2, pp. 121 y ss.

37. No hay ninguna razón para que no pudiera extenderse esta misma fundamentación en el marco de otros convenios con los que los Reglamentos tienden a coordinarse. Por ejemplo, sobre la base del art. 9 del Reglamento Bruselas II bis, ¿por qué no establecer ese mismo criterio en relación con las limitaciones de un tribunal UE (el de la nueva residencia habitual del menor) para la revisión de una decisión de visitas en caso de traslado lícito del menor desde un Estado parte del CH 1996 a un Estado de Bruselas II bis?

comportamientos oportunistas de las partes³⁸. Tales argumentos también son extrapolables al ámbito de los Reglamentos europeos, incluso en ausencia de regulación expresa en ese punto. Es cierto que la función de la litispendencia entre Estados UE se ve reforzada por un criterio (el de evitar decisiones inconciliables dentro de la UE que frenaría el reconocimiento mutuo) que no aparece (al menos de la misma manera) en relación con terceros Estados. Pero ello no elimina la conveniencia, incluso por razones de coherencia del sistema, de admitir efectos a los procesos abiertos con anterioridad ante tribunales ajenos a los Reglamentos. En este caso, ya tenemos un modelo ensayado que es el establecido en los arts. 33 y 34 del Reglamento “Bruselas I bis” que puede ofrecernos unas pautas trasplantables hacia otros Reglamentos sin menoscabar efecto útil ni contravenir la seguridad jurídica.

El efecto útil de la aplicación de las normas reglamentarias se garantiza con los límites a la admisión de la litispendencia y conexidad a terceros Estados: no procede en el caso de las competencias exclusivas, de los foros de protección, en caso de sumisión a favor de tribunales de Estados miembros. Curiosamente, tales límites se derivan de una lectura *a sensu contrario* de los arts. 33 y 34, que adquieren más valor por lo que no dicen que por lo que dicen³⁹. La finalidad de estas exclusiones es clara, aunque con una justificación parcialmente diferente. En el caso de las competencias exclusivas y de los foros de protección, el límite deriva del control de la competencia judicial internacional en el Reglamento, de modo que resultaría incoherente suspender la continuación de un proceso en un Estado miembro a favor de un proceso abierto en el extranjero cuya sentencia nunca va a reconocerse. En el caso de la sumisión expresa, se trata de proteger y reforzar la cláusula de sumisión pactada en detrimento de comportamientos abusivos de una de las partes que, mediante acciones torpedo, pretendieran inutilizar en la práctica el acuerdo de sumisión con una demanda previa ante los tribunales de un tercer Estado⁴⁰.

38. A la protección de la buena fe procesal como fundamento de la litispendencia internacional, sobre la base del art. 247 LEC, ya se refirió en su momento, MIGUEL GARDEÑES, S., “Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC”, *AEDIPr*, 2001, pp. 315 y ss., esp. pp. 326 y ss.

39. La literalidad de los arts. 33 y 34 regula los supuestos de admisión de la litispendencia y conexidad a terceros Estados “cuando la competencia se base en el art. 4 o en los arts. 7, 8 ó 9 (...)”.

40. Recuérdese en ese sentido la finalidad de la prioridad de la sumisión en el juego de la litispendencia intraeuropea (apartados 2 y 3 del art. 31 de Bruselas I bis).

La seguridad jurídica, en su lectura tradicional de rigidez y automatismo en el ejercicio de la competente, se flexibiliza. El planteamiento en los citados arts. 33 y 34 nos acerca a una discrecionalidad próxima a la construcción del *forum non conveniens*, introduciendo un criterio, el de la “buena administración de justicia”, cuya valoración no deja de ser puramente casuística en función de la vinculación del supuesto con los tribunales de origen, la facilidad probatoria o la mayor (o menor) celeridad en la tramitación del proceso⁴¹. El propio juicio de reconocibilidad de la decisión futura extranjera, como condición para apreciar la suspensión del proceso propio, es incierto. En un estadio inicial del proceso extranjero solo puede realizarse un control de la competencia del tribunal de origen; pero en ese estadio quedan fuera de pronóstico, e infiscalizables, el control de las garantías procesales de las partes o la propia vulneración del orden público material.

