

MEDIDAS PROVISIONALES Y REVISIÓN DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA MEJORAR LA REGULACIÓN*

Costanza Honorati
Catedrática
Universidad de Milano-Bicocca

I. Introducción. II. El contenido de la Propuesta de reforma de Bruselas I. III. Comentario y evaluación: 1. La solución propuesta ¿es necesaria como resultado de la jurisprudencia del TJUE? 2. La solución propuesta ¿es satisfactoria?: problemas teóricos y estructurales. 3. La motivación de la propuesta: elusión de fueros uniformes y competencia sobre medidas provisionales con efecto anticipador 4. Los problemas prácticos: el tribunal con competencia sobre el fondo... 5. ...Y la revisión de la competencia del tribunal. 6. Conclusión

RESUMEN: Este trabajo examina el régimen perfilado en el texto de la propuesta de revisión del Reglamento de Bruselas I para las medidas provisionales. En particular, se centra en la elección que en él se hace de prohibir la circulación de medidas provisionales adoptadas por un tribunal que carece de jurisdicción sobre el fondo del asunto. Esta decisión es severamente criticada por varias razones. En primer término, a la luz de la jurisprudencia del TJUE no es necesaria; resulta completamente contraria a los valores básicos de un espacio de libertad, seguridad y justicia; además, está redactada de forma vaga y confusa y, finalmente, provoca la aparición de problemas prácticos tanto en lo que concierne a la determinación del tribunal competente en cuanto al fondo como respecto del riesgo de permitir la revisión de la competencia del tribunal del Estado de origen. Por otra parte, se argumenta que la solución planteada no conduce a una mejor regulación de esta materia, al mantenerse la errónea referencia a los fueros nacionales; no clarificar el significado de el vínculo de conexión real requerido por el TJUE, ni diferenciar entre las medidas provisionales que tienen una finalidad conservativa de aquellas que tienen un efecto preventivo.

PALABRAS CLAVE: MEDIDAS PROVISIONALES, REGLAMENTO DE BRUSELAS I, REFORMA, RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS, EJECUCIÓN

ABSTRACT: The present essay examines the regime outlined by the 2010 Draft for a Recast of Bruxelles I Regulation (Com 748(2010)) with regard to provisional measures. In particular the focus is on the choice to ban from circulation provisional measures that are granted by a court that does not have jurisdiction as to the substance of the case. Such a decision is heavily criticized for several reasons. It is in the first place not needed in the light of the ECJ case-law; it is further highly inconsistent with the basic values underlying an Area of Freedom, Security and Justice; it is then badly and confusingly drafted; it finally gives rise to practical problems with reference both to the determination of the court having competence on the substance of the case and to the risk of allowing a review of the State of origin competence. On the other side it is argued that the Draft solution does not lead to any better regulation as it retains the wrongful referral to national fora, it does not make any clearer the meaning of the 'real connecting link' required by the ECJ, nor does it differentiate between provisional measures that have a conservative purpose and measure that have an anticipatory effect.

KEY WORDS: PROVISIONAL MEASURES – INTERIM MEASURES – BRUXELLES I REGULATION – RECAST – RECOGNITION OF JUDGEMENTS - ENFORCEMENT

I. Introducción

Las medidas provisionales no suelen ser el centro de interés al redactar las normas de competencia judicial y, como consecuencia, reciben menos atención en la literatura jurídica. Confirma esta aproximación el hecho de que el artículo 31 del Reglamento de Bruselas¹ –con exactamente la misma redacción que su antecedente, el artículo 24 del

* Traducción del inglés a cargo de C. Otero García-Castrillón, Universidad Complutense de Madrid. *The author wishes to thank Prof. Carmen Otero for the very accurate and appropriate translation of the original English paper.*

¹ Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO* núm. L 12, 16-I- 2001, pp. 1-23; corrección de errores en *ibid.* núm. L 307, 24-XI-2001, p. 28, e *ibid.*

Convenio de Bruselas de 1968- continúe abordando de manera insatisfactoria las medidas provisionales². Tras décadas de aplicación del Convenio de Bruselas y del Reglamento, esta parte de la protección jurídica todavía cuenta con muchas y delicadas cuestiones no resueltas. Así ocurre con la definición de las “medidas provisionales y conservativas”, la construcción correcta del criterio de “la conexión real” el régimen de las medidas *ex parte*, la relación y coordinación con los procedimientos relativos al fondo, las medidas provisionales adoptadas para proteger las pruebas etc. Es también conocido que la aportación del tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en esta materia no ha contribuido a iluminar muchas de estas cuestiones. Más bien sería posible afirmar que tras las sentencias dictadas en el asunto *Van Uden* (1998) y en el asunto *Metz* (1999), el panorama se hizo aún menos claro³.

Esta situación resulta sorprendente dada la relevancia que tienen en los litigios internacionales, especialmente en tiempos recientes, debido al incremento sustancial de los costes y la duración de los procesos ordinarios. Este trabajo se ocupará de una de las muchas cuestiones problemáticas que presentan las medidas cautelares; precisamente de la que es considerada como crucial en el texto de la Comisión sobre la revisión del Reglamento Bruselas I⁴. Se trata de investigar y comentar brevemente sobre la elección que hace la Comisión de eliminar tanto la ejecución como el reconocimiento de cualquier medida provisional adoptada por los tribunales que no tienen competencia sobre el fondo del asunto. Esto es, de medidas que se concedieron con base en el actual artículo 31 del Reglamento de Bruselas (que devendría en artículo 36 en la reforma del Reglamento de Bruselas).

núm. L 176, 5-VII-2002, p. 47; para la versión codificada más reciente de las modificaciones introducidas en los Anexos de este instrumento, *vid.* el Reglamento (UE) núm. 156/2012 de la Comisión, de 22 de febrero de 2012, por el que se modifican los anexos I a IV del Reglamento 44/2001, *ibid.* núm. L 50, 23-II-2012, pp. 3-10.

² Que el régimen de las medidas provisionales es globalmente insatisfactorio es una afirmación generalizada en la actualidad. Limitando las referencias a las contribuciones más recientes sobre medidas provisionales en el Reglamento Bruselas, cabe destacar: L. Sandrini, *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, Padova, 2012; M. Partegas Sander, “Art. 31”, en P. Mankowski, U. Magnus (Ed.), *Brussels I Regulation – European Commentaries on Private International Law*, 2ª ed., Munich, 2011, pp. 609-620; D. Tsirikras, “The European Dimension of Provisional Measures”, *Rev. hell. dr. int.*, 2008, p. 699; Ch. Heinze, *Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Immaterialgüterrecht*, Tübingen, 2007; S. Kofmel Ehrenzeller, *Der vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis: Grundlagen*, Tübingen, 2005; T. Kruger, “Provisional and Protective Measures”, en A. Nuyts y N. Watt, *International civil litigation in Europe and relations with third states*, Bruxelles, 2005; E. Merlin, “Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo”, *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 759-804; G. Biagioni, “Interferenze tra provvedimenti provvisori o cautelari e decisioni di merito nella Convenzione di Bruxelles”, *Riv. dir. int.*, 2002, pp. 713 y ss.; E. Merlin, “Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento Bruxelles I”, *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 433-461; G. Cuniberti, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, Paris, 2000; L. Pålsson, “Interim Relief under the Brussels and Lugano Conventions”, in *Liber amicorum Kurt Siehr*, Zurich, 2000, p. 621; L. Querzola, “Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, pp. 805 y ss.; B. Heß, “Die begrenzte Freizügigkeit einstweiliger Maßnahmen im Binnenmarkt II - weitere Klarstellungen des Europäischen Gerichtshofs”, *IPRax*, 2000, pp. 370-374; B. Heß, G. Volkommer, “Die begrenzte Freizügigkeit einstweiliger Maßnahmen nach Art. 24 EuGü”, *IPRax*, 1999, p. 220-225; G. Maher y B. J. Rodger, “Provisional and Protective Remedies: the British Experience of the Brussels Convention”, *ICLQ*, 1999, p. 302; A. Marmisse, M. Wilderspin, “Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts Van Uden et Mietz”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, p. 669.

