

**LA FRONTERA:
DOS ÁMBITOS DE LA DINÁMICA
INTRA Y EXTRACOMUNITARIA**

por JOAQUÍN J. FORNER DELAYGUA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de Barcelona

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. NOTIFICACIÓN DE ACTOS JUDICIALES EN (PARTE) DE LA UE

1. Modestia de las innovaciones del Reglamento 1348/2000:

- a)* Aspectos procedimentales.
- b)* Aspectos procesales substantivos.

2. Expansión del sistema europeo de notificaciones

- a)* Extensión del Reglamento 1348/2000.
- b)* Hacia una notificación europea.

III. ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO EN EUROPA

1. Eficacia limitada de la cláusula de elección de foro en el Reglamento 44/2001

- a)* La Sentencia *Gasser* y su alcance.
- b)* Elección de foro v. litispendencia.

2. ¿Retracción del sistema europeo de elección de foro?

- a)* Los trabajos de la Conferencia de La Haya.
- b)* Una vía europea de optimización.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

1. *Concreción de un título indefinido: traspasando las fronteras.* La frontera tiene un primer sentido muy evidente en Dipr (Dipr) en relación a la vigencia de las normas. Pero en Dipr tienen más interés propio las cuestiones de aplicabilidad de las normas que las de vigencia. Tratándose de aplicabilidad de las normas, las fronteras son la cuadrícula del papel o de la pantalla en los que situamos: a) El lugar de los hechos/situaciones, como dato determinante de la aplicabilidad de una u otra norma; b) el ámbito de aplicación de las normas, determinado por el conjunto de propiedades espaciales o de otro tipo de los hechos/situaciones que estas normas pretenden regular, así como por otras consideraciones. La determinación del lugar de los hechos/situaciones (a) y la determinación del ámbito de aplicación de las normas atendiendo a las características de los hechos así como a otras consideraciones (b) no son métodos excluyentes para determinar la aplicabilidad de las normas y, en definitiva, el régimen jurídico de las situaciones jurídicas: en los casos formulados más sencillamente, son cara y cruz de la misma moneda. Sin embargo, en casos menos sencillos o cuando hay que tener en cuenta elementos distintos a los espaciales, el método a) sólo sirve para una parte del razonamiento del aplicador de la norma, mientras que el método b) es necesario no sólo para el legislador, sino también para el aplicador antes de tener el camino expedito para el método más simple.

La toma en consideración de elementos distintos de los espaciales tiene que ver con otra cosa de la que deriva una acepción abusiva de frontera a efectos de Dipr: no podemos mantener que estamos ante una cuadrícula formada por los ámbitos de vigencia territorial de poderes soberanos estatales excluyentes, sino que tanto en el interior como en el interior de los Estados entidades competentes para dictar normas y pretender su cumplimiento complican esta cuadrícula y le añaden otras dimensiones. La complejidad normativa que da lugar —y a que da lugar— esta cuadrícula en la que situar ámbitos de aplicación de

ordenamientos subestatales, estales y supaestatales hace que el Dopr no pueda dejar de ocuparse de la organización de las normas, además de ocuparse de su aplicación. El entramado de ordenamientos jurídicos y de sus ámbitos de aplicación genera unas nuevas fronteras, tal vez impropias del Derecho internacional público, pero muy reales en Dopr.

2. *Dos ámbitos a examinar.* Parece claro que casi cualquier cuestión contemporánea de Dopr puede incardinarse en términos más o menos concretos en lo que muy abstractamente ha quedado descrito. No es por esta vía de abstracción por la que quiero discurrir a continuación, sino que, por el contrario, trataré de llevarlo al terreno de lo concreto, con el correspondiente particularismo, en dos ámbitos distintos.

El primero es el de la notificación internacional de actos judiciales, donde conviven reinando dos instrumentos paralelos, cada uno con un ámbito bien delimitado como corresponde en la materia. Aquí trataré de turbar la tranquilidad que impera en la frontera que deslinda el ámbito de aplicación de cada uno de los instrumentos, así como poner en cuestión el sentido de este perfecto paralelismo. El segundo es el de los acuerdos de elección de foro, en el que todavía no hay convivencia de instrumentos paralelos, porque uno de ellos está todavía inmerso en su largo e incierto proceso de gestación. Aquí trataré algunos aspectos en que la evolución del instrumento europeo vigente y la del instrumento internacional en preparación pueden ejercer influencia recíproca, así como el sentido que podría tener el mantenimiento de la frontera que separaría sus ámbitos de aplicación respectivos.

Por consiguiente, el primer ámbito es de vocación más cerrada y se sitúa en la cooperación de autoridades mientras que el segundo es de vocación más abierta y se sitúa en la competencia judicial y reconocimiento de decisiones. Ambos nos reconducen a un concepto en construcción y algo impreciso de contenido jurídico, pero bastante palpable en la realidad: el área judicial europea.

II. NOTIFICACIÓN DE ACTOS JUDICIALES EN (PARTE DE) LA UE

3. *El Reglamento 1348/2000: un instrumento poco unificador.* Los documentos jurídicos, en particular documentos judiciales tales como emplazamientos y sentencias¹, pueden tener que ser transmitidas al extranjero a su destinatario, a un país distinto al del procedimiento. El Reglamento 1348/2000² (RNot), una de las dos piezas legislativas del área judicial europea que examinamos, regula la notificación de documentos en el interior de la Comunidad Europea (con

¹ En el futuro, también la Orden Europea de Pago: *vid.* Propuesta de Reglamento en COM(2004) 173 final, de 19 de marzo de 2004. *Vid.* con detalle *infra* nota 52.

² Reglamento del Consejo No 1348/2000 de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados Miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 160, 30 de junio de 2000), en vigor desde 31 de mayo de 2001 (art. 25).

la excepción de Dinamarca³)⁴. El RNot se aplica cuando un documento tiene que ser transmitido para su notificación desde un Estado miembro (EM) a otro EM⁵. Entre los EMs de la CE, el RNot reemplaza tratados bilaterales y multilaterales, incluido el Convenio de La Haya de 15 noviembre 1965 sobre notificaciones al extranjero⁶ (CH-65). Este efecto de reemplazo o sustitución se explica por el incremento potencial de eficacia⁷ de la notificación por medio del RNot comparado con la notificación por medio de instrumentos anteriores, y es un ejemplo de una asunción ordinaria: la *lex posterior* es mejor que la *lex anterior*, ergo *lex posterior derogat lex anterior*⁸.

La eficacia se entiende referida principalmente al uso de mejores procedimientos de cooperación entre las autoridades nacionales y, en consecuencia, desemboca en una transmisión más rápida para la notificación⁹. En cierta medida,

³ Dinamarca no es EM a los efectos del RNot (Cdo. 18), a diferencia del Reino Unido y de Irlanda, que optaron por serlo (Cdo. 17). No obstante, hay una recomendación de Decisión del Consejo para autorizar a la Comisión la apertura de negociaciones para la conclusión de dos acuerdos entre la CE y Dinamarca extendiendo a Dinamarca lo previsto en el Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y en el RNot (Documento 8525/03 JUSTCIV 68 OC 202, Proyecto de 16 de abril de 2003 y documento 6520/04 JUSTCIV 32, de 25 de febrero de 2004).

⁴ El precedente inmediato del RNot y del que ha heredado su contenido esencial es el Convenio relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, celebrado sobre la base del art. K3 del tratado de la UE (DOCE C 261, de 27 de agosto de 1997), que nunca entró en vigor. Ver Alegría BORRÁS: «El nuevo Convenio relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997», *Revista española de Derecho internacional*, 1997-2, pp. 346 ss.

⁵ Art. 1-1 RNot. El art. 1-2 RNot especifica que no se aplica cuando el domicilio de la persona a notificar es desconocida, lo que hay que entender en el sentido de «dirección» (cf. textos en inglés y francés). Ver *infra* nota 20.

⁶ El art. 20-1 RNot se refiere, en particular, al Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (BOE 25 de agosto de 1987, corr. err. 13 de abril de 1989) y al art. IV del Protocolo al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (versión consolidada en DOCE C 27, de 26 de enero de 1998).

⁷ Cdo. 6 RNot: «La eficacia y la rapidez de los procedimientos judiciales en el ámbito civil requieren que la transmisión de los documentos judiciales y extrajudiciales se efectúe directamente y por medios rápidos entre los organismos locales designados por los Estados miembros. Sin embargo, los Estados miembros pueden manifestar su intención de designar únicamente un organismo transmisor o un organismo receptor, o un organismo encargado de ambas funciones, por un período de cinco años, designación que, no obstante, podrá renovarse cada cinco años.» El art. 2-3 RNot dispone por consiguiente que: «Cada Estado miembro podrá designar bien un organismo transmisor y un organismo receptor, bien un único organismo encargado de ambas funciones. Los Estados federales, los Estados en los que rijan varios ordenamientos jurídicos y los Estados que cuenten con entidades territoriales autónomas tendrán la facultad de designar más de uno de los organismos mencionados. La designación tendrá efecto durante un período de cinco años y podrá renovarse cada cinco años.»

⁸ Ver Manlio FRIGO: «Il Regolamento comunitario sulle notificazioni in materia civile o commerciale», *Rivista di diritto processuale*, 2002-1, p. 109, quien advierte sobre la posibilidad de que «civil o mercantil» tenga un sentido más amplio en el CH-65 que en el RNot.

⁹ Ver la diferencia entre «notificación» y «transmisión» en Marc EKELMANS: «Le Règlement 1348/2000, relatif à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires», *Journal des Tribunaux*, 2001, pp. 484 ss.

un elemento de esta eficacia incrementada es la simplificación que se encuentra en la unificación en sí misma. Esto es así porque la unificación suprime la superposición o solapamiento entre instrumentos que comparten una misma finalidad¹⁰, así como los problemas asociados con la elección del instrumento adecuado. Sin embargo, este elemento unificador falta, al menos en parte, en materia de transmisión para notificación al extranjero, por una serie de razones. Primeramente, porque en el momento de la promulgación del RNot el CH-65 ya estaba en vigor entre los EMs de la CE, con la excepción de Austria, por lo que el RNot creó un régimen europeo particular cuando ya había anteriormente un régimen unificado más amplio intra y extra comunitario, tanto entre EMs entre sí como entre éstos y terceros Estados (terceros Estados, incluyendo Dinamarca)¹¹. Esto ha quedado compensado si consideramos a los nuevos EMs que no son Estados contratantes del CH-65¹². En segundo lugar, la unificación es de alcance limitado dado que el RNot permite métodos secundarios de notificación¹³, además de los complementarios¹⁴, junto al método principal y directo¹⁵. Seguramente, de nuevo esto queda compensado no sólo porque hay métodos alternativos admitidos en otros instrumentos como el CH-65, sino que también el sistema principal y directo se acerca mucho a los métodos internos, interestatales, de cooperación entre autoridades. De este modo, la transmisión para la notificación en el interior de la CE sería, como resultado del RNot, finalmente muy similar tanto a nivel interno como a nivel comunitario¹⁶.

Dado que el RNot se aplica a la notificación desde un EM a otro EM, cuando el documento ha de ser notificado en este último, los instrumentos anteriores en vigor entre uno o más EMs y uno más terceros Estados continuarán aplicándose a la notificación desde un EM a un tercer Estado, y viceversa. Similarmen- te, las disposiciones de Derecho interno para cooperación internacional

¹⁰ Ver José-Carlos FERNÁNDEZ ROZAS: «Notificaciones en el extranjero: experiencias en los procesos de integración y en las relaciones entre México y España», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 1999-octubre, pp. 45 ss.; Beatriz PALLARÉS: «Cooperación procesal internacional relativa a la notificación en el extranjero de documentos judiciales en materia civil», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 2000-abril, pp. 3 ss.

¹¹ De acuerdo con el Tratado de Adhesión de los nuevos miembros de 16 de abril de 2003 (*DOCE* L 236, de 23 de septiembre de 2003, Instrumento de ratificación por España de 10 de noviembre de 2003, *BOE* de 1 de mayo de 2004), el *acquis* a efectos de los nuevos EMs toma en cuenta la fecha 1 de noviembre de 2002. Por consiguiente, una recomendación de decisión del Consejo autorizando a la Comisión la apertura de negociaciones para la apertura de dos acuerdos entre la CE y Dinamarca, extendiendo a Dinamarca lo previsto en el Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y en el RNot (Documento 8525/03 JUSTCIV 68 OC 202, Proyecto de 16 de abril de 2003 y documento 6520/04 JUSTCIV 32, de 25 de febrero de 2004) no forman parte del *acquis*. Este tema ha sido objeto de consideración desde 8 de marzo de 2004 en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE (Cuestiones Generales), si bien el RNot no queda entre las cuestiones más delicadas porque las negociaciones se estarían llevando todavía a cabo con Dinamarca (Documento 7224/04 JUSTCIV 43, de 18 de marzo de 2004).

¹² Hungría y Malta.

¹³ Capítulo II, Sección 2 (artículos 12 a 15 RNot).

¹⁴ Art. 20-2 SR.

¹⁵ Capítulo II, Sección 1 (artículos 4 a 11 RNot).

¹⁶ *Ex Art.* 6-4 RNot.

siguen siendo aplicables en la medida en que no hayan sido sustituidas o reemplazadas por el RNot entre EMs o por otros instrumentos internacionales entre EMs y terceros Estados¹⁷. Por consiguiente, puede parecer que la frontera exterior del área judicial europea, en la materia de transmisión para notificación, está claramente establecida y que la aplicación *ratione loci* de los correspondientes instrumentos no plantea ninguna cuestión. Esto estaría además en la lógica de la reciprocidad en la cooperación internacional de autoridades¹⁸ en el ámbito del procedimiento civil, en que existe una autoridad requirente y una autoridad requerida¹⁹. Por lo tanto, en un instrumento del tipo del RNot, cuando la sustancia a la que la cooperación se refiere es la notificación en un EM, supuesto que el procedimiento judicial esté en otro EM, ningún otro elemento factual tiene ningún contacto relevante con terceros Estados²⁰.

Sin embargo, la coexistencia del RNot con otros instrumentos con terceros Estados —e incluso la mera existencia de RNot con independencia de otros instrumentos— es suficiente para suscitar algunas cuestiones concernientes a la aplicación *ratione loci* del RNot. Estas cuestiones hacen referencia a lo siguiente: 1) La comparación entre el RNot y el CH-65, que pone de manifiesto la modestia de las innovaciones del primero, y que puede hacerse imaginando la simultánea aplicación del RNot y de otro instrumento, cuando la notificación tiene lugar fuera del área judicial europea, por ejemplo Dinamarca (vamos a suponer por lo tanto que este otro instrumentos el CH-65²¹ y que el procedimiento judicial tienen lugar en un EM). 2) Posible expansión del RNot más allá de su propia esfera de aplicación *ratione loci*, bien *ad extra* para transmisión para notificaciones fuera del área judicial europea, bien *ad intra* en la transmisión para notificación en el interior del área judicial europea en caso de procedimientos fuera del área judicial europea. Para simplificar y sin perjuicio de otras posibilidades²², vamos a asumir que el modo de transmisión es el principal para notificación de documentos judiciales, a llevar a cabo según la ley del EM requerido o del Estado contratante requerido²³.

¹⁷ Por ejemplo, el art. 19 CH-65 permite la supervivencia de estos métodos entre los Estados contratantes.

¹⁸ Ver Francesco PARISI y Nita GHEI: «The Role of Reciprocity in International Law», *Cornell ILJ* (v. 36), 2003, pp. 93 ss.

¹⁹ Art. 2-1 y 2 RNot.

²⁰ Ver Javier PÉREZ MILLA: «De la notificación personal, sin indefensión y otras novedades en la comunicación judicial intracomunitaria», *Tribunales de Justicia*, 2003-diciembre, p. 65, destacando que el domicilio de la persona a notificar no determina el ámbito de aplicación del RNot. En tanto que esto queda claro en inglés y francés en que se usan los términos «address» y «adresse» respectivamente, la versión en castellano usa el término «domicilio» en lugar del equivalente «dirección».

²¹ Por consiguiente, no haré más referencias al art. IV del protocolo al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968.

²² Aparte de supuestos ajenos al CH-65, otros que sí caen bajo su ámbito de aplicación pueden resultar de interés. Por ejemplo, los canales diplomáticos podrían no permitir una utilización flexible del RNot a causa de los aspectos de Derecho público que presuponen, y los canales postales no requieren la intervención de autoridades, escapando así de la cooperación flexible.

²³ Hay algunas Conclusiones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del CH-65 de octubre/noviembre de 2003, por lo que se refiere a los canales o métodos alternativos de transmisión:

1. Modestia de las innovaciones del Reglamento 1348/2000

4. *Las dos vertientes del RNot.* En un procedimiento judicial en un EM, cuando la notificación ha de tener lugar tanto en un segundo EM como en un tercer Estado, el RNot es aplicable a la transmisión para notificación en el segundo EM y el CH-65 es aplicable a la transmisión para notificación en el tercer Estado. Dado que cada instrumento establece sus propios mecanismos de transmisión, la notificación se efectuará en cada caso de acuerdo con el mecanismo adecuado²⁴. En el sistema del CH-65, la principal característica es la transmisión por medio de autoridad central²⁵ del Estado requerido: la autoridad central es una autoridad receptora²⁶ que recibe la solicitud de notificación y el documento procedente de la autoridad del Estado contratante en el que se origina el documento, y que notifica dicho documento o lo hace notificar; la solicitud ha de adecuarse al modelo anexo al CH-65 junto con el documento a ser notificado, los cuales se transmiten por duplicado a la autoridad central del Estado requerido²⁷; la notificación se hace de conformidad con el método correspondiente según la ley del Estado requerido o por un método solicitado por la autoridad requirente, siempre que no sea incompatible con la ley del Estado requerido²⁸; un certificado en forma de modelo también anexo al CH-65 ha de ser remitido al autoridad requirente, estableciendo que el documento ha sido o no ha sido notificado, así como las razones y las circunstancias de dicho resultado

«55. The SC [Special Commission] reaffirmed its clear understanding that the term “send” in Article 10(a) is to be understood as meaning “service” through postal channels. 56. The SC considered the increasing use of private courier services for the expeditious transmission of documents in a variety of business settings and heard reports that such couriers have been used to serve process under Article 10(a) of the Convention. In light of that, the SC concluded that for the purposes of Article 10(a) the use of a private courier was the equivalent of the postal channel. 57. The SC noted the further clarification submitted by the Japanese delegation on its position regarding Article 10(a): “Japan has not declared that it objects to the sending of judicial documents, by postal channels, directly to addressees in Japan. As the representative of Japan made clear at the Special Commission of April 1989 on the practical operation of the Service and Evidence Conventions, Japan does not consider that the use of postal channels for sending judicial documents to persons in Japan constitutes an infringement of its sovereign power. Nevertheless, as the representative also indicated, the absence of a formal objection does not imply that the sending of judicial documents by postal channels to addressees in Japan is always considered valid service in Japan. In fact, sending documents by such a method would not be deemed valid service in Japan in circumstances where the rights of the addressee were not respected”⁵⁸. The SC noted that the UK confirmed its position expressed at the Special Commission meeting of 1989, indicating its preference for the use of direct service through English solicitors on residents of England and Wales.» (*Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission on the practical operation of the Hague Apostille, Evidence and Service Conventions (28 october to 4 november 2003, <http://www.hcch.net>)*).