La ausencia de pronunciamiento en los Reglamentos cerrados sobre la litispendencia o conexidad en relación con procesos abiertos en terceros Estados no debe interpretarse como una prohibición. Tal interpretación ya implicaría de hecho derivar un tipo de regulación (la excluyente) partiendo de una regla implícita de que todo lo que no está permitido en los Reglamentos está prohibido. Ese posicionamiento negativo es excesivo e incoherente con el propio modelo de las normas europeas (que van a priorizar el reconocimiento de las decisiones de terceros Estados⁴²), y con el modelo de Bruselas I bis (que solo limita esa litispendencia externa cuando cuando incide en el efecto útil de sus normas). No cabe pensar en un sistema jurisdiccional europeo de carácter exclusivo y excluyente, dado que si admitimos lo más (el reconocimiento de sentencias extranjeras), entonces debemos admitir lo menos (la litispendencia con terceros Estados). En todo caso, debe advertirse que la litispendencia hacia terceros Estados también debería

41. En este sentido, el considerando 24 del Reglamento Bruselas I bis introduce, para valorar el criterio de la buena administración de justicia en el marco de la litispendencia con terceros Estados, la existencia de una competencia exclusiva ante los tribunales de un tercer Estado, lo que ha llevado a algunos autores a extender la misma idea respecto de cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros a pesar del silencio del citado considerando sobre este punto [cf. FENTIMAN, R. en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law (Vol. I Brussels I bis Regulation)*, Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, p. 766; LEIBLE, S. en RAUSCHER, T., *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar (Band I Brüssel Ia-VO)*, 4ª ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, p. 911].

42. La fórmula del art. 45.1.d) del Reglamento Bruselas I bis se repite en las condiciones del reconocimiento del resto de los Reglamentos.

considerarse a la inversa: es decir, la pendencia de un proceso previo en el Estado miembro requerido debería ser un obstáculo para el reconocimiento de la decisión dictada en el tercer Estado, precisamente para no premiar el comportamiento oportunista de una de las partes. En este contexto, se justificaría un trato diferente de las sentencias dictadas por tribunales de Estados miembros o terceros: las primeras resultarían reconocibles aun cuando, en el caso concreto, el tribunal de origen no haya observado las reglas de litispendencia; las segundas no deberían verse beneficiadas de esa ausencia de control⁴³.

El respeto al efecto útil de las reglas de competencia de los Reglamentos implica, por los motivos expuestos, que la litispendencia externa no debería operar cuando exista un acuerdo de sumisión válido a los tribunales de un Estado miembro. Adicionalmente, en el ámbito de los Reglamentos en materia de familia, adquiere especial relevancia el criterio de competencia basado en la accesoriedad, que de hecho evita que, entre los Estados miembros, se den problemas de conexidad entre cuestiones estrechamente vinculadas. A modo de ejemplo, una demanda de divorcio unida a la pretensión de disolución y liquidación del régimen matrimonial. Pues bien, la imposible extensión del foro de la accesoriedad respecto de procesos abiertos en terceros Estados debería ser un argumento para reforzar, como técnica alternativa, la conexidad internacional. Las razones de fondo a favor de la accesoriedad abonarían la idea de una admisión de la conexidad *ad extra*: una suspensión inicial del proceso en el Estado miembro sobre la liquidación matrimonial, que derivaría en inhibición cuando el tribunal de origen se declarara competente para conocer también de este; o en una reanudación posterior del proceso en el Estado miembro, una vez finalizado el proceso extranjero que resuelve la causa de disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.

43. Véase la reciente Sentencia TJUE de 16 de enero de 2019, asunto C-386/17; *Librato*, ECLI:EU:C:2019:24, que impide denegar por orden público el reconocimiento de una sentencia por el incumplimiento de las condiciones de litispendencia entre Estados miembros; *vid.* el comentario de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Litispendencia, reconocimiento y orden público”, *La Ley Unión Europea*, nº 68, marzo 2019, pp. 28 y ss. En el marco interno de los Reglamentos ello puede tener sentido en el marco de la confianza comunitaria, de modo que se opera con la idea de que la litispendencia funcionará correctamente; y, si no lo hace, el reconocimiento resultará imparable ante la imposibilidad de siquiera invocar el orden público por vulneración de las reglas de litispendencia. Pero no ocurre lo mismo en el ámbito de las relaciones con terceros Estados, donde lógicamente esa confianza en el funcionamiento en el sistema no existe.

3. LA PROGRESIVA AUTOLIMITACIÓN DE LAS NORMAS EUROPEAS

Los Reglamentos de primera generación, Bruselas I bis y II bis, respondían a un patrón común de delimitación de situaciones cubiertas por las normas europeas y situaciones externas, cuya solución se delegaba en los Derechos autónomos, incluyendo las normas exorbitantes allí previstas⁴⁴. Este modelo, cuyo objetivo esencial era el reconocimiento mutuo, resulta contradictorio: por una parte, nos movemos en la protección de los derechos de defensa del demandado; y, por otra parte, extendemos los criterios de competencia exorbitantes. En lo aquí nos atañe, el debate más importante se había suscitado en torno a la (no) admisibilidad del efecto reflejo en relación con litigios sobre inmuebles situadas en terceros Estados, debate que más de cincuenta años después del Convenio de Bruselas de 1968 sigue abierto.