³ Sentencias del TJUE en el asunto C-391/95 en el asunto *Van Uden*, y de 27 de abril de 1999, en el asunto C-99/96 *Mietz*. Otras referencias sobre ambas decisiones pueden encontrarse en las citas anteriores y posteriores.

⁴ COM 748 (2010) de 14 de diciembre de 2010.

II. El contenido de la Propuesta de reforma de Bruselas I

Conforme al sistema actual, las medidas provisionales pueden ser adoptadas por el llamado sistema de doble vía. Esto significa que pueden ser decididas por el tribunal que tiene competencia sobre el fondo y por un tribunal “provisional”, que carece de competencia sobre el fondo. Como es bien sabido, como excepción a su planteamiento general, el reglamento de Bruselas I no ofrece un criterio específico de competencia para la adopción de medidas cautelares, remitiéndose a las normas nacionales tanto para su establecimiento como para la fijación de su contenido y condiciones. En otras palabras, desde el inicio del sistema de Bruselas se decidió renunciar a un régimen de competencia uniforme para la Unión Europea en este terreno y dejar esta parte crucial de la protección judicial en manos de las legislaciones estatales. Como consecuencia, todas las medidas provisionales disponibles en cualquier tribunal sobre la base de cualquier precepto normativo interno también están disponibles para litigios internacionales y pueden tener efectos, siguiendo el capítulo III del Reglamento de Bruselas, en todos los Estados parte.

Esta situación provoca, lógicamente, diferentes problemas. Lo que resulta realmente sorprendente es que, a pesar de los muchos y complejos problemas, nunca hubiera una propuesta seria para modificar la regulación. La redacción actual del artículo 31 es literalmente la misma que la del artículo 24 del Convenio de Bruselas a pesar de que hasta en cuatro ocasiones distintas se ha podido plantear su modificación (el Convenio de Lugano en 1989, el Reglamento de Bruselas en 2001⁵, el nuevo Convenio de Lugano en 2007 y, ahora, la propuesta de reforma del Reglamento de Bruselas I en 2010) sin que jamás se haya cambiado ni una sola palabra. Por lo tanto, es especialmente interesante observar como se aproxima a este asunto la propuesta de reforma del Reglamento de Bruselas I.

Lamentablemente, la propuesta tampoco clarifica la regla ni la hace más funcional. Todo lo que hace es “neutralizar” la disposición, de forma que el interés por aplicarla para obtener una protección efectiva y eficiente se reduzca considerablemente. La

⁵ En 1997 la Comisión remitió al Parlamento Europeo y al Consejo la Comunicación “Hacia una mayor eficiencia en la obtención y ejecución de decisiones judiciales en la Unión Europea”, COM (1997) 609 final, de 26 de noviembre de 1997. La comunicación parte de la necesidad de reforzar la circulación de las decisiones judiciales y de “asegurar un acceso a la justicia rápido, eficiente y económico” y se dedica ampliamente a las medidas provisionales. A pesar de su creciente importancia y la existencia de regulaciones muy diferentes en cada Estado miembro, “el Convenio de Bruselas no hace nada para resolver esta fragmentación” (p. 13). La propuesta, por lo tanto, sugiere cambios relevantes al Convenio de Bruselas (y al de Lugano) para resolver, al menos, los problemas más importantes que la situación provoca. En la subsiguiente *Proposal for a Council Act establishing the Convention on jurisdiction and recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters in the Member States of the European Union* COM (1997) 609 final, de 22 de diciembre de 1997, la Comisión inserta una nueva norma otorgando competencia para ordenar medidas provisionales/protectoras a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio debieran ejecutarse (artículo 18.a.1). Se dejó claro, además, que la urgencia es la base para esta nueva norma. Una definición de las medidas protectoras y provisionales completa el alcance de la nueva norma. El artículo 18.a.2, redactado sobre las líneas de la sentencia *Reichert II* establece que «*provisional, including protective measures, means urgent measures for the examination of a dispute, for the preservation of evidence or of property pending judgement or enforcement, or for the preservation or settlement of a situation of fact or of law for the purpose of safeguarding rights which the courts hearing the substantive issues are, or may be, asked to recognize*». Debe señalarse que esta propuesta es anterior al caso *van Uden* y, por lo tanto, no parece incluir las medidas que anticipen el resultado final de la sentencia. Lamentablemente, la propuesta se abandona (*vid.* COM (2004) 542 final, de 10 de marzo de 2005) y su contenido no fue utilizado en las negociaciones que condujeron a la adopción del Reglamento Bruselas I.

aproximación de la Comisión al problema parece ser muy simple. Para solventar las muchas y delicadas cuestiones que surgen de la problemática remisión a las reglas nacionales, la Comisión elige no tocar la norma sobre competencia e intervenir en la fase del reconocimiento y ejecución, simplemente, para eliminar de la circulación todas las medidas provisionales adoptadas sobre esta base. Como alguien ha afirmado, la aproximación de la Comisión redirige el problema a la fase de ejecución (y reconocimiento)⁶.

Debería también añadirse que, para hacerlo, el texto elige la forma más complicada, incoherente y poco directa que se pudiera imaginar. De hecho, no se establece expresamente que estas decisiones no deben circular, ni se regula la cuestión en el lugar en el cabría esperar encontrar esta relevante información –esto es, ya sea en el capítulo II, sección 11, sobre las medidas provisionales, o en el capítulo III, que aborda el reconocimiento. La “extravagante” solución consistente en que todas las decisiones adoptadas por el tribunal señalado por el nuevo artículo 36 (correspondiente al actual artículo 31 del Reglamento de Bruselas) no deben circular, es el resultado de la correcta (si bien ciertamente no inmediata) construcción de la noción “resolución” tal y como se define en el artículo 2 del capítulo I, relativo al alcance y definiciones del Reglamento. El artículo 2 establece “A los efectos del capítulo III, el término «resolución» engloba las medidas provisionales o las medidas cautelares ordenadas por un tribunal competente, en virtud del presente Reglamento, para conocer sobre el fondo del asunto.” Por lo tanto, se concluye que las decisiones sobre medidas provisionales adoptadas por tribunales que *no* tienen competencia sobre el fondo del asunto *no* son resoluciones a los efectos del capítulo III.

Con el fin de dar una visión completa al texto, debe mencionarse también la incorporación de un nuevo precepto. Conforme al artículo 35, el juez competente sobre el fondo del asunto tiene (también) competencia plena para garantizar cualquier clase de medidas provisionales nacionales y, tales medidas, pueden, por supuesto, reconocerse y ejecutarse plenamente. Mientras este aspecto no genera duda alguna y fue clarificado por el TJUE⁷, es sin duda beneficioso que ahora se recoja expresamente en el texto⁸.

⁶ Hace ya más de diez años que la literatura jurídica sugirió afrontar los problemas planteados por el artículo 24 del Convenio de Bruselas desviando la atención de la limitación de los efectos territoriales de las medidas provisionales. *Vid.*, por ejemplo, E. Merlin, *Le misure provvisorie e cautelari*, *op. cit.*, p. 786-787, y antes L. Mari, “Autorizzazione e riconoscimento di provvedimenti cautelari in base alla Convenzione di Bruxelles del 1968”, *Dir. com. scambi int.*, 1981, p. 241.

⁷ Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1989, asunto C-391/95, *Van Uden*, apartados 19 y 22.