²⁴ Ver la comparación en Miguel GÓMEZ JENÉ: «Reglamento del Consejo relativo a la notificación o traslado en los Estados Miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil: un análisis comparativo con la Convención de La Haya de 1965», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 2000-abril, pp. 75 ss.

²⁵ El art. 18-3 CH-65 permite designar más de una Autoridad Central a los Estados federales.

²⁶ Art. 2 CH-65.

²⁷ Artículos 3 y 5 CH-65.

²⁸ Art. 5 CH-65.

positivo o negativo²⁹. En el RNot, la principal característica es la transmisión directa entre los organismos transmisores y los organismos receptores designados por cada EM³⁰, mientras que una entidad central³¹ por cada EM tiene sólo funciones excepcionales de apoyo en la efectiva transmisión³²; sólo unos pocos EMs han designado, y mantienen, un único organismo receptor para su entero territorio nacional³³. El documento a transmitir ha de acompañarse de una solicitud rellena usando el formulario estandarizado del anexo del RNot³⁴, y el organismo receptor ha de proceder a la notificación o hacer proceder a la notificación —como bajo el CH-65— de acuerdo con un método del Estado requerido o de acuerdo con un método solicitado por el organismo transmisor, siempre que no sea incompatible con la ley del Estado requerido³⁵. Asimismo, una vez que las formalidades de la notificación se hayan llevado a cabo, ha de redactarse un certificado relativo al resultado de las actuaciones para la notificación utilizando el formulario del anexo del RNot, y remitirse al organismo transmisor³⁶.

Desde el punto de vista de la pluralidad de demandados, la notificación se efectuará de acuerdo con el instrumento aplicable, al margen de las diferencias entre el RNot y el CH-65. Desde el punto de vista del procedimiento —y al menos hasta cierto punto desde el punto de vista del demandante—, las diferencias prácticas pueden ser apreciadas a) en términos de administración del procedimiento y b) en términos de substancia del procedimiento. La velocidad de la transmisión para notificación o la reglas sobre costes de la notificación (art. 11 RNot)

²⁹ Art. 6 CH-65.

³⁰ Art. 4-1 y art. 2-1 y 2 RNot. De conformidad con los artículos 2-4 a) y b), 17 a) y 23 RNot, cada EM ha de proveer a la Comisión con la información pertinente sobre los organismos receptores, y la Comisión ha de publicar la información en el Diario Oficial de la Unión Europea, además de preparar y actualizar un manual conteniendo dicha información. El manual se publicó antes de finales de 2001 (ver la Decisión de la Comisión 2001/781/CE, de 25 de septiembre de 2001, modificada por Decisión 2002/350/CE, de 3 de abril de 2002, adoptando el manual y un glosario de documentos que pueden ser notificados mediante el RNot (*DOCE* L 298, de 15 de noviembre de 2001 y *DOCE* L 125, de 13 de mayo de 2002)).

³¹ Esto es conceptualmente distinto del único organismo transmisor o receptor autorizado de forma excepcional por el art. 2-3 RNot. Además, «[l]os Estados federales, los Estados en que rijan varios ordenamientos jurídicos y los Estados que cuenten con entidades territoriales autónomas tendrán la facultad de designar más de una entidad central.» (art. 3-2 RNot; ver, por ejemplo, la información proporcionada por Alemania, con una lista de 16 autoridades centrales correspondientes a los distintos *Länder*, *DOCE* C 13, 17 de enero de 2002, p. 2).

³² Según el art. 3 RNot, la entidad central es responsable de: «a) facilitar información a los organismos transmisores; b) buscar soluciones a cualquier dificultad que suscite la transmisión de documentos a efectos de notificación o traslado; c) cursar, en casos excepcionales y a petición de un organismo transmisor, una solicitud de notificación o traslado al organismo receptor competente.»

³³ Francia, Grecia, Italia y Suecia. Ver Decisión de la Comisión 2001/781/CE, de 25 de septiembre de 2001, modificada por Decisión 2002/350/CE, de 3 de abril de 2002, adoptando el manual y un glosario de documentos que pueden ser notificados mediante el RNot (*DOCE* L 298, de 15 de noviembre de 2001 y *DOCE* L 125, de 13 de mayo de 2002).

³⁴ Art. 4-3 RNot.

³⁵ Art. 6-1 RNot.

³⁶ Artículos 8-2 y 10-1 RNot.

son relativas a la administración del procedimiento. Otros varios factores que influyen en la posición procesal de las partes pueden referirse a la substancia del procedimiento, aunque puedan tener también un efecto indirecto sobre la velocidad de transmisión u aspectos de la administración del procedimiento. Estos extremos incluyen elementos tales como el idioma del documento a notificar (art. 8 RNot), la fecha de notificación (art. 9-1 RNot), o la regulación de la situación de incomparecencia del demandado (art. 19 RNot). Administración del procedimiento hace referencia a aspectos neutrales respecto de la posición subjetiva de las partes, a diferencia de los aspectos procesales sustantivos, que no son neutrales y que en realidad pueden incidir fuertemente sobre la validez tanto de la notificación como de los actos procesales posteriores a la notificación. Consecuentemente, la posibilidad de acelerar y simplificar la transmisión para notificación, contemplada tanto en el artículo 20-2 RNot como en el artículo 11 CH-65, no se extiende automáticamente a los aspectos sustantivos del procedimiento. Por lo tanto, un hipotético alineamiento del CH-65 al RNot puede no ser posible sin una previa reforma CH-65, bien en general, bien sea en virtud de un acuerdo particular entre los Estados contratantes interesados. El CH-65 contempla tanto derogaciones unilaterales³⁷ como convencionales³⁸ a algunas de sus reglas, pero sólo admite derogaciones convencionales a sus disposiciones más sustantivas.

a) ASPECTOS PROCEDIMENTALES

5. *Transmisión.* Las diferencias de velocidad en la transmisión para notificación entre un EM de un tercer grado no son solamente una consecuencia natural de la diversidad de instrumentos aplicables, sino también un posible resultado debido a específicas circunstancias del caso, por ejemplo, problemas concretos encontrados en uno de los Estados requeridos, así como distintos niveles de eficacia administrativa entre dichos Estados. Aunque hay signos acerca de que los propósitos de mejora y aumento de rapidez mencionados en el considerando 2 del RNot se están haciendo realidad³⁹, únicamente un estudio empírico podrá finalmente revelar diferencias sistemáticas entre los dos instrumentos considerados en términos de velocidad de transmisión. La Comisión Europea ha empezado a preparar un informe sobre la aplicación del RNot en cumplimiento con el artículo 24 RNot⁴⁰.

³⁷ Ver artículos 8, 10, 18 y 21-2 a) CH-65.

³⁸ Ver artículos 11 y 20 CH-65.

³⁹ Ver Burkhard HESS: «Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe», *Rev. Crit. DIP*, 2003-2, p. 221, nota 24, y p. 224, nota 40, refiriéndose a España.

⁴⁰ El art. 24 RNot crea el deber para la Comisión de preparar un informe sobre su aplicación no más tarde de 1.º de junio de 2004 y cada cinco años desde entonces. Para cumplir con el art. 24, se ha distribuido un cuestionario entre profesionales del sector. Esto tiene relación con el contrato «Estudio sobre la aplicación del Reglamento del Consejo No 1348/2000 de 29 de mayo de 2000 relativo a la notificación y traslado en los Estados Miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil» concluido entre la Comisión y Mainstrat (Paulino Mendibil, 8 E-48930 Las Arenas, Bizkaia). Además, la Comisión organizó una audiencia pública el 17 de julio de 2003 sobre la aplicación del RNot (http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_public_en.htm).

Por su parte, el funcionamiento práctico de el CH-65 ha sido objeto de diversas comisiones especiales⁴¹.

Si la práctica finalmente revela importantes diferencias sistemáticas entre ambos instrumentos, la supresión del *décalage* entre el RNot y el CH-65 puede tener interés para aumentar la velocidad de los procedimientos judiciales de los EMs, reduciendo tiempos muertos. Esto sólo tienen consideración un ámbito reducido de casos en los que el RNot y el convenio Haya de 1965 son ambos aplicables y deja de lado dos tipos de casos: cuando o bien el RNot o bien el CH-65 no sean de aplicación. El primer supuesto puede verificarse cuando ninguno de los demandados haya de ser notificado en un EM; el segundo, cuando el CH-65 no esté en vigor en el tercer Estado. Posiblemente el primer supuesto no pertenece a la esfera del Derecho comunitario en el sentido de que la CE no tiene competencia legislativa en tales supuestos. Por el contrario, el segundo caso puede involucrar el Derecho comunitario en la medida en la que hay un procedimiento de ámbito europeo, aunque la CE, por el momento, no ha llevado, de tenerla, su competencia externa hasta el nivel de exclusividad, lo cual podría ser literalmente inconsistente con el artículo 20-2 RNot⁴². La diferencia entre estos dos casos se refiere, pues, a la competencia legislativa, que es un aspecto al que no me refiero aquí⁴³.

6. *Costes de la notificación o del traslado.* La reglas sobre costes generados por el traslado o transmisión y por la propia notificación pueden contemplarse como un complemento de los aspectos transmisión. La regulación de este aspecto concreto bajo el CH-65⁴⁴ ha sido casi literalmente copiado en el artículo 11RNot, en la versión inglesa y francesa de los respectivos instrumentos, y los cambios que por el contrario se aprecian en castellano no generan tampoco una dualidad de régimen: no puede exigirse al requirente el abono o el reembolso de cantidades por conceptos tributarios o no tributarios, salvo que se haya requerido la intervención de un funcionario judicial «o de una persona competente conforme a la legislación del Estado miembro requerido» o la utiliza-

⁴¹ Ver *Report on the work of the Special Commission on the operation of the Convention of 15 november 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters* (21-25 november 1977); *Report on the work of the Special Commission of april 1989 on the operation of the Hague Conventions of 15 november 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters and of 18 march 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters; Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission on the practical operation of the Hague Apostille, Evidence and Service Conventions* (28 october to 4 november 2003) (<http://www.hcch.net>).

⁴² «El presente Reglamento no se opone a que algunos Estados miembros mantengan o celebren acuerdos o arreglos dirigidos a acelerar o simplificar en mayor medida la transmisión de documentos, siempre que sean compatibles con las disposiciones del presente Reglamento.» Por ejemplo, España y la República Dominicana han celebrado el Tratado de asistencia judicial en materia civil y mercantil de 15 de septiembre de 2003 (BOE, 23 de octubre de 2003).

⁴³ Ver Alegría BORRÁS: «The Frontiers and the Institutional Constitutional Question», *The Civil European Judicial Area and Third States*, Bruselas (Bruylant), 2004 (en prensa), y «Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati terzi», en Paolo PICONE: *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padua, 2004, pp. 449 y ss.

⁴⁴ Ver art. 12 CH-65.

ción de un método especial de notificación o traslado. En el CH-65, la aplicación de esta regla puede ser excluida por los Estados interesados⁴⁵. Además, las excepciones a las reglas que suprimen la imputación de los costes pueden ser no aplicables cuando la asistencia jurídica haya sido concedida en el Estado requiriente y uno de los convenios mencionados en el artículo 21 RNot o una regla nacional de transposición de la Directiva 2003/8/CE, de 27 de enero de 2003⁴⁶, sea aplicable en virtud de las complejas y criticables disposiciones de la misma o de los complementos de los legisladores nacionales⁴⁷.

Si bien se usan las mismas palabras para la regla general sobre costes de la notificación en el RNot y en el CH-65, son previsibles algunas diferencias en el funcionamiento práctico de ambos instrumentos. Algunos Estados contratantes del CH-65 cargan por el servicio efectuado por sus autoridades centrales⁴⁸: aparte de las dudas acerca de si se está ante una aplicación legítima del artículo 12-2 CH-65 en el caso de los costes en que incurra una autoridad central, en la medida en que las autoridades centrales no son generalmente operativas en el RNot, las cuestiones referentes a los costes en que incurran por su funcionamiento no surgirán entre los EMs. En segundo lugar, la atribución de costes de notificación entre los EMs no puede resultar en una discriminación basada en la nacionalidad. Por lo tanto, puede no haber lugar para discriminación entre notificaciones entre EMs y notificación dentro de las fronteras de un particular EM y, por ello, los acuerdos celebrados en esta materia no quedarían contemplados por el artículo 20-2 RNot, que se refiere a «acelerar o simplificar en mayor medida la transmisión de documentos, siempre que sean compatibles con las disposiciones del presente Reglamento».

b) ASPECTOS PROCESALES SUBSTANTIVOS

7. *Traducción*. Tanto en el CH-65 como en el RNot, los documentos que se transmiten son en realidad dos: hay por un lado un documento cubierta, estandarizado en la forma de un modelo de solicitud anexo a cada uno de los instru-

⁴⁵ Art. 20 d) CH-65.

⁴⁶ DOCE L 26, de 31 de enero de 2003, coord. err. L 32, de 7 de febrero de 2003. Ver art. 7, por lo que se refiere a gastos de traducción y traslado en la notificación.

⁴⁷ La discriminación entre nacionales de EM podía ocurrir más probablemente bajo el régimen del art. 24 del Convenio de la Haya relativo al procedimiento civil de 1.º de marzo de 1954, que se refiere a «súbditos» («ressortissant» en francés) (BOE de 13 de diciembre de 1961) que bajo los artículos 1 y 13 del Convenio de la Haya tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 25 de octubre de 1980 que se refiere a nacionales de Estados contratantes y a personas que residen habitualmente en ellos (BOE de 30 de marzo de 1988, coord. err. 11 de abril de 1989). Ver Ángeles LARA AGUADO: «Litigios transfronterizos y justicia gratuita (a propósito de la Directiva 2002/8/CE del Consejo de 27 de enero de 2003)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004-enero/abril (n.º 17), que hace un detallado examen y crítica de la situación creada por la Directiva, así como su relación con los instrumentos convencionales anteriores (pp. 93, 95, 96 y ss, 101, 107 y 110 y s.).

⁴⁸ Ver la *Provisional version of the handbook on the Service Convention* (p. 42, <http://www.hcch.net>).

mentos⁴⁹, y, por otro lado, el documento o documentos en concreto correspondientes al procedimiento de acuerdo con la ley del Estado requirente⁵⁰, de lo que resulta una gran variedad de potenciales tipos de documentos. Para poder administrar los inconvenientes prácticos de esta variedad, se publicó⁵¹ en la Decisión 2001/781/CE, de 25 septiembre 2001⁵², un glosario de documentos que pueden ser notificados mediante el RNot.

Los términos estandarizados del modelo estandarizado bajo el CH-65 han de ser escritos en inglés, francés, o en una de las lenguas oficiales del Estado requirente, pero los vacíos han de ser escritos bien sea en la lengua al del Estado requerido, bien inglés o francés⁵³, aunque el CH-65 prevé expresamente⁵⁴ que este requisito puede ser suprimido mediante un acuerdo entre los Estados contratantes⁵⁵. Este modelo ha de expedirse por duplicado, y queda eximido de legalización o formalidades análogas⁵⁶. Con arreglo al RNot, no queda claro de modo suficiente que los términos estandarizados del formulario tengan que ser escritos en el lenguaje oficial de Estado requerido («El formulario se cumplimentará...»⁵⁷) pero queda claro que los vacíos han de ser rellenados bien sea en

⁴⁹ Art. 3-1 CH-65 y art. 4-3 RNot. Además de los documentos a remitir que se aluden en el texto, hay asimismo un documento estandarizado para ser devuelto por la autoridad requerida: el certificado a remitir por dicha autoridad requerida a la autoridad requirente con las circunstancias relativas a la notificación o su frustración (art. 6 CH-65 y artículos 7 y 10 RNot).

⁵⁰ Art. 3-2 CH-65 y art. 4-3 RNot.

⁵¹ De conformidad con los artículos 17 b) y 23 RNot.

⁵² Modificado por Decisión 2002/350/CE, de 3 de abril de 2002, *DOCE* L 298, de 15 de noviembre de 2001 y *DOCE* L 125, de 13 de mayo de 2002). Comparar por ejemplo los tipos de documentos en el Reino Unido (Claim form. Defence/counterclaim. Reply. Third party notices. Witness statements/affidavits. Notices to admit. Notices to request (e.g. requests for further information). Court orders. Writs (e.g. habeas corpus, possession, sequestration, fieri facias). Notice of application. Appeal notice. Warrants. Interpleader applications. Judicial documents in judicial proceedings. Documents relating to proceedings before any administrative or regulatory authority so far as these proceedings are within the scope of civil and commercial matters. Legal documents required to be served in connection with any non-judicial civil or commercial matter) y en España (En cuanto a los actos judiciales susceptibles de ser notificados, el artículo 149 de la nueva Ley de enjuiciamiento civil señala las clases de actos de comunicación siguientes: 1) notificaciones, cuando tengan por objeto dar noticia de una resolución, diligencia o actuación; 2) emplazamientos, para personarse y para actuar dentro de un plazo; 3) citaciones, cuando determinen lugar, fecha y hora para comparecer y actuar; 4) requerimientos para ordenar, conforme a la ley, una conducta o inactividad; 5) mandamientos, para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los registradores de la propiedad, mercantiles, de buques, de ventas a plazos de bienes muebles, notarios, corredores colegiados de comercio o agentes de Juzgado o Tribunal; 6) oficios, para las comunicaciones con autoridades no judiciales y funcionarios distintos de los mencionados en el punto anterior. En cuanto a los actos extrajudiciales susceptibles de ser notificados, serán los documentos no judiciales que emanen de autoridad pública con competencia según la ley española para realizar notificaciones.)

⁵³ Art. 7 CH-65.

⁵⁴ Art. 20-b) CH-65.

⁵⁵ El tratado hispano-portugués de 19 de noviembre de 1997 (*BOE* de 21 de enero de 1999) ya había suprimido el requisito de la traducción (art. 3).

⁵⁶ Art. 3 CH-65.