Los Reglamentos cerrados, con el desplazamiento total de los Derechos nacionales, deben aspirar a generar resoluciones judiciales no solo con vistas al reconocimiento mutuo (de consumo interno) sino también hacia su efectividad en terceros Estados. Ello obliga a tomar posición "europea" sobre esa cuestión⁴⁵. El ejemplo más evidente lo encontramos en el art. 12 del Reglamento 650/2012 de sucesiones, que permite limitar el ejercicio de la competencia en relación con bienes situados en terceros Estados cuando quepa esperar que la resolución respecto de los mismos no vaya a ser reconocida en dichos Estados, criterio que se reitera en los arts. 13 de los Reglamentos 2016/1103 y 1104. Es cierto que no estamos ante el efecto reflejo, pero nos vamos acercando. Aquí no hay una derogación de un criterio de competencia previamente establecido, pero sí una limitación en el ejercicio efectivo de la misma. La base de esa autocontención se encuentra en el carácter "exorbitante" que podría suponer que los tribunales de un Estado miembro conocieran sobre los bienes situados en cualquier Estado del mundo cuando quede acreditado que tal decisión no se pudiera reconocer en aquel Estado⁴⁶.

44. Solo se limitaba la eficacia de una decisión de este tipo al amparo de un compromiso convencional previo con un tercer Estado, en el sentido previsto en el art. 72 Bruselas I bis.

45. Cf. ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., "El techo de cristal del reconocimiento mutuo de decisiones", en C. ESPLUGUES MOTA, P. DIAGO DIAGO Y P. JIMÉNEZ BLANCO (eds.), *50 años de Derecho internacional privado de la UE en el diván*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 261-306.

46. Cf. BONOMI, A., "Compétence accessoire versus proximité et prévisibilité du for: quelques réflexions sur ces objectifs antagonistes à l'aune des Règlements sur les régimes

Ese esfuerzo de autocontención también lo encontramos con la imposibilidad de extender, por accesoriadad, un foro exorbitante basado exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes. Los arts. 3.c) y 3.d) del Reglamento de alimentos son paradigmáticos en ese sentido.

Finalmente, en otras ocasiones, esa autolimitación se va a lograr por la vía de la ley aplicable, articulando conexiones separadas para aspectos necesariamente vinculados a terceros Estados, tales como la consideración de sus leyes de policía del lugar de ejecución⁴⁷.

4. LA DEROGATIO FORI "EUROPEA"

Sabido es que el Reglamento Bruselas I bis, a pesar de sus sucesivas reformas y del debate en torno a esta cuestión, sigue sin regular expresamente la *derogatio fori*⁴⁸.

Ninguna consecuencia cabe derivar a estos efectos del hecho de que Bruselas I bis contemple la incidencia de procesos en terceros Estados en los arts. 33 y 34, sin pronunciarse sobre la eficacia de la sumisión. La ausencia de regulación no significa una inadmisibilidad de la *derogatio fori*;

et les partenariats", en ANCEL, M.-E. Y OTROS (Dir.), *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières*, París/Madrid, LDGJ/IProlex, 2018, pp. 227 y ss., p. 235, en relación con el carácter exorbitante del foro de la situación del bien, máxime cuando ello podría ser título para una competencia accesoria en materia matrimonial (ex art. 4 del Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales).

47. Véase, en este sentido, el art. 9 del Reglamento Roma I y el reciente trabajo sobre el tema de BOLLÉE, S., "La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I", ANCEL, M.-E. Y OTROS (Dir.), *op. cit.*, pp. 203 y ss.

48. Vid. VILLATA, F.C., "Choice-of-court agreements in favor of third States in light of the suggestions by Members of the European Parliament", POCAR, F., VIARENGO, I. y VILLATA, F.C., *Recasting Brussels I*, Milán, CEDAM, 2012, pp. 219 y ss. Hubo propuestas, sin éxito, del Reino Unido y de Francia en las que pretendieron que Bruselas I bis solucionara expresamente esta cuestión [vid. en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "Choice of court agreements", en DICKINSON, A. y LEIN, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, 2015, Oxford, OUP, 2015, pp. 277 y ss., apdos. 9.13 a 9.15]. La propuesta del Reino Unido se basaba en la eficacia de la sumisión a terceros Estados vinculada a un proceso abierto en el extranjero. Las condiciones examinadas dependían entonces de la reconocibilidad de la decisión y de valoración en términos de buena administración de justicia, considerando que este requisito no se cumplía si la sumisión era contraria al orden público [vid. el art. 34.ter de la Propuesta británica de 22 de marzo de 2012, Interinstitutional File: 2010/0383 (COD)]. Por su parte, la propuesta francesa partía de un efecto suspensivo de la sumisión a los tribunales de terceros Estados a menos que el tribunal extranjero hubiera declinado su competencia o dictado una sentencia no reconocible en el Estado del foro [vid. el art. 34 de la propuesta francesa Interinstitutional File: 2010/0383 (COD)].