⁸ Ch. Heinze, *Choice of Court Agreements* *cit.*, p. 607. La nueva norma permite el reconocimiento y la ejecución también para las medidas provisionales *ex parte* en tanto en cuanto el demandado tuviera la oportunidad de cuestionarla. Este sería un cambio relevante (y muy bienvenido) comparado con la sentencia dictada en el asunto *Denilauler*. Otra modificación al Reglamento proviene del párrafo 22 de la exposición de motivos respecto a la definición de las medidas provisionales, incluyendo las protectoras. Es de lamentar, no obstante, que la clarificación solo se haga respecto de las medidas que persiguen obtener información o conservar pruebas. Aunque estas estén incluidas en la noción de medidas provisionales, el párrafo 22 de la exposición de motivos excluye las órdenes que no tienen tal finalidad, como la audiencia de un testigo. Sobre las medidas provisionales en la propuesta de reforma del Reglamento *vid.* A. Dickinson, “Provisional Measures in the “Brussels I” Review – Disturbing the Status Quo?”, *Private Inter. Law Journal*, 2010, pp. 519 y ss. (una versión más breve de este trabajo puede encontrarse en *IPRax* 2010, p. 203), Ch. Heinze, “Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation”, *RechtsZ*, 2011, pp. 581–618; F. Seatzu, “La proposta per la riforma del regolamento «Bruxelles I» e i provvedimenti provvisori”, *Cuad. der. trans.*, 2011, 3, pp. 170-177.

Las razones para la drástica limitación del reconocimiento de las medidas provisionales no son evidentes. En el Memorandum explicativo de la Comisión y en los trabajos preparatorios previos cabe encontrar más bien poco. En comparación con otras cuestiones que se han tratado en profundidad, parece haberse dedicado poco espacio y pocas explicaciones a una modificación de este calado. Debe señalarse en el *Informe Heidelberg* (2007)⁹ y en el subsiguiente informe de 2009 (y en el *Libro Verde* que los siguió¹⁰) se sugirió un resultado totalmente distinto. También en propuestas previas se plantearon opciones diferentes (véase, por ejemplo, la ya mencionada propuesta de la Comisión de 1997¹¹). Teniendo en cuenta todo esto, podría parecer que no se debatió ni evaluó suficientemente este tema. Las razones y consecuencias de este revolucionario resultado requieren una investigación muy cuidadosa.

III. Comentario y evaluación

1. *La solución propuesta ¿es necesaria como resultado de la jurisprudencia del TJUE?*

Antes de comentar la propuesta es conveniente referirse a una cuestión previa. Cierta literatura jurídica ha realizado una construcción del régimen actual de las medidas provisionales puede llevar a pensar que la solución propuesta ya estaba de alguna manera perfilada por el TJUE; por lo que la Comisión tan sólo convirtió en una norma expresa y clara la oscura y vaga jurisprudencia del Tribunal. En otras palabras, a veces se indica implícitamente que la jurisprudencia actual sobre el Reglamento 44/2201, al tiempo que obliga a distinguir entre las medidas provisionales adoptadas por el tribunal con competencia sobre el fondo y aquellas adoptadas los tribunales nacionales mencionados en el artículo 31, implica que sólo las primeras pueden reconocerse bajo el régimen especial del Reglamento mientras que las últimas tendrían un efecto limitado, restringido al foro, por lo tanto, no son susceptibles de reconocimiento y ejecución¹².

Este planteamiento debe ser firmemente rechazado al no poder apoyarse en las decisiones del TJUE, pues excede lo que éstas establecen. Es cierto que el TJUE ha hecho todos los esfuerzos para reducir los inconvenientes causados por la referencia a los tribunales nacionales de los criterios de competencia que establece el artículo 31 del Reglamento Bruselas I pero, de la jurisprudencia sobre medidas provisionales (fundamentalmente *Denilauer*, *van Uden* y *Mietz*¹³) no cabe concluir una limitación

⁹ B. Heß, Th. Pfeiffer y P. Schlosser, *The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001, Application and Enforcement. The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member State.* (Study JLS/C4/2005/03), Munich, 2008.

¹⁰ *Libro verde sobre la Revisión del Reglamento del Consejo (CE) No 44/2001 sobre competencia y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil*, COM (2009) 175 final, de 21 de abril de 2009, en particular, punto 6, p. 8. El informe previo, con la misma fecha, se encuentra en COM(2009)174 final.

¹¹ *Vid. supra* nota 4.

¹² Sobre estas líneas, aunque con diferentes acentos *vid.* por ejemplo, J. Kropholler, J. von Hein *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 9ª ed., 2011, p. 527; B. Heß, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, Heidelberg, 2010, p. 371, Rn 250 (aunque considerando tal limitación solo “vorzugswürdig”); S. Kofmel Ehrenzeller, *Der vorläufige Rechtsschutz* cit., p. 265; L. Querzola, *op. cit.*, pp. 839-842.

¹³ Respectivamente, sentencia del TJCE de 21 de mayo de 1980, en el asunto C-125/79, *Denilauer*, de 17 de noviembre de 1989, en el asunto C-391/95 en el asunto *Van Uden*, y de 27 de abril de 1999, en el asunto C-99/96 *Mietz*.

general y apriorística de la circulación de las medidas provisionales. Dada la escasa adecuación del recurso a las normas nacionales para establecer la competencia provisional –y la ausencia de una norma común– y con el fin de reducir el riesgo de *forum shopping* que éstos permitirían, el TJUE, dentro de su margen de actuación, requirió la existencia de una “conexión real” entre la medida provisional solicitada y el tribunal que la adopta (véanse los casos *Denilauer* y *Van Uden*). Además estableció condiciones adicionales para adoptar (*Van Uden*) y reconocer (*Mietz*) un tipo específico de medida provisional, las ordenes de pagos provisionales de dinero. Pero esta jurisprudencia, por una parte, no afecta a todas las medidas provisionales sino que se limita al tipo mencionado –incluso aunque el requisito establecido pudiera extenderse a otras medidas provisionales que permitieran avanzar los resultados del proceso sobre el fondo¹⁴. Además, el efecto colateral de los casos *van Uden* y *Mietz* es la confirmación (no expresa, sin embargo, clara) de la susceptibilidad de circulación de las medidas provisionales que cumplan los requisitos mencionados.

Por supuesto, el alcance del efecto transfronterizo (o extraterritorial) de una medida provisional es estrictamente dependiente de la construcción teórica dada al criterio de “conexión real”. La expresión está lejos de ser clara y puede ser vista como referida al lugar en el que los bienes se encuentran localizados¹⁵, al lugar donde las medidas deben ser ejecutadas¹⁶ o incluso que los efectos de la medida adoptada se limitan al foro¹⁷. No se trata aquí de adentrarse en este asunto¹⁸, baste con destacar que en la jurisprudencia del Tribunal sobre medidas cautelares no se ha establecido que aquellas que sean adoptadas sobre la base de criterios de competencia judicial nacionales no puedan circular¹⁹.

Por otra parte, no puede dejarse de notar que muy recientemente, con respecto al Reglamento Bruselas II, el Tribunal sí ha llegado a esta conclusión desde los dos distintos fundamentos competenciales. En el asunto *Purruker (I)*²⁰ se mantuvo que,

¹⁴ *Vid. infra*.

¹⁵ S. Kofmel Ehrenzeller, *op. cit.* p. 256.

¹⁶ B. Heß, *Die begrenzte Freizügigkeit einstweiliger Maßnahmen*, *op. cit.*, p. 373; L. Querzola, *op. cit.*, p. 839; D. Tsikikras, *op. cit.*, p. 703.

¹⁷ Para el último caso *vid.* específicamente E. Merlin, *Le misure provvisorie e cautelari*, *op. cit.*, pp. 783-784; L. Sandrini, *Tutela cautelare*, *op. cit.*, p. 334

¹⁸ Todos los autores mencionados en la nota 2 tratan esta cuestión. Para una aproximación general y referencias adicionales *vid.* Ch. Heinze, *Choice of Court Agreements*, *op. cit.*, p. 609, nota 119. Una de las áreas más difíciles es clarificar el significado de la conexión real respecto de las medidas *in personam*, como las *mareva injunctions* inglesas. Sobre esta cuestión *vid.* P. Kaye, “*Extraterritorial Mareva Orders and the Relevance of Enforceability*”, *Civ. Just. Quart.*, 1990, p. 12; B. Müller, *Die worldwide Mareva injunction: Entwicklung, internationale Zuständigkeit und Vollstreckung in Deutschland*, Frankfurt-Berlin, 2002.