⁵⁷ Ver comentario al art. 4 del Informe Explicativo sobre el Convenio relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, celebrado sobre la base del art. K3 del tratado de la UE (*DOCE* C 261, de 27 de

una de las lenguas oficiales del lugar en que la notificación ha de ser efectuada, bien en uno de los otros idiomas de la Unión Europea que el Estado requerido haya indicado que va a aceptar^{58,59}. No hay necesidad de duplicado y el formulario está, por supuesto, eximido de legalización o de otras formalidades análogas⁶⁰. Además, hay un segundo formulario en el anexo del CH-65 que contiene un índice o listado de los documentos a notificar⁶¹, y cuya función es la de los puntos 3, 4 y 6 del formulario anexo al RNot. Aunque el CH-65 prevé expresamente⁶² que este segundo formulario puede ser suprimido por un acuerdo entre los Estados contratantes, hay una tendencia, por el contrario, a reforzar este elemento y mejorar el formulario mediante una Recomendación de la 14.^a Sesión de la conferencia de La Haya de Dipr⁶³. Con el propósito de afrontar adecuadamente el hecho de que es de gran relevancia práctica para el destinatario y para el buen fin del proceso que dicho destinatario pueda entender claramente a qué se refiere el documento notificado, así como al hecho del aumento de volumen de las notificaciones al extranjero⁶⁴, se crea un nuevo formulario unificado, que

agosto de 1997). El formulario estandarizado del anexo al que se refiere el art. 4-3 RNot en cada idioma se publica en la correspondiente versión lingüística del *DOCE*. No obstante, teniendo en cuenta que a) las diversas versiones están fácilmente al alcance de los organismos transmisores y b) que la comparación entre los formularios en las lenguas del Estado requirente y del Estado requerido es fácil y permite asegurarse de que el formulario se cumplimenta adecuadamente, la utilización del formulario en la lengua de la autoridad requerida es aconsejable y favorece al destinatario de la notificación. Además, el «Atlas Judicial Europeo en Materia Civil» disponible en el sitio web de la Comisión Europea (europa.eu.int/comm/justice_home/judicialatlascivil/html/index_es.htm) permite «cumplimentar directamente los formularios existentes, modificar el idioma en el que estén redactados antes de imprimirlos, y, transmitirlos de manera segura» (*Europa en breve. Información semanal de la Delegación en Bruselas*. CGAB, n.º 238 (18/2004, semana del 24 de mayo de 2004), p. 2).

⁵⁸ En España, inglés, francés y portugués, además de las lenguas oficiales del lugar al que se refiere claramente el art. 4-2 RNot (ver Información comunicada por los EM en virtud del art. 23 RNot, *DOCE* C 151, de 22 de mayo de 2001).

⁵⁹ La misma regla es aplicable al certificado en que se hace constar el resultado de la transmisión (art. 10-2 RNot). En este caso, España no ha declarado que vaya a admitir otras lenguas adicionales (ver nota precedente).

⁶⁰ Art. 4-4 RNot.

⁶¹ Art. 5-4 CH-65

⁶² Art. 20-c) CH-65.

⁶³ «... Having taken into consideration that modification of the form of the “Summary of the document to be served” annexed to the 1965 Convention would require revision of that Convention, which is not opportune to undertake... Recommends Member States and Stated who are not Members but Parties to the 1965 Convention to take appropriate steps to ensure that any judicial or extrajudicial document in relation to a civil or commercial matter sent or served abroad —whether or not the service is effected through the channels of the Central Authorities created under the 1965 Convention— will always be accompanied by a summary in the form as annexed to the said Convention, the latter being supplemented by a warning, as set forth hereinafter...» (Recomendación de 25 de octubre de 1980 sobre la «information to accompany judicial and extrajudicial documents to be sent or served abroad in civil or commercial matters», *Actes et documents de la Quatorzième session*, IV, the Hague, 1983, pp. 339).

⁶⁴ Ver Gustav MÖLLER: «Explanatory Report on the Recommendation adopted by the Fourteenth Session» (*Actes et documents de la Quatorzième session*, IV, the Hague, 1983, pp. 308 ss.). De hecho, la iniciativa de los trabajos fue tomada en el Consejo de Europa, que declinó su continuación en favor de la Conferencia de La Haya («Note about the Proposal of the Secretary General of the Council of Europe concerning information to accompany judicial and extrajudicial documents to be sent abroad in civil or commercial matters», *id.*, pp. 295 ss.).

los Estados contratantes pueden adoptar para notificación al extranjero⁶⁵. Por consiguiente, el formulario estandarizado del RNot funde en un único documento estructurado los dos documentos del CH-65⁶⁶.

Los documentos en concreto a ser notificados bajo el CH-65, que no están *per se* exentos de legalización, han de estar también por duplicado⁶⁷ y la autoridad central puede exigir que el documento esté escrito en o traducido a una de las lenguas oficiales del Estado requerido⁶⁸. Consecuencia práctica a es que, salvo que el requisito de traducción haya quedado suprimido, el solicitante tiene que aportar la traducción⁶⁹.

Bajo el RNot, el duplicado del documento es opcional para la autoridad requirente y se reserva para los casos en que dicha autoridades desea⁷⁰ que le sea devuelta una copia con el certificado estableciendo el resultado de la acción llevada a cabo por la autoridad requerida⁷¹. El idioma del documento a ser notificado (original o traducido), ha de estar escrito bien sea en una de las lenguas oficiales del EM requerido, bien en una lengua del Estado requirente que el destinatario comprenda. A este efecto, el organismo transmisor del EM de origen tiene que advertir al solicitante que el destinatario puede rechazar aceptar el documento si no está en uno de dichos idiomas⁷² y la autoridad requerida tiene a su vez que informar al destinatario acerca de su facultad de rechazar el documento⁷³. Si dicho rechazo se produce, la autoridad receptora tiene que informar a la autoridad transmisora⁷⁴.

Las inciertas consecuencias procesales⁷⁵ que haya de tener el rechazo por el destinatario debido al incumplimiento de las exigencias idiomáticas del artícu-

⁶⁵ Aunque no para ser usado por los Estados contratantes para las notificaciones procedentes del extranjero.

⁶⁶ El espíritu de la Recomendación de 25 de octubre de 1980, a la que me he referido *supra* en el texto, sobrevive en el RNot in una forma más vinculante.

⁶⁷ Art. 3-2 CH-65. El art. 20-a) CH-65 prevé expresamente la posibilidad de derogar esta norma por acuerdo entre los Estados contratantes.

⁶⁸ Art. 5-2 RNot. Salvo que esto haya quedado excluido por un acuerdo contemplado en el art. 20-c) CH-65. España, por ejemplo, no ha efectuado una declaración general acerca de la necesidad de traducción, pero en la práctica la Autoridad Central exige una traducción al castellano. Cuando ha hecho una excepción atendiendo a la lengua materna del destinatario (noruego), algunas solicitudes se aceptaron, pero otros tribunales las rechazaron por falta de traducción (Ministerio de Justicia, *Answers to the questionnaire on the provisional version of the handbook on the Service Convention*, puntos 8.2 y 9.1, <http://www.hcch.net>). Ver la Sentencia de la AP de Girona, Sala civil, sección 2.ª, de 24 de enero de 2003, que se ve en la necesidad de indicar que el requisito de traducción no es aplicable en casos de proceso interno en el que el demandado extranjero ha sido notificado en España para litigar en España (*La Llei de Catalunya*, 20 de noviembre de 2003, p. 8, núm. 2.918).

⁶⁹ Tal como recomienda desde una perspectiva complementaria la *Provisional version of the handbook on the Service Convention* (p. 42, <http://www.hcch.net>).

⁷⁰ De conformidad con la ley interna del Estado requirente, si bien el Estado requerido no lo controla. Por lo tanto, cabe que la autoridad requirente solicite una copia no prevista en su ley interna.

⁷¹ Artículos 4-5, 8-2 y 10-1 RNot.

⁷² Art. 5-1 RNot.

⁷³ Art. 8-1 RNot.

⁷⁴ Art. 8-2 RNot.

⁷⁵ Ver Manlio FRIGO: «Il Regolamento comunitario sulle notificazioni in materia civile o commerciale», *Rivista di Diritto Processuale*, 2002-1, p. 110.

lo 8.1RNot ya ha provocado un recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la CE (TJCE) por el *Hoge Raad der Nederlanden* en el caso *Götz Leffler v. Berlin Chemie, AG*⁷⁶. El tribunal holandés rechazó la solicitud del demandante holandés de continuar el proceso a pesar de que el demandado alemán no había comparecido, porque el tribunal consideró que la notificación hecha sin la debida traducción del documento, y que rechazó el demandado sobre esta base, era defectuosa. En apelación por el demandante, el *Hoge Raad* preguntó al TJCE si el rechazo del documento por el destinatario sobre la base de la falta de traducción impide al remitente la rectificación; y si la respuesta es positiva, si esto hace devenir a la notificación enteramente ineficaz. Además, si la respuesta a la primera cuestión es negativa, cómo habría que proceder y de acuerdo a qué ley⁷⁷. La cuestión sometida se refiere a materia actualmente regulada por el Derecho nacional⁷⁸, en el sentido de que la posibilidad de rectificar y el plazo para hacerlo dependen de la ley de la Estado requirente⁷⁹, y que, mientras el RNot no impide la rectificación, la transmisión para notificación de la traducción⁸⁰ tiene que hacerse de conformidad con el RNot.

Las diferencias entre el CH-65 y el RNot son detalles importantes pero sin auténtica substancia. Otra cuestión es que el TJCE, al decidir qué aspectos de procedimiento de notificación y transmisión para notificación caen bajo RNot y qué aspectos no, pueda ampliar las diferencias que existen entre ambos instrumentos, al fallar respecto de los primeros.

8. *Incidencia en los plazos del procedimiento y de su cómputo.* a) Fecha notificación: doble fecha. Mientras que el CH-65 no abandona en este punto el ámbito de los aspectos de mera transmisión para la notificación⁸¹, el RNot va más allá en su artículo 9 y lo hace con resultados satisfactorios⁸². El RNot aproxima hasta el límite de contacto y sincroniza los dos brazos nacionales del pro-

⁷⁶ Asunto C-443/03, *Götz Leffler v. Berlin Chemie, AG* (DOCE C 304, 13 de diciembre de 2003).

⁷⁷ «1. ¿Debe interpretarse el artículo 8, apartado 1, del Reglamento en el sentido de que, en caso de que el destinatario se niegue a aceptar el documento por no haberse respetado el requisito de lengua establecido en dicha disposición, el remitente tiene la posibilidad de subsanar el defecto? 2. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿la negativa a aceptar el documento tiene como consecuencia jurídica necesaria que la notificación no tiene ningún efecto? 3. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, a) ¿en qué plazo y forma debe notificarse la traducción al destinatario? ¿Son aplicables al envío de la traducción las exigencias que el Reglamento impone a la notificación y al traslado de documentos o puede elegirse libremente la forma de envío? b) ¿es aplicable el Derecho procesal nacional a la posibilidad de subsanar el defecto?» (DOCE C 304, 13 de diciembre de 2003).

⁷⁸ Cf. Manlio FRIGO: «Il Regolamento comunitario sulle notificazioni in materia civile o commerciale», *Riv. di Diritto Processuale*, 2002-1, pp. 115 s.

⁷⁹ Ver Nuria MARCHAL ESCALONA: *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, 2001, pp. 263 ss.

⁸⁰ Segunda parte de la pregunta 3.a) (Ver *supra* nota 77).

⁸¹ El párrafo 75 de las *Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission on the practical operation of the Hague Apostille, Evidence and Service Conventions (28 october to 4 november 2003)* (<http://www.hcch.net>), constata que la Comisión rechazó una propuesta para adoptar una recomendación favorable a la instauración de un sistema de doble fecha.

⁸² *Contra*, Nuria MARCHAL ESCALONA: «Algunas reflexiones en torno al Reglamento (CE) número 1348/2000, de 29 de mayo», *La Ley. Unión Europea*, 31 de mayo de 2001, p. 9.

cedimiento de transmisión para notificación, cada uno de ellos bajo el correspondiente Derecho territorial. El artículo 9.2 RNot prevé⁸³ que si la ley de procedimiento fija un plazo límite para notificar un documento, la fecha a tomar como fecha de notificación es la fecha de notificación computada de conformidad con dicha ley, con independencia de la fecha en que sea haya efectuado dicha notificación en realidad. Esto permite al Derecho procesal nacional desconectar la fecha legal según la ley del procedimiento de la fecha real de notificación, tomando en consideración que la notificación es en el extranjero, y que puede escapar fácilmente al control del solicitante. Eso se debe a que si bien la *lex processum* es la que se aplica normalmente, hay algunas excepciones⁸⁴. Una de ellas es que la fecha notificación es la fecha de notificación de conformidad con la ley del EM requerido⁸⁵, lo cual es justo para el demandado, que puede referirse a al Derecho local para iniciar el cálculo de los plazos en los que puede comparecer o contestar la demanda, pero sería injusto para demandante si la ley del procedimiento le impone la carga de un plazo límite. Si cabe una crítica a artículo 9 RNot es que permite excluir la aplicación de los apartados primero y segundo por parte de los EMs⁸⁶, lo que por cierto muchos han hecho⁸⁷.

b) Demandado que no comparece. En materia de demandado que no comparece, tanto el CH-65⁸⁸ como el RNot⁸⁹ descienden a la materia substantiva procesal. El texto del RNot reproduce la redacción del texto del CH-65 casi exactamente, con sólo unas diferencias menores, que tampoco dan lugar a dualidad de régimen. El RNot⁹⁰ protege al demandado que no comparece prohibiendo al juez dictar sentencia —sin perjuicio de medidas cautelares— hasta que haya transcurrido un período de tiempo y se haya comprobado el cumplimiento de ciertos extremos relativos a la notificación. Poner límite a la protección del demandado es necesario para proteger al demandante; en particular, se

⁸³ Ver comentario del art. 9 del Informe Explicativo del Convenio relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, celebrado sobre la base del art. K3 del tratado de la UE (*DOCE* C 261, de 27 de agosto de 1997).

⁸⁴ Por ejemplo, el art. 7-1 *in fine* RNot.

⁸⁵ Art. 9-1 RNot.

⁸⁶ Art. 9-3 RNot.

⁸⁷ Sin tener todavía información sobre lo que harán los nuevos EMs, España, Finlandia, Holanda, Irlanda, Portugal, Reino Unido y Suecia han declarado, por una u otra razón, que, de conformidad con el art. 9-3 RNot, el art. 9-2 RNot no se aplica (ver Información comunicada por los EM en virtud del art. 23 RNot, *DOCE* C 151, de 22 de mayo de 2001). Otros dos EM han extendido el art. 9-2 a documentos extrajudiciales y a casos en que no hay un determinado plazo para la notificación: Francia (*loc. cit.*) y Bélgica (primera actualización de la Información comunicada por los EM en virtud del art. 23 RNot, *DOCE* C 202, 17 de julio de 2001).

⁸⁸ Artículos 16 y 17 CH-65.

⁸⁹ Artículo 19 RNot.

⁹⁰ Art. 19-1/3 RNot, equivalente del art. 15 CH-65. Por lo tanto no hay avance en lo relativo a aclarar el art. 19-1 b) en cuanto a las condiciones de la notificación para que se pueda dictar sentencia: ver la discusión en Javier PÉREZ MILLA: «De la notificación personal, sin indefensión y otras novedades en la comunicación judicial intracomunitaria», *Tribunales de Justicia*, 2003-diciembre, pp. 70 y ss.

permite a los EMs⁹¹ declarar que si no se ha recibido un certificado de notificación, a pesar de los esfuerzos por obtenerlo, y ha transcurrido un período de al menos seis meses desde la transmisión para notificación hecha según el RNot, el juez podrá dictar sentencia, pero algunos EMs han declinado acogerse a esta posibilidad⁹². El RNot⁹³ protege al demandado que no haya comparecido durante el proceso, autorizando al juez a relevar al demandado de las consecuencias de la expiración del plazo de apelación, siempre que el demandado haya reaccionado en un plazo razonable —que ha de fijarse de un mínimo de un año— tras la fecha de la sentencia y cuyas alegaciones aparezcan provistas *prima facie* de algún fundamento. El plazo concedido a al demandado después de la sentencia puede ser establecido por los EMs y mientras que la mayoría de ellos han fijado el plazo de un año algunos lo han extendido más allá del mínimo⁹⁴. La protección queda limitada en ambos casos a los demandados cuando la demanda o un documento equivalente tenía que ser transmitida a otro Estado para notificación con arreglo al RNot.

La relevancia del artículo 19 RNot —así como el de sus equivalentes artículos 15 y 16 CH-65— radica en fases procesales distintas a la notificación y se refiere a las condiciones en que pueden ser dictadas las sentencias en rebeldía y a los motivos por los cuales éstas pueden ser impugnadas. Por lo tanto, añade una dimensión substantiva⁹⁵ a los aspectos de mera transmisión para notificación del RNot, pero queda limitado a supuestos en que la notificación haya de hacerse de conformidad con el RNot. Es el mismo enfoque adoptado el Reglamento 44/2001, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil⁹⁶ (RB-I), en el que la referencia a la aplicabilidad del RNot y del CH-65 hecha con ocasión del examen de la competencia y admisibilidad en casos en que «una persona domiciliada en un Estado miembro fuere demandada ante un tribunal de otro Estado miembro y no compareciere».

⁹¹ Art. 19-2 RNot.

⁹² Finlandia, Italia y Suecia (Información comunicada por los EM en virtud del art. 23 RNot, *DOCE* C 151, de 22 de mayo de 2001 y tercera actualización *DOCE* C 13, 17 de enero de 2002). Alemania, Finlandia, Italia y Suecia habían ya adoptado la misma postura en relación al art. 15-2 of the CH-65. Salvo Eslovenia, Letonia y Polonia, el resto de EM que son parte en el CH-65 y Dinamarca han hecho la declaración del art. 15-2 CH-65.

⁹³ Art. 19-4 y 4 RNot, equivalente del art. 16 CH-65.

⁹⁴ Austria: Ilimitado; Grecia: 3 años (Información comunicada por los EM en virtud del art. 23 RNot, *DOCE* C 151, de 22 de mayo de 2001). En cuanto al CH-65, Chequia, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia y Suecia no han hecho la declaración del art. 16-3 CH-65, mientras que el resto de los EM —inclusive Alemania— y Dinamarca sí la han hecho; todos salvo España —que ha declarado ser aplicable un plazo de 16 meses— y Estonia —que ha declarado ser aplicable un plazo de 3 años— han declarado ser aplicable el plazo de un año.