antes al contrario, los antecedentes en la interpretación del Reglamento muestran que este no excluye la eficacia de la sumisión a tribunales de terceros Estados. No se plantea especial problema cuando la sumisión a tribunales de Estados no miembros ha sido contemplada en algún instrumento convencional asumido por la UE. Véanse, en este sentido, el Convenio de La Haya de 2005 sobre elección de foro y el Convenio de Lugano de 2007. Ahora bien, cuando tal cobertura convencional no exista, no cabe tampoco entender que la aplicación imperativa de las reglas de competencia y la seguridad jurídica sea un impedimento para la *derogatio fori*. Curiosamente, desde la perspectiva de la seguridad jurídica es más incierta la valoración de la litispendencia (basada en la buena administración de justicia) que la *derogatio fori*, cuya eficacia queda únicamente determinada por la admisión de competencia por parte de los tribunales elegidos y partiendo de un elemento cierto, como es el acuerdo de sumisión, criterio plenamente asumido en la jerarquía de foros del Reglamento⁴⁹.

Tal ha sido el sentido manifestado por la jurisprudencia del TJUE desde la Sentencia *Coreck*⁵⁰, para entender admisible la *derogatio fori* en el régimen Bruselas; tal ha sido también el presupuesto de las más recientes Sentencias en los asuntos *Anmaddé*⁵¹ y *Taser*⁵². En este contexto, no se duda sobre la admisibilidad de la sumisión a terceros Estados, sino sobre el modelo para encajar los posibles efectos de esa sumisión en el Reglamento Bruselas I bis: ya sea dejando en manos de los Derechos nacionales la decisión final (modelo *Coreck*)⁵³; o ya sea proyec-

49. Cf. GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., *loc. cit.*, p. 281, apdo. 9.14.

50. STJCE de 9 de noviembre de 2000, asunto C-387/98; *Coreck Maritime*, ECLLEU:C:2000:606.

51. Sentencia de 19 de julio de 2012, C-154/11, *Ahmed Mahandia*, ECLI:EU:C:2012:491, que interpreta que, dentro de los acuerdos de sumisión “que permitan al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente sección” [art. 23.2) del Reglamento Bruselas I bis], hay que entender incluidos también los acuerdos a favor de tribunales de terceros Estados.

52. La sumisión tácita a favor de los tribunales de un Estado miembro impediría la aplicación de la *lex fori* para declinar de oficio la competencia basándose en una sumisión expresa a favor de un tribunal de un tercer Estado (Sentencia de 17 de marzo de 2016, C-175/75, *Taser*, ECLI:EU:C:2016:176), lo que presupone, en otro caso, la eficacia de esa sumisión a los tribunales de terceros Estados.

53. En este sentido, la sentencia en el asunto *Coreck Maritime* recogiendo el informe de P. Schlosser al Convenio de Bruselas de 1968, se limitó a establecer que la validez de la sumisión a terceros Estados deberían enjuiciarse conforme a la ley del foro, incluidas sus normas de conflicto de leyes.

tando la plantilla del artículo 25 del Reglamento hacia fuera (modelo del efecto reflejo)⁵⁴.

Un planteamiento parcialmente diferente se ha sostenido para los Reglamentos cerrados⁵⁵. Reiteramos lo dicho en relación con la litispendencia y terceros Estados: la ausencia de regulación no puede entenderse equivalente a exclusión de la *derogatio*. El objetivo uniformador de los Reglamentos no es sinónimo de aplicación universal excluyente de procesos en terceros Estados, en una suerte de “imperialismo jurisdiccional europeo”. Ni la fundamentación ni el funcionamiento de estos Reglamentos difieren, en este contexto, del régimen Bruselas I bis. A tales efectos, es lo mismo que se plantee la eficacia de la sumisión a los tribunales de Nueva York en un contrato con un demandado domiciliado en España (art. 4 de Bruselas I bis) o en una demanda de pensión compensatoria de un acreedor residente en España [art. 3.a) del Reglamento 4/2009]. En ambos supuestos se trata de determinar si el tribunal del Estado miembro puede entenderse “liberado” de aplicar un foro de competencia establecido en un Reglamento como consecuencia de la sumisión al tribunal de un Estado no miembro.