¹⁹ Destacando expresamente este punto M. Pertegas Sander, “Art. 3”, *loc. cit.*, p. 119; B. Heß, *Die begrenzte Freizügigkeit einstweiliger Maßnahmen*, *op. cit.*, p. 373. La rapidez posiblemente recomendaría solicitar la adopción de las medidas provisionales en el Estado en el que deban ser ejecutadas. Por lo tanto, es muy probable que en la mayoría de los casos no haya necesidad de reconocimiento/ejecución de estas medidas en el extranjero. La existencia de razones prácticas para evitar la necesidad de reconocimiento y de ejecución en otro Estado no debería ser confundida con la imposibilidad jurídica de reconocer y ejecutar tales decisiones en el extranjero.

²⁰ Sentencia del TJUE, de 15 de Julio de 2010, en el asunto C-256/09, *Purruker I*. Como es bien sabido, poco después se dictó una segunda sentencia en el mismo asunto, C-296/10 *Purruker II*, de 9 de noviembre de 2010. Sobre estas decisiones *vid.* O. Feraci, “Riconoscimento ed esecuzione all’estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza Purruker”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2011, p. 107; J. Pirrung, “Grundsatzurteil des EuGH zur Durchsetzung einstweiliger Maßnahmen in Sorgerechtsachen in anderen Mitgliedstaaten nach der EuEheVO”, *IPRax*, 2011, p. 351-

mientras las medidas provisionales adoptadas por el tribunal competente en cuanto al fondo son susceptibles de reconocimiento. las medidas ¿ adoptadas sobre la base del artículo 20 del Reglamento sólo tienen efectos en el foro y no pueden ser reconocidas conforme al régimen de éste instrumento.

Las razones para la solución dada al asunto *Purruker* –esto es, el riesgo de infracción de las normas comunes de competencia a través de criterios exorbitantes recogidos en el ordenamiento del foro²¹- deberían recibir una cuidadosa atención. En todo caso, habría que evitar cualquier traslado mecánico de este planteamiento al Reglamento de Bruselas I. El artículo 20 del Reglamento Bruselas II es una norma redactada de forma muy distinta a la del Reglamento Bruselas I –e incluso a la que podría llegar a establecerse en el Reglamento Bruselas I bis. Además, los valores que subyacen en materias relativas a los menores y las familias son muy distintos a los de las materias civiles y comerciales. Finalmente, debería recordarse que ninguno de los diferentes elementos del texto del artículo 20 del Reglamento Bruselas II han sido trasladados a la reforma del Reglamento Bruselas I: ni el lugar de situación de los bienes, ni la limitación temporal al efecto de las medidas, ni siquiera el sencillo requisito de la urgencia. Por lo tanto, parece que la Comisión no tuvo en cuenta esta norma como modelo para la que iba a redactar para la reforma del Reglamento Bruselas I. De ahí que el traslado de la solución adoptada en el asunto *Purruker* al diferente contexto del reglamento Bruselas I debería, cuando menos, ser evaluado y equilibrado adecuadamente²².

2. La solución propuesta ¿es satisfactoria?: problemas teóricos y estructurales

Habiendo concluido que la norma proyectada no es requerida por la jurisprudencia del TJUE y que las medidas provisionales pueden circular como otras resoluciones, procede investigar si la solución propuesta puede resultar satisfactoria. Pues bien, tras una evaluación cuidadosa, se concluye que no es así; que la norma en cuestión no es en absoluto la mejor solución –ni siquiera es una buena solución- ya que provoca una serie de problemas. Con el fin de realizar un examen claro, los problemas se dividen en dos categorías: a) teóricos y b) prácticos.

a) Comenzando por los problemas teóricos, lo primero que debe ser destacado es que la solución prevista parece ser profundamente incoherente con la estructura general y los objetivos del Reglamento Bruselas I. Y esto, desde dos puntos de vista.

En primer lugar, la fuerte limitación a la circulación es claramente incoherente con el objetivo general del Reglamento de promover y reforzar la circulación de resoluciones²³. No hacen falta muchas palabras para recordar que el principio de libre circulación de decisiones debe ser mantenido como uno de esos grandes “valores” materiales que contribuyeron a la creación de una comunidad política incluso antes que

356; E. Rodríguez Pineau, *REDI*, 2010, p.244-247; y C. Honorati, “Purruker I e II ed il regime speciale dei provvedimenti provvisori e cautelari a tutela dei minorii”, *Int'l Lis*, 2011, p. 66-80.

²¹ *Vid.* en particular *Purruker II*, para. 91.

²² También A. Dickinson, *loc. cit.*, p. 540 opina que la sentencia *Purruker* no tiene un valor significativo para interpretar la reforma de Bruselas I.

²³ Cabe recordar que conforme al apartado 9 de la Exposición de Motivos de la Propuesta, los principales objetivos de la reforma del reglamento Bruselas I son facilitar aún más la libre circulación de decisiones y mejorar el acceso a la justicia.

jurídica. Cualquier derogación de tan crucial referencia debería ser cuidadosamente evaluada y analizada desde una perspectiva de coste-beneficio. La derogación de la libre circulación ¿es realmente necesaria? ¿es la única forma de alcanzar el resultado deseado?.

Manteniendo tal principio en mente, resulta asombroso que la justicia provisional sea prácticamente marginada de esta política básica. Parecería que, a medida que la integración entre sistemas legales se refuerza, la justicia provisional tuviera que encogerse y dar un paso atrás. Incluso aunque se considerara que es el precio que debe pagarse por un sistema de ejecución más eficiente y exento de problemas -alcanzado a través de la abolición del exequátur- es dudoso que tan drástica solución sea la única posible. Podría haberse buscado otra solución mejor; alguna que permitiera preservar el principio básico de la libre circulación de decisiones, por ejemplo, reduciendo eventualmente el alcance de lo que debe entenderse por medida provisional; aspecto sobre el que se volverá más adelante.

Una segunda crítica parte de la elección del texto que la Comisión ha decidido utilizar para regular la circulación de ciertas medidas provisionales. Como se ha señalado más arriba, el resultado final es consecuencia de la interpretación de la definición de “resolución” proporcionada en el artículo 2. Se trata de una interpretación “a contrario” de la que se concluye que las medidas provisionales adoptadas sobre la base del futuro artículo 36 no son resoluciones a los efectos de la aplicación del capítulo III del (nuevo) Reglamento Bruselas I. Como se indicó más arriba, la norma sobre definiciones contenida en el capítulo I no es el lugar apropiado para introducir un cambio tan fundamental en la estructura tradicional del Reglamento. La derogación, tanto de los principios generales del Reglamento como de la aproximación seguida con carácter previo, debería expresarse de forma clara y directa: esto es, debería recogerse expresamente y en el lugar en el que un lector cuidadoso esperaría encontrarla. Esto sería, bien cerca del artículo 36, en el que se contempla la adopción de las medidas provisionales, o en el capítulo III, que regula el reconocimiento y la ejecución. Sin embargo, no es así. Ciertamente, alcanzar una estructura clara sobre las medidas provisionales requiere, cada vez más, un alto nivel de conocimiento jurídico. Es lamentable que la reforma de un instrumento tan fundamental como el Reglamento Bruselas I no haya abogado y perseguido la transparencia, que debería existir no sólo para los juristas expertos sino también para litigantes tales como los individuos y las pequeñas empresas²⁴.

Además, al afirmar que estas decisiones no son resoluciones “a los efectos del Capítulo III” la propuesta añade otro ingrediente de inseguridad y arruina la unidad y coherencia del Reglamento. Su significado está lejos de quedar claro. ¿Qué debe desprenderse de ello? Las decisiones sobre las medidas provisionales ¿son resoluciones a los efectos del capítulo I y II y no a los efectos del capítulo III? Parece obvio que podría haberse adoptado una mejor redacción. Por último, también desde un punto de vista material, debería señalarse que una interpretación restrictiva de la noción de resolución es –de nuevo- incoherente con la aproximación liberal adoptada por el TJUE, que siempre dio una amplia y extensa interpretación de este concepto con el fin de favorecer el cumplimiento del objetivo general del Convenio de Bruselas (y ahora, del Reglamento Bruselas I) de promover la libre circulación de decisiones judiciales.