⁹⁵ «Substantive law» is la expresión usada en la *Provisional version of the handbook on the Service Convention* (p. 76, <http://www.hcch.net>), relativo a los artículos 15 y 16 CH-65.

⁹⁶ Art. 26 Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (*DOCE* L 12, de 16 de enero de 2001).

2. Expansión del sistema europeo de notificaciones

9. *Dos dimensiones.* La expansión de un sistema europeo de notificaciones tiene dos dimensiones: una, la extensión del RNot; la otra, al margen del vigente RNot unificación en los aspectos sustantivos de la notificación internacional. El balance tras el examen de los dos aspectos —administración y sustancia del procedimiento— es que la aplicación simultánea del RNot y del CH-65 es perfectamente factible, sin mayores inconvenientes en el procedimiento nacional. También significa que el desfase entre el Derecho procesal comunitario y el Derecho procesal en el ámbito de los Estados contratantes en el CH-65 puede ensancharse progresivamente en la medida en que el Derecho procesal sustantivo —y no meramente la administración del procedimiento—, se armonice en el interior de la UE, por una u otra vía. Por lo tanto, de momento, el valor añadido al CH-65 por el RNot está casi limitado a los aspectos de transmisión del procedimiento, en orden acelerarlo, precisamente donde la expansión del RNot puede considerarse sin miedo de alterar o afectar a aspectos sustantivos del procedimiento.

a) EXTENSIÓN DEL REGLAMENTO 1348/2000

10. *Dos direcciones de extensión del RNot.* Como se ha mencionado, hay concebiblemente tanto un efecto de extensión *ad intra* como un efecto de extensión *ad extra* en el RNot. Respecto de la extensión *ad intra*, hay dos casos que merecen atención: tipo I, cuando la notificación haya de tener lugar en el EM requerido; y tipo II, cuando notificación haya de tener lugar en un segundo EM, distinto del EM al que se ha dirigido la autoridad requirente.

Una tendencia natural en los instrumentos de cooperación internacional es la de permitir al instrumento más denso expandirse en el interior de otro menos denso o más ligero en cumplimiento de un principio favorecedor de la máxima eficacia. Sin embargo, se plantea la cuestión acerca de si dicha expansión puede progresar más allá de los límites del ámbito aplicación del instrumento más denso. Esto es relevante en situaciones cubiertas por el CH-65, porque éste no se opone a una aplicación del RNot fuera de su ámbito original de aplicación. Por lo tanto, la cuestión planteada no se orienta a resolver un conflicto instrumentos —ya que no es la cuestión—, sino que plantea saber si la tolerancia del CH-65 hacia otros instrumentos puede ser usada para expandir el RNot a casos en los que es claramente no aplicables desde el punto de vista espacial, por no entrar en lo previsto en el artículo 1.1: «Cuando un documento... deba transmitirse de un EM a otro para ser notificado o trasladado en este último».

Parece bastante claro que el RNot no pretende ser aplicable por sí mismo, ni *ad extra* ni *ad intra*. Como tal, nada impide a un EM declarar expresamente que ciertas reglas del RNot son aplicables *erga omnes* a terceros Estados, en las situaciones *ad intra* de tipo I. Igualmente, dado que el RNot permanece silente en este punto, no impide por sí mismo que un EM cree unilateralmente situaciones *ad intra* tipo II. Sin embargo esto invadiría competencias —de relaciones exteriores— de los otros EMs implicados (por ejemplo el otro EM queda privado de

requerir reciprocidad al tercer Estado interesado). Incluso si los EMs son en principio competentes para extender el RNot a las situaciones *ad intra* tipo I pero no a las tipo II, el RNot está redactado muy claramente en el sentido de excluir las situaciones las tipo I de su ámbito aplicación, pero no las tipo II, lo que revela que es absurdo apoyarse su texto vigente. La conclusión más segura es que, dado que el RNot no dice nada acerca de su aplicación en situaciones externas, la cuestión no puede ser decidida acudiendo sólo al RNot.

Por añadidura, más que en una al base legal concreta que permita la extensión RNot, la posible combinación de disposiciones del CH-65 con las del RNot puede ser de mayor interés. Esto podría conducir a una expansión, irregular e impropia, del RNot, con efectos limitados.

11. *Expansión hacia adentro y hacia afuera.* a) *Ad extra.* Sin incidir en la cuestión de las competencias legislativas externas, una manera de rellenar el desfase entre los dos instrumentos en consideración es extender *ad extra*, tan lejos como sea posible, a la aplicación del RNot. La hipótesis de extensión *ad extra* del RNot también puede tratarse en los grupos de casos excluidos de consideración, especialmente cuando el RNot ya resulta normalmente aplicable en el procedimiento de que se trate. Por consiguiente, limitar nuestra atención a los casos en que tanto el RNot como el CH-65 son aplicables no se dirige a excluir dicha extensión en otros casos. Sin embargo cuando el RNot y el CH-65 son simultáneamente aplicables, la extensión *ad extra* del RNot es especialmente atractiva porque: 1) El RNot está pensado para mejorar el CH-65⁹⁷; 2) dicha mejora puede tener importancia no sólo cuando el RNot reemplaza al CH-65 sino también cuando el CH-65 se aplica juntamente con el RNot; y 3) El CH-65 está por sí abierto a mejoras de tipo distinto de la que contempla se alcancen mediante tratado⁹⁸.

Los aplicadores y en concreto los organismos transmisores acostumbrados ya a la transmisión intra comunitaria de acuerdo con el RNot⁹⁹, no habrían de encontrar mayores problemas a la hora de proceder con una transmisión fuera del área judicial europea bajo el mismo principio de no intermediación¹⁰⁰, siempre que se les suministrase información práctica y clara, tal como la información que pueden obtener en Internet¹⁰¹. La calidad de la transmisión y el grado

⁹⁷ Ex considerandos 6, 12 y art. 20-1 RNot.

⁹⁸ Ver art. 19 CH-65.

⁹⁹ Art. 4-1 RNot: «Los documentos judiciales se transmitirán directamente y lo antes posible entre los organismos designados con arreglo al artículo 2.»

¹⁰⁰ Esta idea es tributaria de Nikitas HATZIMIHAL: *Working document —part I: Institutional framework— External frontiers*, pp. 56 ss., en el *European Project on Civil Judicial Cooperation with Third States* Ver *The Civil European Judicial Area and Third States*, Bruselas (Bruylant), 2004 (en prensa).

¹⁰¹ Acceso por internet para obtener información similar a la que proporciona la Decisión de la Comisión 2001/781/CE, de 25 de septiembre de 2001, modificada por Decisión 2002/350/CE, de 3 de abril de 2002, adoptando el manual y un glosario de documentos que pueden ser notificados mediante el RNot (DOCE L 298, 15 de noviembre de 2001 y DOCE L 125, de 13 de mayo de 2002, coor. err. DOCE L 31, 1.º de enero de 2002 y DOCE L 60, 5 de marzo de 2003) y en Información comunicada por los EM en virtud del art. 23 RNot, DOCE C 151, de 22 de mayo de 2001; y primera a quinta actualizaciones DOCE C 202, 17 de julio de 2001; DOCE C 282, 6 de octubre de 2001; DOCE C 13, 17 de enero de 2002; DOCE C 136, 11 de junio de 2003; y DOCE C 37, 11 de febrero de 2004).

de asimilación al RNot variarán, entre otras cosas, dependiendo de la clase de base legal utilizada para la extensión. Al margen de las bases legales que puedan brindar el CH-65 y el RNot, los organismos de transmisión tendrían que contar por lo menos con un apoderamiento legislativo unilateral, que podría ser encontrado en su Derecho nacional. Esta facultad concedida unilateralmente, extendiendo el ámbito de aplicación de los compromisos internacionales, es bastante común en el ámbito de la ley aplicable¹⁰², y puede también encontrarse en los ámbitos de la jurisdicción y de la cooperación de autoridades¹⁰³. Los instrumentos internacionales frecuentemente fomentan el uso de procedimientos nacionales junto a los que ellos crean por su parte y —a diferencia del RNot— el CH-65 lo hace así efectivamente en su artículo 19.

Por lo que se refiere a los aspectos procesales sustantivos, el artículo 20 CH-65 fija los límites dentro de los que tolera derogaciones convencionales a sus previsiones¹⁰⁴. Los aspectos antes examinados bajo esta rúbrica caen o bien bajo el artículo 20 b) (traducción), o bien no caer en absoluto bajo las previsiones del convenio (doble fecha), o bien, finalmente, aún siendo materia del convenio, no se mencionan en el artículo 20 (demandado que no comparece). Sin embargo, mientras la primera queda fuera del ámbito del Estado requirente, los otros dos aspectos pueden ser objeto de regulación unilateral.

b) *Ad intra*. El CH-65 permite convenios y acuerdos que sean compatibles con dicho convenio¹⁰⁵. Lo mismo es aplicable en relación al RNot¹⁰⁶. Es importante subrayar que tanto el artículo 25 CH-65 con artículo 20-2 RNot no limitan literalmente su ámbito a instrumentos entre Estados contratantes y EMs, respectivamente.

Además, la extensión *ad intra* puede encontrar su camino a través de los artículos 10.b)¹⁰⁷, 18.1 y 2¹⁰⁸ y 19¹⁰⁹ CH-65, ya que todos ellos permiten la aplica-

¹⁰² Son ejemplos la ley suiza de 1987 (artículos 49, 93-1, 134) o la italiana de 1995 (artículos 45, 57, 59-1 and 2) de Dipr.

¹⁰³ Ver ejemplos en la ley italiana de Dipr de 1995 (artículos 3-2, 42-1) o en la Ley 22/2003, de 9 de julio (artículos 199 ss.), que extiende la cooperación internacional a terceros Estados.

¹⁰⁴ El art. 20-2 RNot es más claro, en el sentido de que los acuerdos por los EM se permiten «siempre que sean compatibles con las disposiciones del presente Reglamento.»

¹⁰⁵ Artículos 11, 20, 24 y 25 CH-65.

¹⁰⁶ Art. 20-2 RNot.

¹⁰⁷ «Salvo que el Estado de destino declare oponerse a ello, el presente Convenio no impide: b) La facultad, respecto de funcionarios ministeriales o judiciales u otras personas competentes del Estado de origen, de proceder a las notificaciones o traslados de documentos judiciales directamente a través de funcionarios ministeriales o judiciales u otras personas competentes del Estado de destino.» La oposición ha de ser expresa: ver art. 21-2 a) CH-65. El Reino Unido ha expresado repetidamente su preferencia por la notificación directa de residentes en Inglaterra o Gales por medio de *solicitors* (Parágrafo 58 de las *Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission on the practical operation of the Hague Apostille, Evidence and Service Conventions (28 october to 4 november 2003)* (<http://www.hcch.net>)). Por hipótesis, el EM de destino no se opone.

¹⁰⁸ «Todo Estado contratante podrá designar, además de la autoridad central, otras autoridades, determinando el alcance de sus competencias. Sin embargo, el requirente tendrá siempre derecho a dirigirse a la autoridad central directamente.»

¹⁰⁹ «El presente Convenio no se opone a que la ley interna de un Estado contratante permita otras formas de remisión no previstas en los artículos precedentes, a efectos de notificación o traslado dentro

ción de métodos de transmisión de documentos procedentes del exterior para ser notificados, si lo permite el Derecho interno los Estados contratantes. El artículo 10-a) CH-65 añade cooperación potencial porque permite la transmisión directa por el tercer Estado requirente. Por supuesto, esto es así en la medida en que lo consienta su Derecho interno y que no haya objeción por el EM requerido. El artículo 18-1 CH-65 permite al EM designar a otras autoridades además de la autoridad central; si bien los terceros Estados pueden no obstante dirigirse a la autoridad central del EM¹¹⁰, la autoridad central del EM puede dirigirse a los organismos receptores del RNot así como reformatear el correspondiente formulario unificado de notificación. El artículo 19 CH-65 declara que el convenio no se opone a métodos de transmisión previstos por el Derecho nacional¹¹¹. Por lo tanto ha lugar para la siguiente pregunta: ¿Puede el organismo receptor según el RNot así como un formulario estándar del RNot ser utilizados para notificación en un EM cuando el Estado requirente es un tercer Estado? En las situaciones *ad intra* tipo I esto parece a primera vista pertenecer al ámbito de las relaciones bilaterales entre el tercer Estado y el EM, que no afecta a ningún otro EM. Por lo que se refiere al formulario unificado, esto puede considerarse congruente¹¹² con la citada Recomendación de 25 de octubre de 1980 de la Conferencia de La Haya de Dipr.

¿Podría esta permeabilidad amparar las situaciones más delicadas *ad intra* tipo II? En las situaciones *ad intra* tipo II, ¿tolera el texto del RNot la utilización de la red del área judicial europea para notificación de documentos procedentes de fuera de dicha área, cuando el organismo transmisor del primer EM en realidad actúa como intermediario entre el tercer Estado y un segundo EM? A pesar de la ya señalada debilidad de las bases legales, si se mira el texto utilizado en el punto 9.1.2. del formulario unificado del anexo del RNot, la devolución de la solicitud notificación se permite si la notificación no es de un EM a otro. El punto 9 del anexo nos remite al artículo 6-3 RNot, que contiene las disposiciones sustantivas sobre la devolución listadas en dicho punto 9: la solicitud y los documentos se devuelven si la petición está manifiestamente fuera del ámbito del RNot («Cuando un documento... deba transmitirse de un EM a otro para ser notificado o trasladado en este último»¹¹³). En otras palabras: mientras que el anexo se refiere a notificación, los artículos 6.3 y 1.1 RNot se refieren a transmisión para notificación. El artículo 2 RNot también ilustra la diferencia: su parágrafo primero sobre «organismos transmisores» se refiere a transmisión

de su territorio de documentos procedentes del extranjero.» Si bien el Derecho comunitario no era considerado Derecho interno al tiempo de elaborarse el CH-65, una interpretación contemporánea del CH-65 toleraría considerar que el Derecho comunitario queda englobado en la referencia al Derecho interno, dando base a la posibilidad de extender reglas inspiradas en el RNot para las situaciones *ad intra*. Cf. nota 220.

¹¹⁰ Art. 18-2 CH-65.

¹¹¹ El art. 11 CH-65 autoriza arreglos convencionales que permitan alcanzar o fijar situaciones como las previstas en los artículos 10.a) y 19 CH-65.

¹¹² No es compatible en el sentido de que el formulario unificado del CH-65 es diferente del del RNot. Pero no cabe objeción por el Estado requerido si el requirente sigue la Recomendación.

¹¹³ Art. 1-1 RNot.

de documentos para ser notificados en otro en EM; y el párrafo segundo sobre «organismos receptores» se refiere a la recepción de documentos desde otro EM. Por contraste, el artículo 2 CH-65 se refiere claramente a la solicitud «de notificación o traslado procedentes de otro Estado contratante y de darles curso ulterior» («request of service coming from other contracting States») y en su artículo 3.º «a la autoridad o funcionario ministerial o judicial competente según las leyes del Estado de origen dirigirá a la autoridad central del Estado requerido una petición conforme a la fórmula modelo anexa al presente Convenio...» («the authority or judicial officer competent under the law of the State in which the documents originate shall forward to the Central Authority of the State addressed a request conforming to the model annexed to the present Convention...»).

b) HACIA UNA NOTIFICACIÓN EUROPEA

12. *La creciente densidad del Derecho comunitario.* El Derecho uniforme en vigor en el área judicial europea no es como cualquier otro Derecho uniforme en vigor entre Estados. Es diferente porque está enraizado en un proyecto de unión de mayor alcance. El Derecho comunitario no es tampoco meramente Derecho internacional. Es también el Derecho interno de la Unión Europea; esto es así, visto desde el interior y visto desde el exterior de la región europea. Este efecto de desvanecimiento de las fronteras interiores no es meramente un efecto interno. Desde luego, el efecto desvanecimiento no está presente en todo el Derecho comunitario y, en particular, y en el campo de la cooperación civil está fuertemente limitado por el requisito transfronterizo del artículo 65 TCE. Sin embargo, esta limitación sí que es un aspecto *ad intra*. La cuestión aquí es que, siendo el Derecho comunitario un Derecho común a los EMs y un tipo de Derecho interno de la UE, tiene vocación a ver su ámbito de aplicación expandido a situaciones suficientemente conectadas con el ámbito comunitario: es el Derecho correspondiente a los actos procesales vinculados con la Unión Europea y de los actos procesales que tienen lugar en la Unión Europea. Se trata de una dimensión de magnitud Europea del principio *lex fori regit processum*. En ausencia de otros condicionantes, la uniformidad por medio de una regla mejor es más conforme con la idea de justicia que una diversidad no justificada racionalmente. Unificar distintos procedimientos para llevar a cabo los mismos actos procesales de carácter substantivo parece que cae completamente en el ámbito de actuación de la idea de la extensión de la regla mejor. En relación a la transmisión, el RNot es la regla mejor. Incrementar la uniformidad por medio de una regla mejor es factible siempre que de hecho haya una regla mejor para utilizar, lo cual no deja de ser un tipo de selección natural. Cabe afirmar que la transmisión directa bajo el RNot constituye un sistema mejor que el de las autoridades centrales del CH-65. El sistema del RNot imita los sistemas nacionales capaces de administrar en banda ancha la transmisión de información en un área homogénea, en la que la información circula libremente y se archiva de forma adecuada. Por lo tanto, incluso las situaciones *ad intra* de tipo II pueden ser virtual-

mente creadas mediante la instauración de una autoridad central única, común a todos los EMs¹¹⁴.

Esto deja de lado el veredicto acerca de si el actual RNot, en su concepción actual, es realmente un instrumento demasiado dependiente de los instrumentos convencionales, tal como los tratados internacionales de cooperación. Esta característica conservadora, escasamente innovadora, del RNot no sería de mucha ayuda para subrayar su fuerte potencial de Derecho común con el fin de favorecer su extensión. Por otra parte, la cuestión de la competencia externa como condicionante de una reglas en las que basar una extensión es un factor poderoso para facilitar o alternativamente para impedir, esta tendencia racional unificadora. Todavía desde otro punto de vista, la forma jurídica del RNot —un reglamento en lugar de una directiva— tiende a ocultar inadecuadamente¹¹⁵ el hecho de que muchos aspectos importantes del funcionamiento práctico del RNot dependen de las especificaciones legislativas que hagan los EMs, como es el caso no sólo de los medios de transmisión o notificación a los que se pueden oponer los EMs¹¹⁶, sino también el caso de los que de los EMs no pueden objetar: fecha a notificación¹¹⁷, condiciones de la notificación por correo¹¹⁸ y las cuestiones relativas al demandado que no comparece¹¹⁹.