Cuestión diferente es que el objetivo uniformador de la competencia, auténtica *ratio* de estos Reglamentos, pueda excluir un modelo de *derogatio fori* “a la carta” dependiente de la regulación establecida en los Derechos nacionales. Desde esta perspectiva, podría entenderse más justificada en este tipo de Reglamentos la admisión de la *derogatio fori* sobre la base del efecto reflejo, que permite proyectar la plantilla del Reglamento hacia fuera y evitaría la distorsión de aplicar las soluciones basadas en los Derechos nacionales. Resultado de todo ello es que se respeta la seguridad jurídica (limitada y controlada discrecionalidad del juez) y el efecto útil (respeto a la jerarquía de foros de los Reglamentos).

54. Vid. un desarrollo sobre esta cuestión en JIMÉNEZ BLANCO, P., “La *derogatio fori* después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *AEDIP*, t. XVII, 2017, pp. 473-506, esp. pp.477-478 y referencias allí contenidas.

55. En relación con el Reglamento de alimentos, vid. ANDRAE, M. [en RAUSCHER, T. (Coord.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar (EuZPPR/EuIPR)*, Band IV, 4ªed., München, Sellier, 2015, pp. 548 y ss.], que defienden la valoración de esa *derogatio fori* a partir de los Derechos nacionales. Sin embargo, otros autores negaron virtualidad a la *derogatio fori* por el desplazamiento total que hace el Reglamento de los Derechos nacionales [BONOMI, A. y WAUTELET, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013, p. 203], quienes, sin embargo, matizan su posición al respecto en la segunda edición, admitiendo la posibilidad de un efecto reflejo de la sumisión (*ibidem.*, 2ª ed., 2016, p. 203, nota 9).

IV. ¿HACIA UN *FORUM NECESSITATIS* EUROPEO?

1. LA SUPERIORIDAD AXIOLÓGICA EUROPEA

El contrapeso a la tendencia hacia el *forum non conveniens* de ámbito europeo se encuentra en la progresiva implantación del foro de necesidad en los Reglamentos europeos. Si, en el primer contexto, se justifica una renuncia al ejercicio de la competencia de los tribunales de Estados UE, por la permeabilidad del sistema hacia decisiones foráneas y la vocación de efectividad de las decisiones propias hacia fuera, en el segundo caso, se parte de un criterio extensivo de la competencia de los tribunales de Estados UE asumiendo el coste de dictar resoluciones que no podrán reconocerse y ejecutarse en terceros Estados. La finalidad de emitir resoluciones judiciales “exportables” convive con cierta supremacía axiológica del Derecho europeo, que asume el coste de dictar decisiones que pudieran resultar claudicantes en un tercer Estado.

En el contexto de Bruselas I, ya se había especulado con esa posibilidad para abrir cauces competenciales para permitir el acceso a los tribunales frente a violaciones de derechos humanos realizadas en el extranjero por agentes de Estados o empresas extranjeras. La articulación del foro de necesidad de origen europeo, al margen del domicilio del demandado, se planteó inicialmente improbable a la vista de la seguridad jurídica en el marco Bruselas⁵⁶. Sin embargo, han sido los Reglamentos de segunda generación los que sistemáticamente han introducido expresamente ese criterio residual de competencia⁵⁷.

El marco normativo de la UE, comenzando por el criterio hermenéutico basado en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, determina una suerte de superioridad europea en la elección de los valores a proteger y el estándar de protección que pretende alcanzarse. Ello es especialmente perceptible cuando existe una regulación material concreta que establece un determinado estatuto para determinados grupos o sectores, en el ámbito tradicionalmente económico, aunque ya no necesariamente vinculado solo a las cuestiones patrimoniales. Así ocurre cuando se diseña un foro de protección que extiende la competencia de los tribunales UE frente a demandados domiciliados en terceros Estados y, a la vez, impide la eficacia de

56. Requejo Isidro, M., *Violaciones graves de Derechos Humanos y responsabilidad civil (Transnational Human Rights Claims)*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2009, p. 208.

57. Así aparece en el art. 7 del Reglamento de alimentos, art. 11 del Reglamento de sucesiones, art. 11 del Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales y art. 11 del Reglamento de parejas registradas.

procesos abiertos en terceros Estados⁵⁸. Esa misma idea se encuentra implícita en la presunción de ejercicio de la competencia del interés del menor por parte de un tribunal europeo cuando el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado no parte del Convenio de La Haya de 1996⁵⁹. La superioridad del criterio europeo también se observa cuando el art. 4.5 Reglamento de alimentos limita la sumisión a un tercer Estado parte del Convenio de Lugano de 2007, aun estando permitida por este Convenio⁶⁰.