²⁴ También cabe encontrar quejas sobre la falta de transparencia en A. Dickinson, *loc. cit.*, p. 545, a pesar de referirse a la elección de no codificar en una regla uniforme la jurisprudencia del TJUE sobre la “conexión real”.

Hay, finalmente, un tercer, y más importante, motivo de disconformidad y frustración por esta norma. Escondido bajo el propuesto artículo 36, todavía debe precisarse el alcance que los criterios de competencia nacionales. Sería el último ejemplo del mantenimiento de estos criterios de competencia excepcionales en el Reglamento Bruselas I bis. Debe recordarse que desde 1968 hasta la propuesta actual, se permite el juego de los criterios de competencia nacionales –y, entre ellos, los famosos fueros exorbitantes, i.e. criterios que proporcionan una competencia judicial internacional excesivamente amplia y que no tienen en consideración la competencia de otros Estados- no sólo para las medidas provisionales, sino también en los casos de demandados no domiciliados en la UE. No obstante, incluso en esos casos, la libre circulación de decisiones se concedió y las decisiones adoptadas sobre la base de criterios de competencia judicial nacionales –fueran exorbitantes o no- circulaban conforme al sistema simplificado.

La Propuesta introdujo un gran cambio respecto de la competencia sobre los demandados no domiciliados en la UE haciendo un gran esfuerzo para encontrar normas comunes de competencia también en estos casos. Así, la Propuesta de reforma extiende la aplicación de los antiguos y nuevos criterios de competencia judicial a los demandados no domiciliados en la UE y se proporcionan dos fueros residuales para los casos en los que ningún otro tribunal sea competente (artículos 25 y 26). Es innecesario decir que todas las decisiones circularán por todo el territorio el territorio de la UE conforme a las normas comunes. Si el esfuerzo en este amplio y complejo aspecto resultara satisfactorio ¿por qué no ha habido un intento serio para proporcionar un criterio común de competencia para las medidas provisionales?. ¿Por qué la Comisión mantuvo igual esta perturbadora e incoherente remisión a los criterios de competencia nacionales?

Esta es la cuestión crucial. El principal problema sobre la adopción (y, por lo tanto, del reconocimiento) de la medidas provisionales recae, obviamente, en la referencia no controlada a cualquier criterio de competencia nacional. No es su naturaleza como tal la que se percibe como un problema para la circulación, sino el criterio que pueda ser utilizado para afirmar la competencia. En consecuencia, el problema reside en la elección del criterio de competencia disponible.

3. La motivación de la Propuesta: elusión de fueros uniformes y competencia sobra medidas provisionales con efecto anticipador.

Lo anterior nos conduce a analizar las razones que, cabe entender, subyacen en la propuesta. La más relevante y obvia –y la única que se desprende del Informe y los trabajos preparatorios hechos públicos- se encuentra en la necesidad de evitar (el riesgo de) la elusión de los fueros uniformes. La referencia a fueros nacionales no contrastados puede debilitar y perjudicar los esfuerzos que se hicieron para la unificación de los criterios de competencia judicial en materia civil y mercantil.

Por más convincente que esta razón sea, es fácil contra-argumentar que la mejor manera de evitar este riesgo es introducir una norma uniforme en el propio Reglamento. La solución ideal en un área común de justicia no puede ser eliminar la justicia provisional del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. La mejor forma de evitar cualquier riesgo de elusión es recurrir al patrón usual: facilitar una norma

imperativa con un criterio de competencia uniforme y permitir la libre circulación de las decisiones resultantes.

Facilitar un criterio de competencia uniforme para las medidas provisionales es considerada, sin embargo, una misión imposible. Los trabajos preparatorios para la reforma del Reglamento (y el *Informe Pocar* sobre el Convenio de Lugano bis²⁵) revelaron que diseñar y redactar un criterio de competencia capaz de reflejar la “conexión real” mencionada por el TJUE se consideró demasiado difícil y delicado y, por lo tanto, no fue posible proporcionar un criterio de competencia adecuado.

Esta línea de razonamiento parece sobrevalorada y podría resultar sólo parcialmente cierta. Definir un criterio claro y único de competencia puede causar dificultades en tanto se pretenda cubrir todos los casos de medidas cautelares que pudieran solicitarse conforme a los sistemas nacionales, como hace el actual artículo 31 del Reglamento Bruselas I. No obstante, si el alcance del artículo 31 estuviera mejor redactado para referirse a las medidas que sean entre sí homogéneas, las dificultades se reducirían o incluso desaparecerían. No parece haber dificultad, por ejemplo, para determinar la “conexión real” en las típicas medidas preventivas de conservación en tanto se entiendan como medidas destinadas a asegurar la ejecución de una reclamación²⁶. Existe un acuerdo generalizado, por ejemplo, sobre la competencia de los tribunales del Estado de situación de los bienes para declarar su embargo. Podrían citarse otros ejemplos²⁷. Como se ha indicado antes, no se pretende abordar esta cuestión, ciertamente delicada, en estas páginas. De lo que se trata es de evaluar tal dificultad frente a las consecuencias que resultan de esta asunción. De hecho, incluso admitiendo que las dificultades para alcanzar la norma ideal pueden existir, no se ve por qué esta debilidad debería conducir a la conclusión de impedir el reconocimiento de todas las medidas cautelares²⁸. Si la opción es dejar la situación tal y como está en el momento actual en lo que concierne a la competencia judicial –y esto es lo que parece dado que no hay una definición de medidas provisionales ni una clarificación de la vinculación territorial requerida-, hubiera sido más coherente no tocar, tampoco, nada en lo que concierne al reconocimiento y, por lo tanto, permitir que las decisiones continúen circulando, aunque sea bajo las estrictas condiciones establecidas por el TJUE.

Por otro lado, también es plausible que las dificultades para determinar cual sea el mejor factor de localización no hayan sido la única razón que condujera a elegir la opción adoptada en la propuesta; puede haber una segunda línea de consideraciones. Así, podría haberse pensado que cada vez se recurre con más frecuencia a la justicia provisional en vez de a la justicia ordinaria.

²⁵ Vid. el párrafo 127 del *Informe Pocar (Explanatory Report to the Lugano bis Convention of 30 October 2007, DOUE C-319, de 23 de diciembre de 2009)*.

²⁶ Vid también la definición dada por el TJUE en su sentencia de 26 de marzo de 1992 en el asunto C-261/90, *Reichert II*, conforme a la cual las medidas provisionales son aquellas “destinadas a mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto” (para. 34). En una construcción adecuada, tal definición habría excluido medidas que pretenden adelantar la solución que daría el tribunal competente en cuanto al fondo.

²⁷ Vid. los resultados del estudio realizado en los Estados miembros en el que se apoya el Informe Heidelberg (nota 8), para. 578-605. También A. Dickinson, *loc. cit.*, p. 547.

²⁸ En el *Informe Heidelberg* (nota 8 para. 646-654) el profesor Schlosser, si bien señaló este problema, hizo una propuesta completamente diferente basada en la coordinación con el tribunal competente en cuanto al fondo y permitiendo a este tribunal dispensar la medida provisional. Sobre líneas semejantes A. Dickinson, *loc. cit.*, sugiere un test de autolimitación para el tribunal que fundamente su competencia en el artículo 31, lo que permitiría reducir el número de casos problemáticos.