13. *Necesidad de abordar aspectos sustantivos de la notificación.* Concebir el RNot como mejor regla no implica que sea suficientemente bueno, en la actualidad, en todos sus aspectos. Los aspectos relativos a la notificación adecuada¹²⁰ —incluyendo la uniformidad de las reglas sobre notificación— no se tratan en el RNot y proporciona una ilustración de esta deficiencia. Hay un obstáculo importante al potencial de expansivo del actual RNot, y éste es su contenido pobre en relación a los aspectos sustantivos del procedimiento que habrían

¹¹⁴ Art. 2-1 CH-65 no permite oposición. Esto es parecido pero distinto de lo que sucede en la actualidad en los EEUU, donde la Autoridad Central ha delegado en una entidad privada (*Process Forwarding International*), encargada de llevar a cabo la notificación y certificar el resultado en plazo suficiente como para ser remitido al solicitante en seis semanas. Ver *Provisional version of the handbook on the Service Convention* (p. 28, <http://www.hcch.net>). Información suministrada por David EPSTEIN, Office of Foreign Litigation Director, US Department of Justice, durante la jornada de trabajo «Judicial Cooperation within Europe and the United States», New York (New York Bar Association), 19 de mayo de 2003.

¹¹⁵ Ver la críticas a la forma de los instrumentos comunitarios de Dipr en Johan MEEUSEN: «Fifteen theses on Brussels I, Rome I and the European Union's institutional framework», *Enforcement of international contracts in the European Union* (ed. J. MEEUSEN, G. STRAETMANS, M. PERTEGÁS SENDER), Amberes (Intersentia), 2004 (en prensa), tesis 11; y, en particular, sobre el RNot, Burkhard HESS: «Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe», *Rev. Crit. DIP*, 2003-2, nota 63.

¹¹⁶ Artículos 13-2 RNot (notificación mediante agentes diplomáticos o consulares) y 15-2 RNot (notificación directa).

¹¹⁷ Art. 9-3 RNot.

¹¹⁸ Art. 14-2 RNot.

¹¹⁹ Art. 19-2 y 4 RNot.

¹²⁰ Ver una discusión reciente acerca de distintos extremos de la relevancia de varios aspectos sustantivos en el proceso en Antonio-M.^a LORCA NAVARRETE: «El Derecho procesal como sistema de garantías», *La Ley*, 15 de enero de 2004; y Juan MONTERO AROCA: «El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria», *Actualidad Civil*, 2004-6 (marzo), pp. 616 ss.

de quedar afectados por el principio *lex fori regit processum*. Comparado con el CH-65, en su redacción actual el RNot mejora lo referente a la transmisión pero no afecta a la calidad sustantiva de la notificación desde el punto de vista de las partes.

Se ha señalado certeramente¹²¹ que en el caso de notificación por correo, a la que no se pueden oponer los EMs¹²², los demandados no quedan protegidos por el RNot en relación a las diferencias entre los Derechos nacionales. Por consiguiente, sigue siendo posible que bajo la ley o la práctica del Estado de origen se omita la notificación al extranjero del demandante domiciliado en el extranjero. Mantener el litigio dentro de las fronteras nacionales sigue siendo posible en la medida en que la ejecución de sentencia en el extranjero no sea necesaria. Además, mientras que los artículos 15 y 16 CH-65 y el artículo 19 RNot se refieren a la falta de comparecencia de demandado, ni el CH-65 ni el RNot abordan la cuestión relativa a cuándo ha de ser llevada a cabo la notificación en extranjero. La práctica de evitar la notificación en extranjero ha sido en cierto modo avalada —aunque cabe esperar fundadamente que no modo definitivo¹²³— por el Tribunal Constitucional español en dos casos gemelos que conciernen a entidades jurídicas británicas: Sentencias en los casos *Imperial Park Country Club Properties Ltd. v. Audiencia Provincial de Alicante*¹²⁴ e *Imperial Park Country Club Properties Ltd. v. Juzgado de 1.ª Instancia de Denia*¹²⁵. Los demandantes designaron un hotel en España como lugar en el que efectuar el emplazamiento de las compañías demandadas y declararon que *Imperial Park Country Club Properties Ltd.* era propietaria de inmuebles inscritos en el Registro de la propiedad en España. Un empleado de la única sociedad española demandada —muy probablemente la que explotaba el hotel— recibió los documentos de la demanda y en ese momento declaró que los otros demandados no tenían su domicilio en dicho lugar. Dado que las otras compañías demandadas no quedaron localizadas en ese lugar, el emplazamiento tenía que haberse efectuado por edictos y publicado en el diario oficial correspondiente. Tras su incomparecencia, se declaró la rebeldía de dichas sociedades y el proceso continuó en su ausencia¹²⁶.

Debe subrayarse que por lo menos del domicilio de *Imperial Park Country Club Properties Ltd.* había quedado constancia en el Registro de la propiedad,

¹²¹ Burkhard HESS: «Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe», *Rev. Crit. DIP*, 2003-2, pp. 229 ss.

¹²² Art. RNot 14. Cf. art. 8 CH-65.

¹²³ La doctrina constitucional aludida en el texto no ha sido seguida en un caso internacional: Sentencia TC (Sala 2.ª) 216/2002, 25 de noviembre de 2002 (*BOE*, 20 de diciembre de 2002 (suplemento) pp. 34 ss. En esta sentencia se ha basado, para un caso interno, el Tribunal Supremo, Sala civil, Sentencia 540/2003, de 5 de junio de 2003 (*Repertorio Aranzadi de jurisprudencia*, 2003/4121).

¹²⁴ Sentencia TC (Sala 1.ª), 162/2002, 16 de septiembre de 2002 *BOE*, 9 de octubre de 2002 (suplemento) pp. 34 ss.

¹²⁵ Sentencia TC (Sala 1.ª), 208/2002, 11 de noviembre de 2002 *BOE*, 29 de noviembre de 2002 (suplemento) pp. 17 ss.

¹²⁶ En la actualidad, artículos 496 y ss. Ley 1/2000, de procedimiento civil (*BOE*, 8 de enero de 2000).

en el que la compañía aparecía con la propietaria de diversos inmuebles, tal como pusieron de manifiesto los propios demandantes. De hecho, en la fase de prueba, los demandantes presentaron un certificado del Registro de la propiedad del que resultaba la de inscripción de diversos inmuebles en favor de dicha compañía, y el que constaba los detalles de dicho domicilio: «Priory Court, Tuscam Way, Camberly, Surrey, Great Britain». Si el domicilio del demandado resulta conocido, es ese lugar al que el tribunal debe dirigir la notificación y, si es necesario, hacerlo mediante la cooperación internacional de autoridades. En Derecho español son los demandantes los que deben informar al tribunal acerca de las señas del domicilio, un deber del que quedan solamente relevados si su cumplimiento hubiera de suponer un esfuerzo no razonable de investigación, en cuyo caso la publicación en un diario oficial resulta suficiente¹²⁷. El hecho de que el domicilio o un posible domicilio fuera conocido y que no se hubiese intentado la notificación ahí, hacía de la notificación un acto procesal defectuoso en grado suficiente como para que se pueda estar en desacuerdo¹²⁸ con los fallos del Tribunal Constitucional¹²⁹, así como que quepa lamentar que se perdiese la ocasión de condenar ese abuso de procedimiento¹³⁰, que en el ámbito internacional comporta o puede comportar un fraude del artículo 19 RNot y de los artículos 15 y 16 CH-65, en el sentido de que hay un desplazamiento fraudulento de la conexión (lugar de la notificación) para evitar la aplicación del régimen correspondiente.

¹²⁷ Artículos 149 y ss. Ley 1/2000, de procedimiento civil. En particular, artículos 149-2, 152, 155, 156, 158 y 161. Ver Francisca ORTIZ CRUZ: «La notificación personal: análisis del artículo 161 de la ley de Enjuiciamiento civil 1/2000. Problemas prácticos», *La Ley*, 28 de julio de 2003.

¹²⁸ Ver Joaquim-J. FORNER y Miguel TORRES: «Foreign Defendant: Avoiding Service Abroad», *International Company and Commercial Law Review*, 2003-marzo, pp. 129 ss. Ver también Ángel ESPI- NIELLA MENÉNDEZ: «El lugar de entrega de la cédula de emplazamiento a sociedades con domicilio fuera de España», *La Ley*, 31 de diciembre de 2002, pp. 1 ss., de acuerdo con la Sentencia TC (Sala 1.ª) 162/2002, 16 de septiembre de 2002.

¹²⁹ Es de destacar que las Sentencias TC (Sala 2.ª) 162 y 208/2002 no han sido usadas como precedente en casos internos posteriores con problemática similar: Ver Sentencia TC (Sala 2.ª) 220/2002, 25 de noviembre de 2002 (*BOE* de 20 de diciembre de 2002 (suplemento) pp. 25 ss.); Sentencia TC (Sala 2.ª) 7/2003, 20 de enero de 2003 (*BOE* 19 de febrero de 2003 (suplemento) pp. 67 ss.); Sentencia TC (Sala 2.ª) 67/2003, 9 de abril de 2003 (*BOE* de 13 de mayo de 2003 (suplemento) pp. 14 ss.); Sentencia TC (Sala 1.ª) 90/2003, 19 de mayo de 2003 (*BOE*, 10 de junio de 2003 (suplemento) pp. 30 ss.); Sentencia TC (Sala 1.ª) 99/2003, 2 de junio de 2003 (*BOE*, 1 de julio de 2003 (suplemento) pp. 17 ss.); Sentencia TC (Sala 2.ª) 138/2003, 14 de julio de 2003 (*BOE*, 13 de agosto de 2003 (suplemento) pp. 4 ss.); Sentencia TC (Sala 2.ª) 181/2003, 20 de octubre de 2003 (*BOE*, 13 de noviembre de 2003 (suplemento) pp. 18 ss.); Sentencia TC (Sala 2.ª) 191/2003, 27 de octubre de 2003 (*BOE*, 26 de noviembre de 2003 (suplemento) pp. 36 ss.); Sentencia TC (Sala 1.ª) 19/2004, 23 de febrero de 2004 (*BOE*, 26 de marzo de 2004 (suplemento) pp. 25 ss.). Ahora bien, sucede lo mismo con la Sentencia TC (Sala 2.ª) 216/2002, 25 de noviembre de (*BOE*, 20 de diciembre de 2002 (suplemento) pp. 34 ss., citada *supra* nota 123. La Sentencia TC (Sala 2.ª) 138/2003 establece que la carga de la prueba de falta de conocimiento del inicio del procedimiento no puede imponerse al demandado (p. 7).

¹³⁰ STS, Sala civil, 737/2002, de 9 de junio de 2002 (*Repertorio Aranzadi de jurisprudencia*, 2002/7143) cita jurisprudencia reciente interna. Ver Cristina CARRETERO GONZÁLEZ: «La indefensión producida por maquinaciones fraudulentas en la realización de actos de comunicación y el recurso de revisión civil», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2003 (octubre/diciembre), pp. 184 y ss.

En estas circunstancias, aparte de la protección internacional de los Derechos humanos¹³¹, no hay instrumentos internacionales ni instrumentos legislativos de la UE capaces de asegurar un *fair play* procesal respecto de los demandados extranjeros. El Reglamento 805/2004, de 21 abril 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados¹³² contiene, en sus artículos 13 a 15, la reglas relativas a los métodos admisibles de notificación para que la sentencia pueda ser certificada como título ejecutivo europeo; en los artículos 16 y 17 la información que se ha de suministrar al deudor en dicha notificación; en los artículos 18 y 19 las normas sobre subsanación y las normas mínimas para la revisión en casos excepcionales. Sin embargo, el certificado de título ejecutivo europeo solamente se necesita para la ejecución en el extranjero (artículo 1) y la excesiva deficiencia de armonización de las reglas nacionales notificación —y su reemplazo por meros estándares mínimos—, refleja claramente que el propósito del Reglamento apunta hacia la ejecución antes que a la garantía de los derechos de la defensa. El centro de atención en el demandado se manifiesta mejor en el Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía de 20 diciembre 2002¹³³, y aunque no ha sido llevado muy lejos desde el punto de vista de la armonización, en la propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo de 19 marzo 2004 por el que se establece un proceso monitorio europeo¹³⁴, su artículo 6¹³⁵ crea un formu-

¹³¹ Ver Emmanuel GUINCHARD: «The Frontiers and European Human Rights», *The Civil European Judicial Area and Third States*, Bruselas (Bruylant), 2004 (en prensa).

¹³² Reglamento (CE) n.º 805/2004, del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (*DOCE* L 143, de 30 de abril de 2004). Ver Haris TAGARAS: «European Enforcement Order: Added Value over Regulation 44/2001 and Consequences for Nationals and Domiciliaries of Third States», *The Civil European Judicial Area and Third States*, Bruselas (Bruylant), 2004 (en prensa).

¹³³ COM(2002) 746 final, punto 3.3.8. Ver Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2004, punto 6.g).

¹³⁴ COM(2004) 173 final, art. 6 y considerando 16. Como se dice en el memorando explicativo, «La propuesta no incluye ninguna disposición sobre la notificación del aviso de pago al demandado, con lo que dicha notificación se regirá por las normas nacionales vigentes y, en su caso, por el Reglamento (CE) n.º 1348/2000 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. No obstante, el apartado 2 establece la condición de que, a efectos del presente Reglamento, no se admitirán aquellos procedimientos de notificación sin acuse de recibo personal del deudor cuando se desconozca la dirección del deudor...».

¹³⁵ «Aviso europeo de pago. 1. Cuando se cumplan los requisitos fijados en el artículo 4, el órgano jurisdiccional expedirá un aviso europeo de pago cumplimentando el formulario normalizado cuyo modelo figura en el Anexo 2.2. El aviso europeo de pago se notificará al demandado. No se admitirán métodos de notificación sin acuse de recibo personal del demandado cuando no se conozca con seguridad la dirección del demandado. 3. El aviso de pago indicará al demandado la posibilidad de optar entre: a) pagar al demandante la cantidad reclamada, incluidos los intereses y las costas reclamados, y presentar un escrito de comunicación del pago; o b) presentar un escrito de contestación de la totalidad o parte de la deuda ante el órgano jurisdiccional, en el plazo de tres semanas a partir de la fecha de notificación del aviso europeo de pago, de acuerdo con legislación del Estado miembro en el que se realice la notificación. 4. El aviso informará al demandado de que: a) el órgano jurisdiccional no ha examinado la justificación de la deuda antes de expedir el aviso; b) si no recibiera un escrito de contestación o un escrito de comunicación del pago de la deuda en el plazo señalado en apartado 3, el órgano jurisdiccional dictará una resolución ejecutiva. 5. A efectos de interrupción del plazo de prescripción, el aviso europeo de pago se considerará equivalente a una citación judicial en un proceso civil ordinario.»

lario uniforme y establece los estándares mínimos relativos al método de notificación así como el contenido de información que hay que suministrar al demandado.

En otro ámbito, los «Principles and Rules of Transnational Civil Procedure» del American Law Institute y del UNIDROIT¹³⁶ tratan respectivamente de «Due notice and right to be heard» (Principle 5¹³⁷) y de «Due notice» (Rule 7¹³⁸). El proyecto se concentra en la naturaleza transnacional del procedimiento judicial, con independencia de la necesidad de ejecución en el extranjero de la sentencia resultante y el nivel de armonización deseado va más allá de meros generales principios generales, si bien en plano universal, indefinido y de *soft law*¹³⁹.

¹³⁶ ALI/UNIDROIT: *Principles and Rules of Transnational civil procedure*, The American Law Institute, Proposed Final Draft (march 9, 2004).

¹³⁷ «5. Due Notice and Right to Be Heard. 5.1 At the commencement of a proceeding, notice, provided by means that are reasonably likely to be effective, should be directed to parties other than the plaintiff. The notice should be accompanied by a copy of the complaint or otherwise include the allegations of the complaint and specification of the relief sought by plaintiff. A defendant should be informed of the procedure for response and the possibility of default judgment for failure to make timely response 5.2 The documents referred to in Principle 5.1 must be in a language of the forum, and also a language of the state of an individual's habitual residence or an organization's principal place of business, or the language of the principal documents in the transaction. Defendant and other parties should give notice of their defences and other contentions and requests for relief in the language of the proceeding, as provided in Principle 6. 5.3 After commencement of the proceeding, all parties should be provided prompt notice of motions and applications of other parties and determinations by the court. 5.4 The parties have the right to submit relevant contentions of fact and law and to offer supporting evidence. 5.5 A party should have a fair opportunity and reasonably adequate time to respond to contentions of fact and law and to evidence presented by another party, and to orders and suggestions made by the court. 5.6 The court should consider all contentions of the parties and address those concerning substantial issues. 5.7 The parties may, by agreement and with approval of the court, employ expedited means of communications, such as telecommunication. 5.8 An order affecting a party's interests may be made and enforced without giving previous notice to that party only upon proof of urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. An ex parte order should be proportionate to the interests that the applicant seeks to protect. As soon as practicable, the affected party should be given notice of the order and of the matters relied upon to support it, and should have the right to apply for a prompt and full reconsideration by the court.» (ALI/UNIDROIT, *Principles and Rules of Transnational civil procedure*, The American Law Institute, Proposed Final Draft (march 9, 2004), pp. 34 s.)

¹³⁸ «7. Due Notice. 7.1 A party must be given formal notice of the proceeding commenced against that party, provided in accordance with the forum law but means reasonably likely to be effective. 7.2 The notice must: 7.2.1 Contain a copy of the statement of claim; 7.2.2 Advise that plaintiff invokes these rules; and 7.2.3 Specify the time within which response is required and state that a default judgment may be entered against a party who does not respond within that time. 7.3 The notice must be in a language of the forum and also in a language of the state of an individual's habitual residence or an organization's principal place of business, or the language of the principal documents in the transaction. 7.4 All parties must have prompt notice of claims, defenses, motions, and applications of other parties, and of determinations and suggestions by the court. Parties must have a fair opportunity and reasonably adequate time to respond» (ALI/UNIDROIT: *Principles and Rules of Transnational civil procedure*, The American Law Institute, Proposed Final Draft (march 9, 2004), p. 82 s.)

¹³⁹ Ver Haimo SCHACK: «Transnational Service of Process: A Call for Uniform and Mandatory Rules», *Uniform Law Review*, 2001-4, pp. 829, 830 (destacando lo escasamente prometedoras que son estas reglas para combatir eficazmente la notificación ficticia) y 836 ss. (abogando decididamente en favor de la estandarización de las reglas sustantivas relativas a la notificación).