Pero esta superioridad axiológica es perceptible incluso en ausencia de una reglamentación *ad hoc*. La propia justificación del foro de necesidad no es neutra. De mano, ya se introduce un foro de competencia flexible, de valoración *in casu*. Además, habilitar una vía de acceso a los tribunales significa ofrecer una tutela (al margen de su resultado concreto) a una situación que, por diferentes motivos, no puede ser objeto de amparo en otros sistemas jurídicos. Es decir, la tutela judicial no es un criterio de competencia neutro, ya sea porque se abre la vía judicial a personas a las que se ha acogido en nuestro sistema por haber sido rechazadas o perseguidas en otros (el caso de los refugiados en un Estado miembro); ya sea porque se posibilitan acciones judiciales para tutelar un derecho concreto inexistente como tal en otros sistemas (por ejemplo, la acción de divorcio de un matrimonio entre personas del mismo sexo o una declaración judicial de cambio de identidad de género). No se presupone una orientación material en la respuesta judicial final, pero la mera posibilidad de tutela ya implica pronunciarse indiciariamente sobre el fondo. En todos estos casos, es inherente al foro de necesidad el carácter claudicante de la decisión que vayan a dictar, pero aun así se apuesta por su protección. La ausencia de neutralidad se hace más evidente aún si la denegación de justicia en terceros países también se constata con la inviabilidad del reconocimiento de la decisión en un Estado miembro por cuestiones de orden público: en ese caso, habilitar una vía alternativa de acceso a la jurisdicción implica, de suyo, un pronunciamiento indiciario sobre el fondo⁶¹.

58. Recuérdese que el diseño de la litispendencia hacia terceros Estados del art. 33 de Bruselas I bis no permite su aplicación si un consumidor europeo ha demandado ante un tribunal europeo utilizando foro de protección.

59. *Vid.* en ese sentido el art. 12.4 de Bruselas II bis.

60. *Vid.* SÁNCHEZ LORENO, S., “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, 2018, pp. 17 y ss., esp. p. 25, nota 18.

61. Ver REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, p. 188. Ver una interpretación aún más amplia, defendiendo un *forum necessitatis* cuando la respuesta del tercer Estado se contraria a las pretensiones de fondo ROSSOLILLO, G., “Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel Diritto internazionale privato nazionale e dell’Unione Europea”, *CDT*, vol. 2, 2010, pp. 403 y ss., esp. p. 408.

2. CONDICIONES DEL FORO DE NECESIDAD EUROPEO

El foro de necesidad no se articula, en ninguno de los Reglamentos, de manera incondicional: es un criterio de competencia residual, que puede aplicarse una vez acreditada la imposibilidad de plantear una demanda ante los tribunales de Estados conectados con el litigio y siempre que exista una vinculación suficiente con el foro.

El *forum necessitatis* se fundamenta, por tanto, en evitar una denegación de justicia, que resultaría contraria al derecho a un proceso justo establecido en el art. 6 CEDH. De ahí resulta necesario acreditar una imposibilidad de acceso a tribunales de terceros Estados. Dicha imposibilidad puede ser material, por ejemplo, por una catástrofe natural; o legal, por ejemplo, por tratarse un Estado fallido, carecer de manera notoria de un sistema jurisdiccional mínimamente garantista o, también, por no existir en aquel Estado un derecho sustantivo reconocido a través de una acción judicial⁶². Puede tratarse de una imposibilidad absoluta, o relativa, porque el tercer Estado restrinja el acceso judicial a una persona o a un grupo social (ya sea por razón de discriminación o de persecución por razón de nacionalidad, raza, género, orientación sexual, religión...). Se ha planteado incluso la justificación de ese foro de necesidad en el caso de que fuera imprescindible una tutela por reconocimiento de la decisión del tercer Estado y ese reconocimiento no fuera viable en el Estado miembro en cuestión. Desde esta perspectiva, puede considerarse al foro de necesidad como una categoría de orden público en el ámbito de la competencia judicial, que en gran parte de supuestos conllevará adicionalmente la aplicación de la *lex fori*.

La necesidad de vinculación suficiente con el foro implica una proximidad mínima para evitar “paraísos procesales” o “foros refugio” y tratar de garantizar, en la medida de lo posible, la efectividad de las decisiones que se vayan a dictar. En ningún caso, la vinculación exigida para el *forum necessitatis* identifica un tribunal de un Estado miembro concreto, sino que la conexión se formula de manera abierta y flexible, basada en una vinculación suficiente que podrían conducir a tribunales de varios Estados de Estados miembros a la vez, por ejemplo, en función de la situación de los bienes del demandado. Tal exigencia no es reprochable desde la perspectiva de la prohibición de denegación de justicia del art. 6 CEDH⁶³. Foro

62. Vid. estos y otros ejemplos en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. I, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 136.
63. Vid. STEDH de 15 de marzo de 2018, asunto *Nait-Liman c. Suiza*, nº 51357/07. Vid. ejemplos diversos de vinculación con el foro en REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, pp. 187

de necesidad no implica una jurisdicción civil universal, al margen de la vinculación con el foro. El TEDH, en la reciente Sentencia *Nait-Liman c. Suiza*, ha negado que el CEDH imponga esa exigencia para el ámbito civil⁶⁴. También se ha negado esa posibilidad en el ámbito de la jurisdicción penal⁶⁵.