La justicia provisional es preferible –especialmente en algunos sistemas jurídicos- ya que permite una justicia rápida, poco problemática y más eficiente. Esto es, una justicia a través de decisiones que, aunque no sean finales, resultan lo suficientemente estables como para satisfacer los intereses de las partes a largo plazo. En otras palabras, lo que es provisional y abreviado no es tanto el resultado –la decisión- como el procedimiento a través del cual se alcanza. Tal aproximación a la justicia está consolidada en sistemas jurídicos como el holandés, el francés o el inglés y también ha enraizado en Italia, donde en 2005 la ley sobre el proceso civil ha debilitado el (hasta entonces necesario) requisito de presentar una acción para el fondo del asunto tras la adopción de una medida cautelar –llamadas *mesures d’anticipation* en Derecho francés y *misura anticipatorie* en Derecho italiano-. La conexión con el proceso sobre el fondo resulta, por lo tanto, reducida, cuando no completamente abandonada. Lo que todavía resulta más es que las medidas, incluso cuando se solicitan para adelantar el resultado (posible) del proceso sobre el fondo, pueden –conforme a las normas de algunos sistemas jurídicos- no ser seguidas de un proceso ordinario.²⁹

No hay duda de que las medidas que, aunque de forma provisional, afectan directamente al fondo del asunto –incluido, pero no limitado a, las medidas que son dirigidas a garantizar la ejecución provisional- representan un problema en el marco de las “medidas provisionales” previstas por el Reglamento Bruselas I³⁰. De hecho, si tal resolución “provisional” es potencialmente una alternativa a la decisión sobre el fondo (y este resulta ser el caso con frecuencia), parece bastante natural que el juez que tenga competencia para la primera (la decisión provisional, aunque suficientemente estable) sea el mismo que tenga competencia para la segunda (la decisión sobre el fondo, aunque sólo sea adoptada eventualmente). Sobre esta base, permitir al juez “provisional” fundar su competencia en una norma nacional abriría la puerta a la elusión de las reglas de competencia establecidas en el Reglamento. Este resultado debería evitarse a toda costa. Sin embargo, hay que señalar que la elusión de las normas uniformes de competencia que debe evitarse se estaría produciendo con la mera adopción de las medidas por un tribunal distinto del considerado competente en cuanto al fondo por el Reglamento, no sólo por la circulación de la decisión resultante. Dicho en otras palabras, una decisión “provisional” que pudiera convertirse en suficientemente estable como para comprobar que sus efectos de prolongan en el tiempo y que no resulta modificada por otra decisión, debería ser adoptada –en todos los casos- por el tribunal que tiene competencia sobre el fondo del asunto.

Como se ha visto, el artículo 35 de la propuesta reconoce la competencia del tribunal con competencia sobre el fondo para adoptar medidas provisionales. Por lo tanto, cabría pensar que en este aspecto la norma debería ser aprobada. La realidad es, sin embargo, que el artículo 35 propuesto solo satisface parcialmente las necesidades señaladas.

²⁹ El artículo 31 del Reglamento de Bruselas –apartándose en este aspecto de lo previsto en el artículo 20 del Reglamento de Bruselas II- no parece requerir que las medidas provisionales sean temporales y, por lo tanto, deben ser confirmadas en los procesos sobre el fondo. La jurisprudencia del TJUE se separa de la aproximación adoptada en *Reicher II* y se abre a toda clases de “sólo potencialmente” medidas provisionales, como las analizadas en el texto. Sin embargo, el requisito de limitación temporal es a veces mencionado no sólo como una construcción deseable para las medidas provisionales sino también como un requisito ya existente. Vid, por ejemplo, F. Salerno, *Giurisdizione ed efficacia* cit., 287 y más recientemente, la Opinión del Abogado General Cruz Villalon de 29 de Marzo de 2012 en el asunto C-616/10, *Solvay c. Honeywell* (no publicado), para. 48.

³⁰ Para una breve visión general de tales medidas en el Derecho inglés vid. A. Dickinson, *loc. cit.*, p. 557.

En primer lugar, cabe recordar que, como se ha señalado más arriba, no todas las “medidas provisionales” persiguen ese efecto “anticipador”. No todas ellas pretenden garantizar una ejecución provisional y, por lo tanto, permiten al solicitante disfrutar de sus derechos antes de que se adopte una decisión final. Como es bien sabido, la noción de “medidas provisionales” también incluye las que tienen un efecto más “conservador” como los embargos y los decomisos. Estas no siguen el patrón indicado y no es necesario que sean adoptadas por el tribunal que conoce del fondo del asunto³¹. De hecho, normalmente son solicitadas en otros tribunales como medidas complementarias al proceso sobre el fondo. De lo dicho hasta ahora, cabe inferir que, aunque pueda ser razonable reducir la disponibilidad de los fueros para las medidas provisionales de ejecución, parece menos razonable que toda la norma deba ser redactada conforme a este único propósito.

En segundo lugar, también con referencia a las medidas que tienen el objetivo de garantizar la ejecución provisional (*interim performance*), sería razonable que la necesidad de concentrar la competencia para conceder tales medidas sólo en el tribunal competente sobre el fondo fuera desarrollada en *todos* los casos. Sin embargo, la solución proporcionada por la propuesta de reforma del Reglamento Bruselas I se queda a medio camino ya que permite al juez nacional (por ejemplo, el holandés en in proceso *kort-geding*) adoptar esa medida, incluso si ese juez no es competente para entrar en el fondo del asunto. Esta no parece la solución adecuada para un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Si dicho juez no es el más adecuado para adoptar tales medidas, no debería adoptarlas bajo el Reglamento Bruselas I, sin importar cual sea el alcance del efecto de su decisión.

Como primera conclusión parcial basada en un punto de vista sistemático, cabe considerar que debería haberse realizado una distinción adecuada entre las medidas que tienen un efecto conservador y aquellas que permiten una ejecución provisional³². Aunque ambos tipos de medidas comparten el hecho de ser adoptadas al final de procesos abreviados, sus condiciones, efectos y razón de ser son muy distintos. Además, su relación con el proceso sobre el fondo también difiere. Por lo tanto, es necesario y coherente que se sometan a regímenes internacionalprivatistas distintos.

4. *Problemas prácticos: determinar el tribunal con competencia sobre el fondo...*

Junto a los aspectos teóricos brevemente señalados más arriba, no debería minusvalorarse que la norma propuesta también planteará algunos problemas prácticos. Aunque éstos puedan parecer menos urgentes, pues no inciden en la estructura y los objetivos del Reglamento, son, sin embargo, capaces de reducir la eficiencia de las nuevas reglas previstas.

La primera cuestión se refiere a cómo señalar el “tribunal competente en cuanto al fondo del asunto” a la hora de solicitar medidas provisionales. Como es bien sabido, el Reglamento establece diferentes criterios de competencia y, en principio, permite al demandante elegir entre ellos. Por lo tanto, para determinar qué tribunal es competente sobre el fondo se requiere entender si la cuestión se refiere (solo) al tribunal ante el que

³¹ En los casos internacionales, se atiende mejor a la necesidad de salvaguardar derechos hasta la conclusión del proceso sobre el fondo en tribunales de otros Estados. Por eso es frecuente escuchar que estos tribunales “proporcionan ayuda” a los tribunales que conocen del fondo del asunto.

³² Sobre estas líneas *vid.* M. Pertegás Sander, *loc. cit.*, p. 619; A. Dickinson, *loc. cit.*, p. 557-558.

realmente se ha presentado la demanda o si también podría considerarse cualquiera de los tribunales *potencialmente* competentes conforme a las normas del Reglamento.

Los problemas pueden parecer menos evidentes cuando una medida provisional es solicitada *medio iudicio*; por ejemplo, cuando el proceso sobre el fondo está pendiente. En tal caso, el tribunal competente en cuando al fondo ya está determinado. No obstante, también en este caso cabría plantearse si dicho tribunal es el *único* competente para adoptar medidas provisionales (potencialmente transfronterizas), o si otros tribunales que pudieran ser competentes sobre la base de otras normas del Reglamento *también* podrían hacerlo³³. Por ejemplo, cuando un caso de responsabilidad extracontractual está pendiente ante el tribunal del lugar en el que ocurrió el hecho dañoso ¿puede solicitarse una orden de medida provisional en el tribunal del domicilio del demandado y, a continuación, obtenerse el reconocimiento y la ejecución de la misma en otros Estados? El texto no facilita una solución clara, pero uno tendería a concluir una respuesta negativa para favorecer la concentración de las medidas provisionales en el mismo tribunal en el que está pendiente la resolución del fondo del asunto. La construcción correcta parecería ser que sólo el tribunal ante el que ya se ha planteado la demanda sobre el fondo del asunto *in concreto* podría adoptar medidas provisionales transfronterizas y, por lo tanto, ejercería su competencia. Se consideraría que cualquier otro tribunal, con independencia de que pudiera ejercitar su competencia amparándose en los criterios del Reglamento, estaría actuando sobre la base del artículo 31 (futuro artículo 35) y, por lo tanto, los efectos de sus decisiones estarían limitados al foro.