La pregunta que surge es, pues, si la cooperación internacional para notificación al extranjero debería ser tratada como un elemento de un instrumento más ambicioso sobre justicia procesal, más bien que como un dispositivo basado en la reciprocidad para notificación fuera de las fronteras nacionales. Somos de la opinión de que una regulación uniforme y básica de las situaciones en las que se requiere la notificación del inicio el procedimiento a un demandado domiciliado en extranjero tendría que sea el compañero natural de un instrumento de cooperación internacional en materia de notificación. Los aspectos de proceso adecuado que entraña la notificación pueden a su vez significar un estímulo para desarrollar métodos expeditivos de notificación. Además, la preocupación por los aspectos de proceso debido puede ser un activo de valor para negociar una mejora de los instrumentos vigentes, extra europeos, así como para unificar métodos de notificación en la Unión Europea.

III. ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO EN EUROPA

14. *Un sistema veterano v. un sistema en formación.* En esta parte me refiero a dos novedades en el ámbito de las cláusulas o acuerdos de elección de foro, así como las relaciones entre ambas. La primera de las novedades hace referencia al Derecho en vigor, al sistema de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 y del RB-I¹⁴⁰ (el sistema europeo): el nivel del status de exclusividad de las cláusulas elección de foro, de acuerdo con el TJCE. La segunda se refiere al Derecho en preparación en un ámbito más amplio, incluso global: los actuales trabajos de la conferencia de La Haya de Dipr, dirigidos a la conclusión de un convenio sobre acuerdos exclusivos de elección de foro, y que ahora se encuentran en la fase de un proyecto preliminar de convenio¹⁴¹.

El vínculo entre ambos aspectos nos conduce a la necesidad de trazar una línea divisoria clara y prudente para establecer las fronteras del sistema europeo. La falta de definición de la frontera entre el sistema europeo del sistema mundial puede provocar precisamente a lo que se trata de evitar con las cláusulas de elección de foro: litigios relativos al lugar dónde litigar. El establecimiento de dicha fronteras podrían resultar más fácil introduciendo nuevos regímenes jurídicos para ciertas clases de cláusulas de elección del tribunal: esta es la sugerencia que se hace al final de esta parte.

¹⁴⁰ Además del Convenio de Bruselas (CB-68) y del Reglamento de Bruselas I (RB-I) (citados *supra* notas 6 y 96), el Convenio «paralelo» de Lugano de 16 de septiembre de 1988 entre los EM de la CE y los Estados Miembros de la EFTA (*DOCE* C 189, 28 de julio de 1990) (CL). El RB-I reemplaza al CB-68 en los términos que se matizan a continuación en el texto, pero no al CL-88.

¹⁴¹ Preliminary draft convention on exclusive choice of court agreements (Proposal by the Drafting Committee draft on exclusive choice of court agreements, Working Document No 110 E Rvd., Special Commission of 21 to 27 april 2004 on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, may 2004, Hague Conference on Private International Law, que se puede consultar en www.hcch.net, «current work», «jurisdiction project»).

Nos limitamos a las cláusulas exclusivas de elección de foro en transacciones «business to business», es decir, en acuerdos entre partes legalmente equivalentes en cuanto a su poder de formación del contrato en el que dichas cláusulas o acuerdos se contengan.

1. Eficacia limitada de la elección de foro en el Reglamento 44/2001

15. *Los acuerdos de elección de foro son parte de un sistema en el que pueden diluirse.* Las cláusulas o los acuerdos de elección de foro son un elemento para fundar un criterio específico de competencia judicial internacional. Aunque estos acuerdos pueden estar y a menudo están hechos para excluir la competencia de otros tribunales (cláusulas exclusivas), el criterio basado en el acuerdo es uno más entre otros en un sistema de reparto de competencia como el que rige en Europa, lo que puede diluir la eficacia exclusiva que pretenden darles las partes.

a) LA SENTENCIA *GASSER* Y SU ALCANCE

16. *Hechos y fallo.* El TJCE ha dicho en *Erich Gasser GmbH v. Misat srl*¹⁴² que, de acuerdo con el CB-68 «... 2. Art. 21 of the Brussels Convention must be interpreted as meaning that a court second seised whose jurisdiction has been claimed under an agreement conferring jurisdiction must nevertheless stay proceedings until the court first seised has declared that it has no jurisdiction. 3. Art. 21 of the Brussels Convention must be interpreted as meaning that it cannot be derogated from where, in general, the duration of proceedings before the courts of the Contracting State in which the court first seised is established is excessively long.»¹⁴³

Los hechos del caso eran los siguientes¹⁴⁴: el 19 de abril de 2000 Misat de Roma, Italia, inició procedimiento contra Gasser, Dornbirn, Austria, ante el *Tribunale Civile e Penale di Roma*. Misat solicitaba una declaración en el sentido siguiente: que el contrato entre esta sociedad había quedado extinguido *ipso iure* o, alternativamente, que el contrato había quedado extinguido como consecuencia del desacuerdo entre ambas partes; que por parte de Misat no había incumplimiento del contrato y que procedía condenar a Gasser a pagar en concepto de daños por haber incumplido sus obligaciones de lealtad, diligencia y buena fe, así como al reembolso a determinados gastos. El 4 de diciembre de 2000 Gasser inició una acción contra Misat ante el *Landesgericht Feldkirch*, Austria, para obtener el pago de las facturas pendientes. En su argumentación a favor de la competencia de dicho tribunal, la demandante sostenía: que el tribu-

¹⁴² Sentencia de 9 de diciembre de 2003, C-116/02, *Erich Gasser GmbH v. Misat srl* (Sentencia *Gasser*), pendiente de publicación en el *Repertorio*.

¹⁴³ No está todavía disponible en la fecha de redacción la traducción al castellano.

¹⁴⁴ Par. 11-20 Sentencia *Gasser*.

nal austríaco era el tribunal del lugar de cumplimiento del contrato, en el sentido de artículo 5-1 CB-68; y que dicho tribunal era asimismo el tribunal designado por una cláusula elección de foro que aparecía en todas las facturas enviadas por Gasser a Misat, sin que esta última hubiese efectuado ninguna objeción en tal sentido, lo cual ponía de manifiesto que, de acuerdo con sus prácticas así como con los usos prevalentes en el comercio entre Austria e Italia, las partes habían concluido un acuerdo que le confería competencia en el sentido de artículo 17 CB-68. Misat contestó ambos argumentos y además invocó el artículo 21 CB-68, en el sentido de que había iniciado el procedimiento ante el *Tribunale Civile e Penale di Roma* respecto de la misma relación comercial. El *Landesgericht Feldkirch* decidió suspender el procedimiento hasta que la competencia del tribunal italiano hubiera quedado establecida. Además confirmó su propia competencia en base al foro del lugar de cumplimiento de la obligación, pero no decidió en relación a la elección del tribunal austríaco, observando que a pesar de que las facturas emitidas por el demandante incluían sistemáticamente una referencia a los tribunales austriacos (Dorbn), los pedidos, por otra parte, no hacían ninguna referencia a dicha elección de foro.

En apelación por parte de Gasser, el *Oberlandesgericht Innsbruck* consideró que se trataba de un caso de litispendencia y asimismo que había elección del tribunal austríaco¹⁴⁵. Por consiguiente, el *Oberlandesgericht* preguntó al TJCE lo siguiente: «[...]»¹⁴⁶ 2. May a court other than the court first seised, within the meaning of the first paragraph of Art. 21 BC, review the jurisdiction of the court first seised if the second court has exclusive jurisdiction pursuant to an agreement conferring jurisdiction under Art. 17 BC, or must the agreed second court proceed in accordance with Art. 21 BC notwithstanding the agreement conferring jurisdiction? 3. Can the fact that court proceedings in a Contracting State take an unjustifiably long time (for reasons largely unconnected with the conduct of the parties), so that material detriment may be caused to one party, have the consequence that the court other than the court first seised, within the meaning of Art. 21 BC, is not allowed to proceed in accordance with

¹⁴⁵ El *Oberlandesgericht* consideró que la conducta de las partes consistente en que una de ellas, repetidamente y sin objeción, pagara las facturas remitidas incluyendo una cláusula de elección de foro, reflejaba un uso en el comercio internacional aplicable a las partes y del que eran o habían de ser consideradas conscientes.

¹⁴⁶ Aparte de otras cuestiones sin relevancia a nuestros efectos por no haber obtenido respuesta, el *Oberlandesgericht* también preguntó: «1. May a court which refers questions to the Court of Justice for a preliminary ruling do so purely on the basis of a party's (un-refuted) submissions, whether they have been contested or not contested (on good grounds), or is it first required to clarify those questions as regards the facts by the taking of appropriate evidence (and if so, to what extent)?» A esto contestó el TJCE que «[a] national court may [...] refer to the Court of Justice a request for interpretation of the CB-68, even where it relies on the submissions of a party to the main proceedings of which it has not yet examined the merits, provided that it considers, having regard to the particular circumstances of the case, that a preliminary ruling is necessary to enable it to give judgment and that the questions on which it seeks a ruling from the Court are relevant. It is nevertheless incumbent on the national court to provide the Court of Justice with factual and legal information enabling it to give a useful interpretation of the Convention and to explain why it considers that a reply to its questions is necessary to enable it to give judgment.»

that provision? [...]». Como hemos visto, el TJCE ha dado una respuesta negativa a ambas cuestiones.

17. *Alcance de la Sentencia*¹⁴⁷. La importancia de *Gasser* radica, entre otras cosas en que es inconsistente con algunos pronunciamientos habidos hasta el momento de tribunales nacionales, en concreto británicos¹⁴⁸. La sentencia en *Gasser* tiene un efecto vinculante muy limitado *stricto sensu* entre los EMs de la UE, basado en el Protocolo de Luxemburgo de 1971¹⁴⁹. Actualmente, desde el 1 de marzo de 2002 este Protocolo se aplica solamente a procedimientos iniciados: a) en un EM antes de esta fecha¹⁵⁰, b) después de esta fecha en el caso de que o bien el demandado esté domiciliado en Dinamarca —que no es EM tampoco a los efectos del RB-I¹⁵¹— o en otro territorio de aplicación del CB-68 donde el Derecho comunitario no sea aplicable¹⁵², o bien el tribunal elegido o el tribunal al que acude el demandante¹⁵³ sea un tribunal danés¹⁵⁴ o sea un tribunal situado en un territorio de aplicación del CB-68 donde el Derecho comunitario no sea aplicable¹⁵⁵.

Sin embargo, en la práctica, la fuerza vinculante de *Gasser* puede ser mayor por las siguientes razones: 1) aunque en los EMs excepto Dinamarca el RB-I es de aplicación desde 1 marzo 2002 y ha reemplazado al CB-68 excepto en los territorios en el que el último continúa en vigor, en la medida en que «el presente Reglamento sustituye entre los EMs a las disposiciones del CB-68, se entenderá que toda remisión a dicho Convenio se refiere al presente Reglamento»¹⁵⁶, las sentencias dictadas por el TJCE en interpretación del CB-68 valen para la interpretación del RB-I por lo que se refiere a las disposiciones de este último que han sido copiadas del correspondiente texto del CB-68¹⁵⁷. 2) Asimismo, una fuerza vinculante muy débil se extiende a los casos en que el CL-88 es aplicable, dado que dos declaraciones, hechas en la fecha de firma del CL-88 por los representantes de los gobiernos de los Estados partes en el mismo, que eran en ese momento miembros de la CE o de la EFTA, se refieren a que se considera

¹⁴⁷ Ver comentario de Iván HEREDIA CERVANTES en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004-2, pp. 606 ss.

¹⁴⁸ Ver A. BRIGGS y P. REES: *Civil Jurisdiction and Judgments*, 3 ed., Londres, 2002, par. 2.197.

¹⁴⁹ Protocolo relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Luxemburgo de 3 de junio de 1971. Ver texto consolidado en *DOCE* C 27, 26 de enero de 1998.

¹⁵⁰ Artículos 1.º-3, 66-1 y 76 RB-I. Ver también considerando 23 RB-I.

¹⁵¹ Art. 1.º-3 y considerando 21 RB-I.

¹⁵² Ver art. 299 TCE.

¹⁵³ También si el demandado está domiciliado en Dinamarca: Ver Art. 54 ter CL-88.

¹⁵⁴ Art. 1-3 y considerandos 21 y 22 RB-I.

¹⁵⁵ Art. 68-1 RB-I.

¹⁵⁶ Art. 68-2 RB-I.

¹⁵⁷ Considerando 19 RB-I: «Procede garantizar la continuidad entre el Convenio de Bruselas y el presente Reglamento y, a tal efecto, es oportuno establecer disposiciones transitorias. La misma continuidad debe aplicarse por lo que respecta a la interpretación de las disposiciones del Convenio de Bruselas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por lo que el Protocolo de 1971 deberá seguir aplicándose también a los procedimientos que ya estuvieran pendientes en la fecha de entrada en vigor del Reglamento.»

apropiado que los respectivos tribunales tengan en consideración la jurisprudencia del TJCE¹⁵⁸; excepto Islandia, Noruega y Suiza, dichos Estados son actualmente EMs y están por lo tanto vinculados por el RB-I, aunque el CL-88 aún se apliquen en las relaciones con Islandia, Noruega, Suiza y también Dinamarca, que es un Estado contratante del CL-88 pero no un EM a los efectos del RB-I¹⁵⁹.

Lo anterior, aparte de ilustrar algunas inesperadas complicaciones que surgen del proceso de construcción europea¹⁶⁰, tiene un interés práctico tan pronto como el criterio utilizado para distinguir casos que caen en uno u otro de los instrumentos deja de ser único o uniforme. Eso es precisamente lo que sucede con el domicilio de las sociedades y de otras personas jurídicas, si consideramos por un lado el RB-I y por el otro a los Convenios de Bruselas y de Lugano, teniendo en cuenta que el domicilio de las partes —formalmente el demandado— es el que determina la aplicabilidad del correspondiente instrumento¹⁶¹. El RB-I, al disponer que «1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; c) su centro de actividad principal. 2. Para el Reino Unido y para Irlanda, la expresión “sede estatutaria” se equipará al *registered office* y, en caso de que en ningún lugar exista una *registered office* al *place of incorporation* (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se hubiere efectuado la *formation* (creación) de la sociedad o persona jurídica»¹⁶², aumenta las posibilidades de considerar a la persona jurídica como domiciliada en un EM a los efectos del RB-I, mientras que, al mismo tiempo, la misma entidad puede ser considerada, a efectos del CB-68 o del CL-88¹⁶³, domiciliada en un Estado contratante de dichos convenios, distinto del EM a efectos del RB-I por parte de un tribunal no vinculado por dicho Reglamento. Además, una apreciación hecha *ex*

¹⁵⁸ Además, otra vía indirecta de penetración de la jurisprudencia del TJCE puede encontrarse en el art. 1 del Protocolo 2 al CL-88: los tribunales de los Estados contratantes del CL-88 han de tener en cuenta la jurisprudencia de otros Estados contratantes en aplicación del CL-88. Por lo tanto, si el tribunal de referencia es el de un EM de la UE, dicho tribunal está vinculado por la jurisprudencia del TJCE y en principio resolverá de la misma manera en casos regidos por el CL-88.

¹⁵⁹ Nuevamente, como en el caso del CB-68, el CL-88 puede continuar en vigor a pesar del RB-I en la medida en que este último no se aplique a territorios en el que se aplica el CL-88.

¹⁶⁰ Ver nota 11. Respecto del CB-68, se considera que no vale la pena que los nuevos EM se adhieran al mismo (Documento 7224/04 JUSTCIV 43, de 18 de marzo de 2004).

¹⁶¹ Hay una importante excepción en material de acuerdos de elección de foro, ya que las condiciones de aplicabilidad son el domicilio de una de las partes y la elección de un tribunal con sede en el territorio de vigencia del instrumento correspondiente: Ver Art. 23 RB-I y Art. 17 CB-68/CL-88. Sólo cuando se den las condiciones de aplicación de cada instrumento se ha de resolver el conflicto entre CB-68 y el CL-88 en favor del Segundo, sea teniendo en cuenta el tribunal elegido —no el tribunal al que se acude— sea teniendo en cuenta el domicilio del demandado (Art. 54ter-2a CL-88). El CL-88 se aplica o bien si el tribunal elegido está en territorio CL-88, que no sea territorio CB-68, o bien si el demandado está domiciliado en territorio CL-88, que no sea territorio CB-68.

¹⁶² Art. 60-1 y 2 RB-I.

¹⁶³ Art. 53 CB-68 y CL-88: «A los efectos del presente Convenio, la sede de las sociedades y de otras personas jurídicas quedará asimilada al domicilio. Sin embargo, para determinar dicha sede, el tribunal que conociere del asunto aplicará las reglas de su Derecho internacional privado».

ante en cuanto a las posibilidades de conflicto de instrumentos basada en la divergencia de criterios acerca del domicilio —inclusive a efectos de elección de foro— puede resultar insuficiente *ex post* porque otras consideraciones pueden resultar relevantes *a posteriori*. Con respecto a las cláusulas de elección de foro, es este el caso si las partes acuden a un tribunal distinto al tribunal elegido, ya que a los efectos de litispendencia el instrumento aplicable depende de la situación territorial del tribunal al que se acude¹⁶⁴.

Por lo que concierne a las reglas sobre elección de foro y de litispendencia, las diferencias de redacción entre el RB-I¹⁶⁵ comparado con los correspondientes textos del CB-68 y del CL-88¹⁶⁶ parecen no tener relevancia en el punto que se trata. Por consiguiente, dando por supuesto que *Gasser* será relevante por lo menos para los EMs de la CE, sea en aplicación del CB-68, del RB-I o del CL-88, podemos ahora pasar a examinar los aspectos principales del pronunciamiento. Alguna diferencia menor entre los dos textos se mencionará al hilo de dicho examen.

b) ELECCIÓN DE FORO V. LITISPENDENCIA

18. *Los acuerdos de elección de foro no son inmunes si se elige bien...* Hubiese resultado muy difícil para un tribunal que sólo tiene competencia para interpretar el CB-68¹⁶⁷ haber permitido que los acuerdos de elección de foro funcionasen como una excepción al mecanismo de litispendencia del artículo 21 CB-68. Hay argumentos textuales fuertes contra esa posibilidad y esos argumentos parecen quedar reforzados si el texto correspondiente en el CB-68 ha emigrado sin haber sufrido cambios al RB-I, transmitiendo de este modo el mensaje de que legislador no quiso innovar. El primer argumento textual es que el artículo 21 CB-68 no contiene ninguna excepción; pero como vamos a ver enseguida, es precisamente esta absoluta falta de matices en el artículo 21 CB-68 lo que discutiblemente ofrecía una posibilidad de excepción.