Hemos dejado deliberadamente para el final el comentario sobre el carácter subsidiario o residual que asume el *forum necessitatis*. En el ámbito europeo, esta subsidiariedad del foro de necesidad se verifica como ausencia de competencia a favor de los tribunales de cualquier Estado miembro aplicando los foros del Reglamento en cuestión⁶⁶. Ello implica un examen europeo limitado a Estados que estén integrados en el Reglamento en cuestión, lo que, en función de la geografía variable ya indicada, va variando las posibilidades de justificar el foro de necesidad incluso frente a Estados UE que no sean parte del instrumento en cuestión. Otro dato que debe retenerse es que el criterio subsidiario se articula examinando exclusivamente si existe (o no) un criterio de competencia con base en el Reglamento a favor de los tribunales de un Estado miembro; pero nada se exige sobre el ejercicio efectivo (o no) de dicha competencia. Este matiz es de suma importancia si consideramos que, ante determinadas demandas, un tribunal de un Estado miembro puede resultar competente pero puede, en el caso concreto, bloquear o vetar su ejercicio, en los términos autorizados por

y ss.

64. Vid. al respecto FERRER LLORET, J., “La jurisdicción civil universal ante el Derecho internacional – y su relación con la jurisdicción penal universal: a propósito de *Nait-Liman c. Switzerland*”, *RGDE*, 2019, n.º 47, pp. 16 y ss., esp. p. 26, destacando la diferencia entre la “jurisdicción civil universal” y de “foro de necesidad”. En el primer caso, “in the concept’s absolute form”, la jurisdicción de los tribunales internos no depende de ningún factor o vínculo de conexión, ya sea *rationae personae*, ya sea *ratione loci*. Mientras que con el foro de necesidad se hace referencia a la jurisdicción excepcional o residual que pueden asumir los tribunales internos en el orden civil, en aquellos supuestos en los que normalmente no tendrían jurisdicción para conocer de la demanda de conformidad con las reglas generales o especiales que establecen la jurisdicción de los tribunales del Estado, pero no es posible o muy difícil la jurisdicción de los tribunales de otros Estados, ya sea *de facto* o *de iure*.
65. Vid. en ese sentido, la STC de 20 de diciembre de 2018, que avaló la constitucionalidad de la reforma del art. 23 LOPJ, que da una nueva regulación a la competencia de la jurisdicción española para la represión penal extraterritorial de ciertos delitos.
66. Así puede constatarse en el art. 7 del Reglamento de alimentos, art. 11 del Reglamento de sucesiones, art. 11 del Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales y art. 11 del Reglamento de parejas registradas. La formulación difiere, lógicamente, del foro de necesidad establecido en el art. 22 *octies* LOPJ que se activa “cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia”.

los arts. 9 de los Reglamentos sobre regímenes matrimoniales y de parejas registradas. En este contexto, se plantea la duda del posible uso del foro de necesidad para demandas conectadas al ámbito UE⁶⁷.

No parece que plantee especiales dudas defender la aplicación del *forum necessitatis*, acreditada la imposibilidad de plantear una demanda ante los tribunales de un Estado UE que no es parte del Reglamento en cuestión. La literalidad de los Reglamentos soporta esa lectura y parece una solución lógica en la teleología de este foro. Las diferentes intensidades de regulación de determinadas instituciones civiles entre los Estados UE, admisibles desde la perspectiva del *common core* de la CDFUE, marcan también diferentes intensidades de tutela judicial que no pueden ser impuestas de unos Estados UE a otros ni en sentido positivo (para atribuir competencia a tribunales que no reconocen la institución), ni en sentido negativo (para privar de competencia a los tribunales que sí la reconocen). Un claro ejemplo sería el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo que trasladen su residencia a Polonia y quieran plantear ante los tribunales de ese Estado una demanda de liquidación del régimen económico matrimonial⁶⁸.