Por más satisfactoria que esta solución pueda parecer en la hipótesis planteada, la necesidad de coherencia requeriría entonces aplicar la misma aproximación al distinto caso, más frecuente en la práctica, de las medidas provisionales solicitadas *ante causam* —esto es, antes de que se plantee la demanda sobre el fondo del asunto. A este respecto, sin embargo, la solución propuesta puede provocar mayores problemas.

Siguiendo la amplia lectura mencionada en primer término, todos los tribunales con competencia sobre la base de cualquiera de los múltiples criterios que facilita el Reglamento serían “tribunales con competencia sobre el fondo del asunto” a los efectos del artículo 35. De ahí que todas las decisiones adoptadas por cualquiera de ellos serían susceptibles de pleno reconocimiento. Esta solución parecería coherente con la interpretación textual de la norma, ya que no hace referencia a la existencia de una acción pendiente³⁴. No obstante, esto podría causar problemas de duplicidad y contrariedad de decisiones cuando los procesos sobre el fondo del asunto no se presentaran en el tribunal que adoptó la medida provisional, sino en otro³⁵.

Por lo tanto, la segunda opción debe tenerse en cuenta con el argumento de que sólo el tribunal que realmente ejercerá la competencia atribuida sobre la base del Reglamento

³³ Esta parecería ser la construcción sugerida por B. Hess, *op. cit.*, p. 374 en la nota que comenta la sentencia *Mietz*. El autor se refiere a «ein dreispuriges Zuständigkeitssystem». Junto a la «Gericht der Hauptsache» se establecería competencia «jedem nach Art. 2-17 EuGVÜ zuständigen (potentiellen Hauptsache-) Gericht», y, finalmente, a los tribunales del artículo 31. También S. Kofmel Ehrenzeller, *op. cit.*, p. 248.

³⁴ Tal construcción es defendida por Ch. Heinze, *op. cit.*, p. 607, argumentando sobre la base de la redacción del artículo 35 por oposición a la del artículo 31 de la propuesta.

³⁵ Y Heinze, *op. cit.*, p. 608, para evitar tal resultado, llega a la conclusión de que estas medidas provisionales, aunque adoptadas por un tribunal conforme al artículo 35 «would be subject to the same restrictions which apply for measures based on Article 31 BR (Art. 36 CP)».

–o que vaya a hacerlo poco después- tendría que ser considerado como el “competente sobre el fondo”³⁶. Por lo tanto, la condición de “tener competencia en cuanto al fondo” sería tratada como una cuestión de hecho, que habría de ser probada conforme al artículo 33 del Reglamento Bruselas I. Tal constricción conduce a la consecuencia extrema de que siempre se presumirá que el fundamento de todas las medidas provisionales adoptadas *ante causam* se encuentra en el artículo 35 y, por lo tanto, en los fueros nacionales; en consecuencia, nunca serán reconocidas. Es, cuando menos, dudoso que este resultado sea deseable siempre ya que conduciría a una reducción significativa del uso de las medidas provisionales.

5. ...Y la revisión de la competencia del tribunal de origen

Una segunda línea de problemas prácticos –también teóricos- se refiere al modo en el que el tribunal ante el que se solicitó el reconocimiento y la ejecución evaluará si ésta ha sido adoptada por un tribunal con competencia sobre el fondo del asunto.

Este tipo de cuestión no es enteramente nueva. El TJUE se ha enfrentado a ella en el asunto *Mietz* primero y, más tarde, un problema semejante se planteó en el asunto *Purruker I*. Las dos sentencias tienen aspectos en comunes no sólo porque plantean cuestiones interpretativas sobre las medidas provisionales, sino también porque las respectivas cuestiones prejudiciales fueron planteadas por los jueces del Estado en el que se solicitó el reconocimiento y la ejecución de la medida adoptada por un tribunal extranjero. En ambos casos las decisiones del TJUE dan un doble mensaje dirigido, por una parte, al tribunal del Estado de origen y, por otra, al tribunal ante el que se solicita el reconocimiento.

Respecto del primero, el TJUE advierte al tribunal que adopta la medida que debe asegurarse de que el fundamento de su competencia sobre el fondo esté expresamente mencionado en la misma o resulte claramente de su texto. En ambos asuntos el tribunal al que se requirió la ejecución se enfrentó con una decisión en la que el juez de origen no explicaba el fundamento de su competencia. Para evitar que pueda abusarse de los fueros nacionales, el TJUE introduce la presunción de que la medida provisional se adoptó sobre la base del artículo 31. En el asunto *Mietz* esta presunción permitió rechazar el reconocimiento de las medidas provisionales que no satisfacían todos los requisitos establecidos en la sentencia *Van Uden*³⁷. La misma aproximación fue confirmada en el asunto *Purruker I*, en la que el TJUE dejó claro que la competencia sobre el fondo del asunto “debe resultar de forma evidente del contenido de la resolución” o que la resolución misma debe “contener una afirmación, sin ambigüedades, sobre los fundamentos que sostienen la competencia judicial de dicho tribunal”³⁸. Si este no es el caso, debe concluirse que la decisión no se adoptó conforme a un criterio de competencia establecido en el Reglamento. A la vista de estos precedentes, queda bastante claro que (también) bajo la solución contenida en la propuesta de reforma del Reglamento Bruselas I, cualquier duda sobre el fundamento de la competencia del tribunal de origen conducirá probablemente a rechazar el reconocimiento de la medida provisional.

³⁶ A. Dickinson, *loc. cit.*, pp. 545-546.

³⁷ Asunto *Mietz*, párrafo 55.

³⁸ Asunto *Purruker I*, párrafo 76.

En principio, no debería insistirse demasiado sobre una necesidad específica de una afirmación clara sobre la competencia ya que esto parecería ser un requisito obvio a la vista de la necesidad de transparencia y solidez de las decisiones. Pero, ciertamente, las cosas son diferentes y alguna perplejidad está justificada al recordar que no hay un deber específico de aportar una afirmación completa en lo que concierne a la parte de la decisión relativa a los derechos materiales. Tal afirmación –cuando no resulta expresamente de las circunstancias fácticas del caso- sólo será necesaria en lo que concierne al fundamento de la competencia.

Las mayores perplejidades surgen, en todo caso, en relación con el segundo mensaje que subyace en las sentencias del TJUE; el referido al tribunal ante el que se solicita el reconocimiento. Este segundo mensaje es verdaderamente crucial ya que pretende asegurar el funcionamiento de todo el sistema, también en casos en los que el tribunal de origen no está cumpliendo con las indicaciones del propio TJUE. Tanto en *Mietz* como en *Purruker* el TJUE requiere que el segundo tribunal lleve a cabo cierto grado de revisión de la competencia judicial del Estado de origen, socavando (o casi), por lo tanto, uno de los principios básicos del espacio judicial de Bruselas: la confianza mutua.

Como es bien sabido, en el sistema de Bruselas la confianza mutua lleva a limitar seriamente los poderes del tribunal requerido, que en ningún caso revisará ni el fondo de la decisión que haya de reconocer y ejecutar (artículo 36 Reglamento Bruselas I), ni la competencia del tribunal del Estado de origen (artículo 35.3 Reglamento Bruselas I). La necesidad de determinar si un tribunal tiene –o no- competencia judicial sobre la base del Reglamento amenazaría la integridad de dicho principio.