El segundo argumento, vinculado al primero, es que otros artículos del CB-68 prevén un *status* especial para ciertos criterios de competencia y tampoco mencionan el artículo 17 CB-68: en el artículo 19 CB-68¹⁶⁸ el tribunal al que se

¹⁶⁴ *Ex art. 54ter-2b CL-88.* El CL-88 es aplicable tan pronto como una parte acuda a un tribunal situado en el territorio de vigencia del CL-88, no del CB-68, con independencia de los criterios de competencia judicial internacional en que se base dicha actuación (ver también *supra* nota 161). Damos por supuesto que las mismas reglas que discriminan en el CL-88 entre los supuestos que caen bajo el CB-68 o bajo el CB-68 pueden utilizarse para discriminar entre los casos que caen bajo el ámbito del CB-68 o del RB-I. Si bien el RB-I calla al respecto salvo en lo que atañe al art. 68-1 RB-I, esto no sería una objeción, puesto que por una cláusula del tipo de la del art. 54ter CL-88 sólo encuentra su sitio en el instrumento más amplio y no cabía introducirla en el instrumento RB-I en el que no participaba Dinamarca.

¹⁶⁵ Artículos 23 y 27 RB-I.

¹⁶⁶ Artículos 17 y 21 CB-68 y CL-88. Los artículos 17 y 21 CB-68 (no CL-88) han sido por su parte objeto de reforma en las sucesivas accesiones al CB-68 original. La Sentencia *Gasser* se refiere a la versión vigente del CB-68.

¹⁶⁷ A estos efectos, por lo que se refiere al RB-I, el art. 68 TCE no supone diferencia ninguna.

¹⁶⁸ Art. 25 RB-I.

acude «se declarará de oficio incompetente» si «los tribunales de otro Estado contratante fueren exclusivamente competentes en virtud del artículo 16». Además, de conformidad con el artículo 23 CB-68¹⁶⁹, si más de un tribunal declara tener competencia exclusiva, el principio *prior tempore* enraizado en artículo 21 CB-68 conduce al tribunal al que se acude en segundo lugar a declinar en favor del primer tribunal. Por último, de acuerdo con el artículo 28-1 CB-68¹⁷⁰, el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera será denegadas si entra en conflicto con las secciones 3, 4 o 5 del Título segundo del CB-68¹⁷¹, pero la competencia del tribunal de origen no puede ser objeto de control en otros casos¹⁷², como en el del artículo 17 CB-68. En resumen, comparada con otros criterios de competencia, los acuerdos de elección de foro no merecen ningún tratamiento especial desde el punto de vista de su *status* procesal y, en particular, el mecanismo de litispendencia del artículo 21 CB-68 no tolera excepciones.

En tercer lugar, como consecuencia, una lectura *a contrario* del artículo 23 CB-68 destinada a evitar la regla del *prior tempore* en casos en que sólo el segundo tribunal al que se acuda reclama tener competencia exclusiva sería insuficiente para evitar la regla *prior tempore* del artículo 21 CB-68 «cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de Estados contratantes distintos». No obstante, una excepción artículo 21 CB-68 en casos en que sólo el segundo tribunal reclama competencia exclusiva había sido ya vaticinada¹⁷³ y posteriormente ha sido mencionada por el TJCE en su sentencia de 27 de junio de 1991 (351/89) *Overseas Union Insurance & Others v. New Hampshire*¹⁷⁴ en un *obiter dictum*¹⁷⁵. El TJCE dijo en *Overseas* que «con la salvedad del supuesto en que el órgano jurisdiccional ante el que se formuló la segunda demanda disponga de una competencia exclusiva prevista en el Convenio y, en particular, en su artículo 16, el artículo 21 del Convenio debe interpretarse en el sentido de que, cuando medie oposición a la competencia del Tribunal ante el que se formuló la segunda demanda, en el caso de que no decline su competencia, solamente podrá suspender el procedimiento, sin poder examinar la competencia del Tribunal ante el que se formuló la primera demanda.»¹⁷⁶

¹⁶⁹ Art. 29 RB-I. Los artículos 23 CB-68 y 29 RB-I no se refieren expresamente a los artículos 16 CB-68 y 22 RB-I, respectivamente.

¹⁷⁰ Art. 35-1 RB-I.

¹⁷¹ Secciones 3, 4 o 6 del Capítulo II RB-I.

¹⁷² Art. 28-3 CB-68 y Art. 35-3 RB-I. Ver Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, C-7/98, *Dieter Krombach v. André Bamberski*, Repertorio, 2000, I-1935.

¹⁷³ Georges A.L. DROZ: *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, París, 1972, No 311.

¹⁷⁴ Repertorio, 1991, I-3317. Ver Nota Alegría BORRÁS en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1992-1, pp. 276 y ss.

¹⁷⁵ El TJCE lo destacó en la Sentencia *Gasser*, par. 45: «it is clear from paragraph 20 of the same judgment that, in the absence of any claim that the court second seised had exclusive jurisdiction in the main proceedings, the Court of Justice simply declined to prejudge the interpretation of Article 21 of the Convention in the hypothetical situation which it specifically excluded from its judgment.»

¹⁷⁶ Repertorio, 1991, I-3317, par. 26 y dispositivo 2).

Tanto Gasser como el gobierno del Reino Unido¹⁷⁷, además del abogado general Sr. Léger¹⁷⁸, se apoyaron en este pasaje de *Overseas* para argumentar en favor de la excepción. Según Gasser y el gobierno del Reino Unido, no hay motivo para tratar el artículo 17 CB-68 de forma diferente al artículo 16 CB-68. Adicionalmente el gobierno del Reino Unido destacó que, en la jerarquía de criterios de competencia, el artículo 17 CB-68 prevalece sobre otros criterios y fuerza al tribunal no elegido a abstenerse, y que las necesidades del comercio internacional que tienen en cuenta las cláusulas de elección de foro han de ser tenidas en consideración para establecer la relación entre los artículos 17 y 21 CB-68. Aunque el TJCE insistió en *Overseas* en que el tribunal al que se acude en segundo lugar no se encuentra en mejor posición que el primero para determinar si este último tiene competencia, en opinión del gobierno del Reino Unido el TJCE podría declarar que el tribunal al que se acude ha de suspender el procedimiento hasta que el tribunal elegido se haya pronunciado sobre su propia competencia¹⁷⁹. Excepto por lo que se refiere a esta última sugerencia, éstos eran también *grosso modo* los argumentos usados por el abogado general: el artículo 17 CB-68 es un tipo de competencia exclusiva y la aplicación incondicional del artículo 21 CB-68 deteriora el fundamento en el que se basa la artículo 17; y el riesgo de sentencias contradictorias es por sí inevitable y será progresivamente reducido por una u interpretación uniforme del artículo 17-1 CB-68¹⁸⁰, sin que el TJCE establezcan un régimen especial para los acuerdos de elección de foro en el marco del artículo 21 CB-68.

Como se ha visto, el TJCE no quedó convencido por dichos argumentos y negó que el artículo 17 CB-68 tuviese ninguna virtualidad para establecer una excepción en el artículo 21 CB. A nivel de argumentos literales, se destaca que los artículos 21 y 19 CB-68 no se refieren al artículo 17 CB¹⁸¹. Por lo tanto, el TJCE niega a las cláusulas o acuerdos de elección de foro un *status* parecido al de los criterios de competencia del artículo 16 CB-68, pero con prudencia evita otro *dictum* concerniente al artículo 16 CB-68 como una posible excepción al artículo 21 CB. La exclusividad de los acuerdos de elección de foro en el CB-68 y en el RB-I no es más que una descripción de su potencial para desplazar otros criterios competencia, en base autonomía de la voluntad¹⁸². Estructural y funcionalmente, las cláusulas de elección de foro no son criterios de competencia exclusiva en el sentido de los artículos 16 CB-68 o 22 RB-I.

Bajo esta luz, el cambio consistente en la supresión del párrafo 5 del artículo 17 el CB-68 y la opción abierta a una elección de foro no exclusiva in-

¹⁷⁷ Par. 29 ss. Sentencia *Gasser*.

¹⁷⁸ Pars. 48/83 de las Conclusiones de 9 de septiembre de 2003.

¹⁷⁹ En teoría, este es requisito similar pero más estricto que el que figura en los artículos 17-2 CB-68 y 23-3 RB-I.

¹⁸⁰ Art. 23-1 y 2 RB-I.

¹⁸¹ Par. 47 y fallo Sentencia *Gasser*.

¹⁸² El legislador europeo usa el concepto de exclusividad con varios significados: Ver el art. 6 del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DOCE* L 338, 23 de diciembre de 2003).

cluida en el artículo 23-1 RB-I es adecuada teniendo en cuenta *Gasser*. A nivel de política legislativa, el Tribunal insiste en que el segundo tribunal no está en una mejor posición que el primero para determinar la competencia judicial internacional¹⁸³ y proclama la superioridad de una regla de *litispendencia* para ofrecer certeza en una materia en la que la existencia de un consentimiento real en cuanto a la elección de tribunal puede ser fácilmente objeto de controversia¹⁸⁴. Por consiguiente, dadas las limitaciones de recurso prejudicial en orden a facilitar la evolución del Derecho, es mucho más fácil avanzar por la senda de argumentos integracionistas tales como la mutua confianza entre tribunales nacionales, que construir reglas procesales adecuadas a las necesidades de las transacciones comerciales.

19. ...*por ejemplo, un tribunal o un sistema jurisdiccional lento*. No sorprende por lo tanto que la respuesta a la tercera cuestión por parte del TJCE sea también negativa: la duración del procedimiento en el Estado del tribunal al que se acude en primer lugar no tiene incidencia al efecto de artículo 21 CB. Los argumentos basados en la restricción de la libertad de circulación de bienes y trabajadores, y la libertad establecimiento y prestación de servicios, por *Gasser*¹⁸⁵; así como argumentos basados en artículo 6 del Tratado de Roma¹⁸⁶ por el gobierno del Reino Unido¹⁸⁷, no son suficientes para sobreponerse a la confianza mutua y a la certeza como argumentos retenidos por el TJCE¹⁸⁸. Ha de destacarse también la irrelevancia de las características del proceso en el Estado del tribunal al que se acude, en particular las relativas al período de tiempo que transcurra entre el momento de iniciación del procedimiento y el momento de decisión sobre la cuestión de la competencia por dicho tribunal o el tribunal de apelación.

El gobierno del Reino Unido era bien consciente del principio de equivalencia entre los tribunales en la aplicación del CB-68 en lo relativo al examen de su propia competencia, como un obstáculo levantado ante la construcción de una excepción al artículo 21 CB. Por consiguiente, limitó, sin éxito, su propuesta de admitir una acepción artículo 21 CB-68 en el caso de acuerdos exclusivos elección de foro las situaciones en que «(1) the claimant has brought proceedings in bad faith before a court without jurisdiction for the purpose of blocking proceedings before the courts of another Contracting State which enjoy jurisdiction under the Brussels Convention and (2) the court first seised has not decided the question of its jurisdiction within a reasonable time.»¹⁸⁹

¹⁸³ Par. 48 Sentencia *Gasser*, refiriéndose al par. 23 de la Sentencia *Overseas*.

¹⁸⁴ Par. 51 Sentencia *Gasser*.

¹⁸⁵ Par. 59 Sentencia *Gasser*.

¹⁸⁶ Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 (BOE 10 de octubre de 1979).

¹⁸⁷ Pars. 61 ss. Sentencia *Gasser*. El Gobierno del Reino Unido también mencionó sin éxito las tácticas dilatorias de una de las partes («The Italian torpedo») como una razón práctica para establecer una excepción al art. 21 (Par. 53 Sentencia *Gasser*).

¹⁸⁸ Pars. 65 ss. y 70 ss. Sentencia *Gasser*.

¹⁸⁹ Par. 63 Sentencia *Gasser*.

2. ¿Retracción del sistema europeo de elección de foro?

20. *Terreno de cultivo de las mejoras.* Una cosa es que debido a su inserción entre los criterios de competencia de un sistema los acuerdos de elección de foro no tengan una eficacia absoluta. Otra cosa distinta es que no quepa reforzar su eficacia para asegurar adecuadamente el papel que han de cumplir en relación a la contratación privada¹⁹⁰. A continuación veremos que aparentemente este refuerzo es lo que se verifica en los trabajos de la Conferencia de la Haya de Dipr, pero a base de aislar algo artificialmente los acuerdos de elección de foro de la convivencia con otros criterios de competencia y de definirlos de modo muy restrictivo.

Por ello cabe preguntarse acerca de la conveniencia de hacer permeable el sistema europeo respecto del que se está diseñando el La Haya o bien alternativamente de abordar a nivel comunitario la optimización de los acuerdos de elección de foro, sin abstraerlos del sistema de competencia judicial internacional vigente en el área judicial europea.

a) LOS TRABAJOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

21. *Eficacia estructuralmente reforzada de los acuerdos de elección de foro.* El régimen de las cláusulas o acuerdos de elección de foro bajo el Proyecto preliminar de convenio de La Haya¹⁹¹ se aplicaría únicamente a ciertos acuerdos exclusivos de elección de foro¹⁹². Acuerdos exclusivos elección de foro significa acuerdos separables del resto del contrato¹⁹³, celebrados en una determinada forma¹⁹⁴, que designan los tribunales de un Estado contratante o varios tribunales específicos de un Estado contratante¹⁹⁵, con exclusión de cualquier otro tribunal, y en los que la exclusividad se presume¹⁹⁶. Si la situación a

¹⁹⁰ Ver Francisco-José GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso de derecho», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998-2, pp. 93 ss.

¹⁹¹ Proyecto preliminar de convenio sobre acuerdos exclusivos de elección de foro (*Preliminary draft convention on exclusive choice of court agreements*): PPC (Documento de trabajo n.º 110 E Rvd., Comisión Especial de 21 a 27 de abril de 2004, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, mayo de 2004, Conferencia de La Haya de Dipr, disponible en www.hcch.net, «current work», «jurisdiction project»). La versión provisional del Informe preliminar (*Provisional version of draft report*) del proyecto preliminar —basado en la anterior versión del proyecto preliminar plasmado en el Documento de trabajo n.º 49 E Rvd., de la Comisión Especial de diciembre de 2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, preparado por Masato DOGAUCHI y Trevor C. HARTLEY puede asimismo consultarse en www.hcch.net, «current work», «jurisdiction project», bajo la forma de Documento Preliminar n.º 25, de marzo de 2004, a la atención de la Comisión Especial de abril de 2004 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, Conferencia de LA Haya de Dipr (al que me refiero como Dogauchi/Hartley IP).

¹⁹² Artículos 1-1 y 3 a) PPC.

¹⁹³ Art. 3-d) PPC.

¹⁹⁴ Art. 3-c) PPC. Ver Dogauchi/Hartley IP, pars. 55 ss.

¹⁹⁵ Esto excluye los acuerdos de elección de foro exclusivos en favor de tribunales de distintos Estados. Ver, para otras exclusiones, Dogauchi/Hartley IP, pars. 49, 50 and 54.

¹⁹⁶ Art. 3-b) PPC.

la que la cláusula se refiere tiene el necesario grado de internacionalidad¹⁹⁷ y se considera válida desde el punto de vista de la ley del Estado del tribunal elegido¹⁹⁸, el tribunal elegido del Estado contratante tendrá competencia¹⁹⁹ y los tribunales de cualquier otro Estado contratante a los que se acuda han de suspender o declinar²⁰⁰.

Si atendemos al tribunal no elegido al que se acude, el Proyecto impone expresamente a dicho tribunal un deber muy amplio, que no se encuentra ni en el CB-68 ni en el RB-I, de suspender o declinar, siempre que el tribunal elegido no haya decidido ya por su parte no conocer del caso²⁰¹. Otra diferencia derivada de la anterior es que las excepciones al deber de suspender o declinar quedan establecidas exhaustivamente en el proyecto²⁰²: básicamente, nulidad del acuerdo según la ley del Estado del tribunal elegido, lo que puede ser difícil de apreciar por el tribunal de otro Estado y por consiguiente se trata de una excepción débil; falta de capacidad de una parte para celebrar el acuerdo de conformidad con la ley del Estado del tribunal al que se acude; y grave injusticia o contrariedad con el orden público internacional en caso de dar eficacia al acuerdo, lo cual, de ordinario, se referirá al momento de la conclusión del acuerdo.

En su redacción actual, el Proyecto no tiene ninguna regla de litispendencia²⁰³. Eso es perfectamente comprensible porque el capítulo III sobre reconocimiento y ejecución²⁰⁴ se aplica exclusivamente a sentencias dictadas por tribunales de un Estado contratante designados en un acuerdo exclusivo de elección de foro definido en el Proyecto y que excluye acuerdos exclusivos pero alternativos en favor de tribunales de distintos Estados²⁰⁵, por lo que en principio hay sólo un tribunal posible a los efectos del Capítulo III. Como consecuencia, nada en el Proyecto impide al tribunal elegido ejercer competencia, aunque otro tribunal del mismo o de otro Estado contratante, o de un tercer Estado, esté ya conociendo²⁰⁶.

Por lo tanto, la diferencia en el Proyecto comparado con el sistema europeo es que bajo el sistema de La Haya el tribunal elegido y al que se acude en segundo lugar no necesita suspender el procedimiento o declinar el conocimiento

¹⁹⁷ Art. 1-1 y 2) PPC.

¹⁹⁸ Art. 5-1 *in fine* y art. 7-a) PPC. Esto puede ser o bien una regla de conflicto o una remisión al sistema conflictual de del tribunal elegido, vinculante en ambas hipótesis para el tribunal elegido y para el tribunal al que efectivamente acude una parte (ver Dogauchi/Hartley IP, pars. 70, 93 y 108).

¹⁹⁹ Art. 4-1 *in initio* PPC. No ha lugar a declinar en base a argumentos de tipo *forum non conveniens* en el art. 4 PPC. Tal como se destaca *infra* en el texto, el ejercicio de competencia por un tribunal distinto al tribunal elegido no autoriza al tribunal elegido a declinar su competencia.

²⁰⁰ Art. 7 PPC.

²⁰¹ Art. 7-e) PPC

²⁰² Art. 7-a/d) PPC. Ver para los detalles Dogauchi/Hartley IP, pars. 92 ss.

²⁰³ Dogauchi/Hartley IP, pars. 77 y 78.

²⁰⁴ Arts 9/16 PPC.

²⁰⁵ Art. 9-1) PPC, en relación a la definición del art. 3 a) PPC.