Yendo más allá, se plantearía también la posibilidad de invocar el foro de necesidad entre Estados parte de un mismo instrumento. Los últimos Reglamentos (precisamente el de regímenes matrimoniales y el de parejas registradas), con los criterios de competencia alternativa en sus respectivos arts. 9, establecen un colchón competencial que limita el impacto del veto por parte de tribunales de otros Estados miembros. Pero quedan situaciones sin resolver cuando tal competencia alternativa no está prevista, como ocurre en el Reglamento Bruselas II bis, y existe la posibilidad de veto sobre el fondo basándose en la ley aplicable: así ocurriría con una demanda de divorcio de un matrimonio del mismo sexo planteada ante los tribunales de Rumanía, que quieran pronunciarse sobre el fondo invocando el art. 13 del Reglamento Roma III. La inexistencia de foro de necesidad en Bruselas II bis nos deja en una situación comprometida que, en la hipótesis de un demandado nacional o residente habitual en un Estado miembro (art. 6) dejaría al demandante sin la posibilidad siquiera de acudir al foro

67. Vid. un planteamiento sobre esta cuestión ya en el trabajo de ROSSOLILLO, G., *loc. cit.*, pp. 415 y ss.

68. Véase el caso, a modo de ejemplo, de la liquidación de un régimen económico de un matrimonio, de diferente nacionalidad, entre personas del mismo sexo residente en Polonia, que no es parte del Reglamento n° 2016/1103. Sobre esta problemática vid. JIMÉNEZ BLANCO, P., "La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso", *La Ley: Unión Europea*, julio 2018, n° 61, pp. 1-12.

de necesidad de la LOPJ, vía, sin embargo, que paradójicamente tendría abierta para demandados que no sean nacionales ni residentes en un Estado miembro⁶⁹. ¿Es coherente o lógico ese efecto no deseado en el que una situación externa a la UE pueda resultar más accesible a los tribunales que una situación vinculada con la UE? No lo parece.

V. CONCLUSIONES

La evolución de los Reglamentos europeos va mostrando una tendencia, aunque lenta, claramente definida hacia un cierto grado de flexibilización de la competencia de los tribunales de Estados miembros en consideración a los terceros Estados, siendo inviable un modelo autárquico y de imperialismo jurisdiccional. En ese mismo sentido, se orienta la competencia de la UE para celebrar convenios con esos terceros Estados; también, en su caso, la autorización de la Comisión a los Estados miembros para que los celebren, si bien, desde la perspectiva de España, este mecanismo no ha resultado relevante ni está actualizado.

No cabe pensar en un sistema jurisdiccional europeo de carácter exclusivo y excluyente, dado que la apertura al reconocimiento de sentencias extranjeras, deriva, en consecuencia, hacia la admisión de la litispendencia con terceros Estados. La protección de la buena fe procesal nos dirige hacia el mismo camino reforzando el papel de los acuerdos de sumisión a tribunales de terceros Estados y, con ello, de la *derogatio fori*. Los instrumentos de la UE deberían posicionarse expresamente ante estas realidades y abandonar los silencios que se observan en algunos Reglamentos.

Los Reglamentos cerrados, con el desplazamiento total de los Derechos nacionales, regulan situaciones que afectan al mercado interior (situación interna), al tráfico con terceros Estados (situación externa) o a ambos (situación mixta). Por esta razón, deben aspirar a generar resoluciones judiciales no solo con vistas al reconocimiento mutuo interno sino también

69. El art. 6 de Bruselas II bis la aplicación exclusiva de las normas de competencia del Reglamento cuando el demandado es nacional o residente en un Estado miembro, excluyendo, por tanto, a las normas nacionales. Esto permitiría, por el foro de necesidad, el acceso al divorcio de matrimonio de argentinos celebrado en España (cuando los contrayentes residían aquí) y que ahora residen en Rumanía; y, sin embargo, no estaría abierta esa competencia a una demanda de divorcio frente a un nacional español, casado con un francés o argentino, con residencia actual en Rumanía. Recuérdese que todo está agravado por la inexistencia del foro de la celebración del matrimonio para el divorcio (es más fácil la celebración que la disolución) y también por la inexistencia de sumisión expresa como criterio de competencia para el divorcio.

hacia su efectividad en terceros Estados. Ello obliga necesariamente a revisar la formulación y aplicación de criterios que, en la práctica, pudieran resultar exorbitantes.

El riesgo de limitar la tutela judicial efectiva o de generar una denegación de justicia, para el caso de que los tribunales de terceros Estados no quieran o puedan conocer, es muy limitado porque, en último término, siempre existirá un foro de necesidad europeo. La tutela judicial ofrecida por los Reglamentos más recientes no es un criterio de competencia neutro, de suerte que el foro de necesidad vendría a funcionar como un expediente de orden público en el ámbito de la competencia judicial europea.

PARTE II
LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA
UNIÓN EUROPEA