Por supuesto, el TJUE es consciente de los riesgos que subyacen en la construcción que se propone y de cómo estos riesgos pueden incidir en el corazón de uno de los principios esenciales del sistema judicial europeo. De ahí que, en el asunto *Purruker*, declare expresamente que el control que debe realizar el tribunal del Estado requerido no entra en conflicto con la prohibición de realizar una revisión judicial. Se hace entonces un esfuerzo para marcar la distinción entre la revisión de la competencia del Estado de origen (prohibida) y el control (requerido) de la correcta aplicación de la norma uniforme³⁹. Desde la perspectiva del TJUE, la determinación que hace el tribunal requerido a cerca de la fundamentación de la competencia del tribunal de origen en una norma del Reglamento, no es una revisión inaceptable de la competencia de éste. De hecho, tal control se limita meramente a “constatar las bases sobre las que aquel tribunal se consideró competente”⁴⁰. Considerando que la revisión sustancial de la aplicación correcta de la norma, del fundamento jurídico de la decisión o de los hechos están todavía excluidos por el artículo 35, el control de la aplicación de la norma de competencia debería ser muy formal. Por lo tanto debería realizarse atendiendo al texto de la resolución y limitándose a verificar las condiciones para la aplicación del Reglamento Bruselas I⁴¹.

A pesar de que pueda haber una diferencia teórica entre las dos clases de revisiones, es fácil anticipar que la puesta en práctica de tal distinción provocará dificultades y

³⁹ *Ibid* párrafo 75; *Vid.* también las Conclusiones del Abogado General Sharpston, en su Opinión de 20 de mayo de 2010, párrafo 139. También en el asunto *Mietz* se intentó diferenciar entre las dos cuestiones estaleciendo que “la cuestión que se plantea ... no versa sobre la competencia como tal del Juez de origen, sino más bien sobre los límites que se imponen a la posibilidad de solicitar la ejecución de una resolución dictada en el ejercicio de la competencia reconocida por el artículo 24” (párrafo 49).

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Más detalles en C. Honorati, *op. cit.* p. 78.

ambigüedades; y que ocultará fácilmente revisiones de la competencia del juez de origen o, al menos, habrá riesgo de que se produzcan. Este riesgo no está contrapesado por un beneficio sustancial del lado de las medidas provisionales.

Finalmente, otros dos argumentos añaden críticas a la solución propuesta. En primer lugar, la norma prevista no simplifica la aplicación de la –insatisfactoria– norma anterior, ya que deja inalterados todos los problemas previos relativos a la difícil identificación de la “conexión real”. No se han dado pasos para clarificar este concepto. Incluso se ha evitado la simple referencia a esta expresión dejando al intérprete en la misma –si no peor– situación que la que tenía antes de la reforma. El hecho de que la medida provisional no vaya a circular no parece una buena razón para que sea menos importante definir este requisito a los efectos de determinar la competencia judicial⁴². El Reglamento Bruselas I persigue unificar las normas de competencia judicial internacional y de reconocimiento de decisiones, de ahí que la adopción de estas medidas debería ser previsible y uniforme en todos los Estados miembros.

En segundo lugar, debería señalarse que la norma proyectada parece ser poco propicia para la parte interesada en conseguir una justicia provisional. El texto propuesto permite inferir que el demandado puede eludir la medida provisional adoptada simplemente trasladando sus bienes a un país distinto. Considerando que la medida adoptada por el tribunal competente sobre la base del artículo 31 no puede ser reconocida, sería fácil privarla de sus efectos con este sencillo movimiento⁴³.

Además, este tipo de justicia provisional sería mucho más cara para el solicitante de medidas provisionales ya que necesitaría iniciar distintos procedimientos en diferentes Estados miembros. Es sorprendente que la Comisión no tuviera en cuenta esta consecuencia puesto que el Informe de Impacto preparado por esta institución enfatiza sobremanera la necesidad de reducir los costes de los litigios en el extranjero por ser ésta la principal razón para que las pequeñas y medianas empresas no se involucren en el comercio transfronterizo⁴⁴.

6. Conclusión

En conclusión, las razones sobre las que descansa la elección realizada por la Comisión no parecen dirigir hacia el resultado final de excluir la circulación de las medidas provisionales adoptadas por un tribunal que no tiene competencia para decidir sobre el fondo del asunto; tal y como establece el futuro artículo 2 del Reglamento Bruselas I bis. La frustración aparece en tres distintos niveles.

Primero, permitir la circulación de medidas provisionales sólo cuando han sido adoptadas por el tribunal que conoce el fondo del asunto conduce a una negativa sustancial de la justicia provisional, especialmente si se contempla –como debería– como una protección jurídica diferente y autónoma de la que facilita el proceso sobre el fondo.

⁴² Ch. Heinze, *op. cit.* p. 613.

⁴³ *Ibid.* p. 612, considerando, sin embargo, que tal riesgo puede manifestarse al solicitar medidas provisionales (paralelas) ante el tribunal competente en cuanto al fondo. Por lo tanto, obligando al solicitante a afrontar costes judiciales más elevados.

⁴⁴ *Vid.* EC (2010) 1547 final de 14 de diciembre de 2010.

Segundo, la elusión de un fuero uniforme de competencia debe ser, por supuesto, desincentivado; pero la idea de poder elegir el tribunal que proporcionará la protección jurídica más adecuada no es errónea⁴⁵. La competencia entre los sistemas judiciales es, de hecho, la idea que subyace todo el sistema de competencia judicial internacional del sistema de Bruselas. El demandante puede presentar su demanda donde crea que exista una justicia más eficiente. ¿Por qué esto no debe ser también una realidad para las medidas provisionales? Es un hecho que algunos Estados miembros ofrecen una protección provisional más eficiente que otros y la competencia entre los diferentes sistemas legales está en la raíz de el sistema jurídico de la UE. Impedir la circulación de tales medidas es probablemente la forma más simple y corta de abordar el problema, pero ciertamente no la mejor.

Tercero, y, sobre todo, se argumenta que incorporar un principio que sugiere la idea de fragmentación del espacio judicial en muchos mercados legales nacionales es *políticamente* –incluso más que legalmente– erróneo. El camino diseñado por la nueva propuesta parece ser bastante incoherente con todo lo que se ha experimentado hasta ahora. En vez de avanzar en el camino de permitir a los jueces nacionales adoptar medidas basadas en sus criterios de competencia y después impedir que estas decisiones circulen, la UE debería hacer un mejor esfuerzo para reconfigurar –y eventualmente insertar en el Reglamento– una regla uniforme, eficiente y adecuada de competencia judicial para las medidas provisionales; una regla que no infringiera el pilar fundamental de la libre circulación de decisiones.

La libre circulación de decisiones no es sólo el objetivo del sistema de Bruselas; es, además, un “valor político”, un principio básico sobre el que se ha construido todo el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Si se decide una derogación y excepción a tal idea básica, debería ser por una mejor causa y estar mejor motivada.

Este trabajo propugna que, permitiendo una generalizada y no restringida circulación de todas las medidas provisionales, debería reconsiderarse y reformularse una norma con el fin de: a) Hacer un mejor esfuerzo por clarificar las condiciones de una vinculación territorial sustancial y genuina entre el objeto y la medida perseguida (como se estableció en los casos *Denilauer* y *Van Uden*); b) Reforzar el requisito de la conexión funcional de la medida provisional con el proceso sobre el fondo (como se señaló en el asunto *Reichert II*) y c) diferenciar entre las medidas provisionales que tiene una finalidad de conservación de aquellas que no la tienen. Las primeras deberían ser adoptadas por el tribunal del lugar en el que se encuentran los bienes, pudiendo entonces circular en todos los Estados. Las segundas serían similares a decisiones finales a los efectos de la competencia; por lo tanto, serían adoptadas sólo por los tribunales competentes sobre el fondo del asunto y circularían por todos los Estados.

Probablemente, el resultado práctico no sería muy diferente del que se alcanza *de facto* con la Propuesta, pero se salvaría el espíritu y los valores que subyacen en el sistema de Bruselas.

⁴⁵ Vid. este argumento en P. Schlosser, B. Heß, Th. Pfeiffer, P. Schlosser, *The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001*, *op. cit.*, p. 188,