²⁰⁶ En su intervención en el Simposio internacional sobre *Transnational civil litigation in the European Judicial Area and in relation with third States*, Bruselas 23 de enero de 2004, el Prof. Burhard HESS ya tuvo ocasión de expresar la opinión de que a la luz de la Sentencia *Gasser*, el Proyecto de la Haya parecía instaurar un régimen mejor que el del RB-I.

porque otro tribunal ya esté conociendo. No tienen una limitación del tipo de la basada en un incondicional artículo 21 CB. Por supuesto, aunque la sentencia dictada por el tribunal al que se acudió en primer lugar no goza del régimen del Capítulo III del Proyecto, puede ser reconocida ejecutada en otro país, sea o no un Estado contratante. Además, limitar el reconocimiento y ejecución de sentencias —con independencia de que sean o no de la fecha posterior— pronunciadas a pesar de un acuerdo elección de foro en favor de otro tribunal no parece convincente. La razón es que incluso entre Estados contratantes este límite podría chocar con otros compromisos europeos e internacionales de reconocer y ejecutar sentencias —como el propio RB-I— y que, alternativamente, limitar el obstáculo y al reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas por Estados contratantes crearía un doble régimen que sólo castigaría a las sentencias de los Estados contratantes privándolas de eficacia precisamente entre los Estados contratantes. La discriminación entre Estados contratantes y terceros Estados ha sido asimismo incluida en la vertiente de la competencia judicial internacional²⁰⁷: como se ha visto sólo los tribunales de Estados contratantes pueden tener atribuida competencia en el marco convencional del Proyecto²⁰⁸. Además, los tribunales de los Estados contratantes sólo tienen que suspender o declinar si el tribunal elegido es un tribunal de otro Estado contratante²⁰⁹.

El trabajo en el Proyecto de La Haya será continuado y una sesión diplomática convocada para alcanzar el texto definitivo podría tener lugar en 2005. Una vez que un proyecto más ambicioso ya quedó abandonado en 2002²¹⁰, los trabajos actuales están claramente orientados a alcanzar un texto equivalente en su alcance y función al del convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958²¹¹ sobre reconocimiento ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, con el que el Derecho europeo ha sido totalmente respetuoso, evitando interferencias²¹².

²⁰⁷ Es de señalar la diferencia en este punto entre el Proyecto en su versión posterior a la Comisión especial de 21/27 de abril de 2004 (*supra* nota 141) respecto del de diciembre de 2003 (Preliminary draft convention on exclusive choice of court agreements (Proposal by the Drafting Committee draft on exclusive choice of court agreements, Working Document No 49 E Rvd., Special Commission of 1/9 december 2003 on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, december 2003, Hague Conference on Private International Law).

²⁰⁸ Art. 5-1) PPC.

²⁰⁹ Art. 7 PPC, en relación a la definición del art. 3 a) PPC.

²¹⁰ Ver para referencias Dogauchi/Hartley IP, pars. 4 ss. Para otros antecedentes más remotos, Joaquim-J. FORNER DELAYGUA: *Hacia un convenio mundial de exequatur. Algunos aspectos del Derecho estadounidense de interés para España*, Barcelona, 1999, pp. 83 y ss.

²¹¹ Dogauchi/Hartley IP, par. 1. Este objetivo ya era el del proyecto inicial, más amplio (ver Catherine KESSEDJIAN: «International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters» (rapport), Documento preliminar n.º 7, de abril de 1997 (traducción revisada en octubre de 1997), a la atención de la Comisión especial de junio 1997 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, Conferencia de La Haya de Dipr, par. 14).

²¹² Ver Robin MORSE: «The substantive scope of application of Brussels I and Rome I: jurisdictional clauses, arbitration clauses and ADR agreements», *Enforcement of international contracts in the European Union* (ed. J. MEEUSEN, G. STRAETMANS, M. PERTEGÁS SENDER), Ambers (Intersentia), 2004 (en prensa).

22. *Coexistencia con el sistema europeo.* Vamos a ver ahora que el sesgo integracionista del CB-68 y del RB-I pueden estar algo desenfocados en un contexto global, en el que sólo hay acuerdo por el momento en cuanto al criterio de competencia basado en el acuerdo exclusivo de elección de foro. Para equilibrar los aspectos públicos y privados que confluyen en la materia de las cláusulas de elección de foro, pueden concebirse dos vías. La primera, modificar el sistema europeo integrando el Proyecto de La Haya en el mismo o, alternativamente, limitar el efecto del sistema europeo a los casos exclusivamente europeos. Segundo, mejorar la eficacia de las cláusulas de elección de foro en el interior de la UE, lo cual proporcionaría un contenido adicional a las razones que puedan sustentar un régimen diferencial entre casos intra y extra europeos.

Hasta el momento, el sistema europeo ha sido enfocado, en sus relaciones con el sistema de La Haya, como una excepción regional²¹³. En otras palabras, las relaciones entre los Estados participantes en el sistema regional continuarían siendo reguladas por el sistema regional, a pesar de su participación en el sistema global. Este es un enfoque perfectamente adecuado si el ámbito material de cada instrumento es similar, porque un grado mayor de cooperación internacional es esencial en el sistema regional y queda de este modo preservado. Pero cuando el ámbito material del sistema de alcance geográfico más amplio es materialmente más estrecho que el del sistema regional, el principio arriba expresado puede no ser de aplicación, o puede requerir una aplicación muy matizada²¹⁴. Hay ejemplos de esta matización en el propio RB-I²¹⁵, así como en el resto del sistema europeo al que pertenece.

Por consiguiente, un sistema global y detallado de acuerdos de elección de foro puede ser de aplicación en el interior de un sistema regional donde los acuerdos de elección de foro y en el campo «business to business» están normativamente menos desarrollados. Esa es una solución prudente, porque reduce el problema de las fronteras entre ambos instrumentos²¹⁶ y porque puede ser llevada a cabo sin perjuicio de la regulación de los acuerdos de elección de foro en transacciones efectuadas entre no empresarios exclusivamente²¹⁷. También puede ser llevado a cabo sin perjuicio del sistema más favorable de reglas de reconocimiento ejecución de sentencias extranjeras en el seno del sistema regional. Poner en perfecta sintonía ambos sistemas —por ejemplo, teniendo en cuenta aspectos de litispendencia— puede requerir en la práctica previsiones legales tanto en el instrumento más amplio como en el instrumento regio-

²¹³ Ver notas 43 y 221.

²¹⁴ Andrea SCHULTZ: «The relationship between the judgments project and other international instruments», Documento preliminar n.º 24 de diciembre de 2003, a la atención de de la Comisión Especial sobre competencia, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil de 1/9 diciembre de 2003, Conferencia de La Haya de Dipr, par. 59.

²¹⁵ Art. 71 RB-I. A diferencia de sus precedentes (artículos 57 CB-68/CL-88), el art 71 RB-I sólo se refiere a tratados anteriores.

²¹⁶ Ver *supra* par. 17.

²¹⁷ Artículos 13, 17 y 21 RB-I.

nal²¹⁸. Esto es más fácil alcanzar si hay un poder central exclusivo o por lo menos un poder coordinador para concluir o para modificar el instrumento pertinente. En este sentido, la coordinación entre el proyecto de La Haya el RB-I puede quedar asegurada por la competencia externa de la Unión Europea para intervenir en el instrumento de La Haya como consecuencia de haberse promulgado el RB-I, pero puede ser mucho más difícil considerando el sistema europeo en su integridad, que incluye el CL-88²¹⁹.

b) UNA VÍA EUROPEA DE OPTIMIZACIÓN

23. *Posibles alternativas.* Si no obstante lo anterior la decisión que se tomase finalmente fuera la de aislar el sistema europeo del sistema global, entonces una disposición apropiada en el instrumento más amplio sería suficiente²²⁰. Esta disposición recibe el nombre de una cláusula de desconexión²²¹. Sin embargo —tal como la delegación del Reino Unido en Bruselas ha destacado en una propuesta para regular dicha cláusula de desconexión²²²— hay razones para limitar la desconexión a casos en los que además del tribunal elegido ambas partes en la controversia estén vinculados con los Estados correspondientes al instrumento regional²²³, aunque en el caso de la UE esto habría de entrañar una limitación del alcance actual del artículo 23 RB-I²²⁴. La limitación estaría destinada a establecer un equilibrio entre instrumentos, que no es posible alcanzar sin instrumento regional es aplicable cuando sólo una de las partes está vinculada con la región, ya que esto excluye la aplicación del instrumento más amplio incluso si la otra parte está vinculada con un Estado parte en dicho instrumento más amplio. Por ejemplo, si los Estados Unidos son un Estado contratante en el instrumento resultante de los trabajos de La Haya, una persona domiciliada en los Estados Unidos que haya acordado litigar en París con su contraparte domiciliada en Italia ha de tener en cuenta el régimen del RB-I en su integridad en

²¹⁸ Ver art. 52 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores y art. 61 del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOCE L 338, 23 de diciembre de 2003).

²¹⁹ Art. 23 PPC. Ver Alegría BORRÁS: «The effect of the adoption of Brussels I on the external powers of the EC and the Member States», *Enforcement of international contracts in the European Union* (ed. J. MEEUSEN, G. STRAETMANS, M. PERTEGÁS SENDER), Amberes (Intersentia), 2004 (en prensa).

²²⁰ Ver Art. 26 PPC, limitado a REIOs (*Regional Economic Integration Organisations*), como la UE.

²²¹ Ver Alegría BORRÁS: «Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire», *Festschrift Erik JAYME*, 2004 (en prensa), apartados II.1.4 y IV.3; en particular, para las relaciones entre el Proyecto de La Haya y el RB-I.

²²² Consejo de la UE, documento 5184/04, de 12 de enero de 2004, JUTCIV 3.

²²³ Quedan abiertos muchos aspectos bajo esta expresión, tales como a) exclusividad o no del vínculo con la región; b) momento al que se refiere el vínculo, vaya referido al acuerdo, al del inicio del procedimiento o ambos cumulativamente.

²²⁴ Ver Art. 23-1 y 3 RB-I.

lugar del instrumento de La Haya. Es verdad que —aparte de ser el régimen actualmente vigente— dejar el RB-I sin retoques es factible dado que el factor de aplicabilidad más importante es el del tribunal elegido y este tribunal está situado en la Unión Europea y ha sido efectivamente elegido²²⁵, pero problema el problema reside en el hecho de que el sistema europeo puede no ser el deseado por terceros Estados envueltos actualmente en el proyecto de La Haya.

El segundo propósito de la propuesta británica mira hacia las desventajas que el sistema europeo puede presentar *vis a vis* terceros Estados: Si el RB-I se aplica a un acuerdo de elección de foro en favor del tribunal de un EM, *Gasser* ha dejado claro que la reglas de litispendencia son aplicables, en su caso. Dado que los acuerdos de elección de foro europeos no son así inmunes a los «torpedos italianos²²⁶», las contrapartes no europeas²²⁷, prudentemente, pueden preferir evitar los tribunales europeos en sus cláusulas de elección de foro, con la consiguiente en desventaja de sus contrapartes europeas y del prestigio de los tribunales europeos. Si esto puede ser llamado mejora, sería una extraña mejora del Derecho europeo: la consistente en reducir su ámbito espacial de aplicación.

24. *¿Otro formulario?* Finalmente, un modo más directo de mejorar el Derecho europeo requeriría actuar a un nivel más sustantivo, bien fuera enmendando el RB-I solamente, bien fuera promulgando otro instrumento al que el RB-I podía referirse con una ligera enmienda. Esta vía directa es la creación de un formulario registrado europeo sobre acuerdos de elección de foro. La nueva reglamentación contemplaría al menos los cuatro siguientes aspectos: a) un formulario unificado para los acuerdos de elección de foro; b) formalidades de registro del formulario unificado de los acuerdos de elección de foro; c) comportamiento del tribunal al que se acude y el tribunal de elección; y d) medidas de sanción civil respecto del demandante y que incumpla el acuerdo de elección de foro.

a) El formulario unificado sería simple, pero habría de contemplar la distinción entre casos en los que sólo está en juego una transacción en concreto de los casos en que la cláusulas se aplica también a futuras transacciones²²⁸. Un formulario unificado para el registro de acuerdos de elección de foro tendría dos consecuencias distorsionadoras en el vigente régimen. Primero, crear un régimen especial para ciertos acuerdos elección de foro únicamente. No suprimiría el actual régimen, incluyendo *Gasser*, pero las partes podrían optar por salirse del presente régimen. Segundo, añadir o modificar un requisito formal relativo a las cláusulas de elección de foro. Si tomamos en consideración que el efecto pretendido con un formulario registrado es mejorar la eficacia de las cláusulas, entonces nada impide que los cláusulas tradicionales continúen bajo su régimen actual y al mismo tiempo se añadiera requisitos formales para los nuevos acuer-

²²⁵ Esto no toma en consideración la posibilidad de contradicción entre dos o más acuerdos de elección de foro atribuyendo competencia a a tribunales de distintos Estados.

²²⁶ O español, o de cualquier otra procedencia... de un EM. Ver *supra* par. 19.

²²⁷ Así como entre partes europeas entre ellas, dependiendo del texto final del Proyecto de La Haya.

²²⁸ Así como otras, tales como credibilidad, etc.

dos solamente²²⁹. El formulario unificado no sería la cláusula o el acuerdo en sí mismo, sino sólo el documento que solemniza su existencia. Sin embargo, dado los requisitos procedimentales del registro (*infra* b), quedaría claro que el nuevo régimen estaría limitado a ciertas cláusulas de cuya existencia las partes son conscientes, evitando así la discusión acerca de su existencia así como de su eficacia *prima facie*.

b) El registro sería un registro central europeo²³⁰, u otro registro no central ya existentes, de ámbito nacional, o el propio tribunal elegido. Cada parte en la transacción estaría legitimada para solicitar el registro de un formulario uniforme siempre que éste fuera firmado por ambas partes en la transacción. A falta de la firma de una o más partes, la parte que deseara el registro necesitaría para de la firma de un profesional del Derecho certificando la existencia de dicho acuerdo. En el registro no habría controles sobre la sustancia (forma o fondo): si el formulario está cumplimentado, el registro debería practicarse en todo caso en un período muy breve de tiempo; si el registro ha sido llevado a cabo, no cabría recurso contra el mismo. El registro tendría que ser notificado a todas las partes en la dirección consignada en el formulario por el propio registro, por medio de una copia certificada y por duplicado del formulario. Cualquiera parte podría obtener copias adicionales en cualquier momento.

c) El demandado que lo fuera ante un tribunal distinto al tribunal elegido podría valerse de la copia certificada del formulario registrado durante el plazo para hacer la primera comparecencia ante el tribunal al que ha acudido el demandante. Mediante la presentación de la copia, el tribunal al que se ha acudido debería declinar o suspender el procedimiento inmediatamente y hasta que el tribunal de elección declarase que es incompetente²³¹. Dado que cualquiera de las partes puede acudir al tribunal elegido en cualquier momento, debería prevverse una situación particular: si el demandado pone objeciones a la competencia del tribunal elegido sobre la base de la litispendencia ante otro tribunal y el demandante está amparado en un acuerdo de elección de foro registrado, el tribunal de elección al que se acudido en segundo lugar tiene que suspender procedimiento hasta que haya transcurrido un corto período de tiempo²³² y reiniciar el procedimiento si durante dicho plazo el demandado en este segundo procedimiento no ha presentado la prueba de que el tribunal al que se ha acudido en primer lugar, se opone a suspender o declinar.

Así, queda abierto un cierto margen para los procedimientos paralelos, con la expectativa de que el principio de confianza entre los tribunales funcionaría correctamente. Por lo tanto, *Gasser* sobreviviría no solamente para los acuerdos de elección de foro no registrados: su fantasma reaparecería si el tribunal al que se acudido en primer lugar se las arreglan para ignorar o no aplicar el artículo 23 RB-I y la nueva regulación esbozada.

²²⁹ Esto no se refiere al ámbito temporal de aplicación del hipotético reglamento.

²³⁰ Por ejemplo, el TJCE.

²³¹ Porque considere inválido o ineficaz por otra razón el acuerdo de elección de foro.

²³² Coincidente con el plazo durante el que el tribunal al que se acudió, distinto del elegido, ha de decidir suspender o declinar.

d) Teniendo en cuenta que los acuerdos de elección de foro son acuerdos privados y normalmente sólo una parte de un acuerdo más amplio, incluso en casos en que el acuerdo recibe eficacia después de que una de las partes haya violado la cláusula, la contraparte habrá sufrido algún daño. Además, el servicio de la administración de justicia ha sido mal utilizado por la parte incumplidora. Por consiguiente, una sanción civil de la parte cumplidora de mala fe²³³, en los casos en que una cláusula penal no haya sido ya incorporada válidamente al contrato, puede ser útil para reforzar la eficacia de una cláusula de elección de foro registrada. En la nueva regulación propuesta, esto podría adoptar la forma similar al de otro material de Derecho privado europeo contractual, como que el que se encuentra en las directivas de consumidores²³⁴.

Las cuestiones derivadas de acuerdos inexistentes por falsos, o falsas certificaciones de registro, merecerían también alguna atención, pero el Derecho penal puede prever en cada caso, más allá de cláusulas penales hipotéticas, las soluciones jurídicas adecuadas en este ámbito de competencia estatal.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

25. *Formularios: unificación visual y tratamiento automatizado.* La profundización y la generalización de la cooperación en materia de notificación internacional, acompañada de una unificación a nivel comunitario de los aspectos más substantivos relativos al cuándo y al cómo de dicha notificación, propiciaría la instauración de una regla según la que todas las notificaciones judiciales a efectuar en el interior de la UE, fuesen provenientes de otro EM o de un tercer Estado, quedasen sujetas al mismo régimen, cuyo cumplimiento tuviese consecuencias directas a efectos de reconocimiento de sentencias en la UE.

Por otra parte, la mejora de la eficacia de los acuerdos de elección de foro en el seno de la UE tiene un valor en sí mismo, porque contribuiría al desarrollo del Derecho mercantil. También daría sentido a un régimen especial en el seno de la UE, diferenciado de un régimen global. Si un régimen especial en Europa no existe, entonces parece que hay poca justificación para poner barreras en la frontera europea para parar la penetración de un sistema global mejor. Por el contrario, el aislamiento del sistema europeo de acuerdos de elección de foro por razones distintas a las consideraciones que subyacen a la atribución de eficacia a dichas cláusulas, puede ser nocivo para los acuerdos de elección de foro en favor de tribunales europeos.

La consecución de estas finalidades puede venir en ambos casos muy facilitada, desde todos los aspectos, por la creación de formularios uniformes diseñados específicamente para desplegar su eficacia ante tribunales europeos.

²³³ Bien sea por el tribunal al que se acudió en infracción de lo pactado o por el tribunal elegido que acabe conociendo.

²³⁴ Aunque sería sorprendente asistir al nacimiento de un familiar de los *punitive damages* nacer en Europa en el campo de la competencia judicial internacional. Ver al respecto el art. 15 PPC.

