

TEMA 12: RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS, ACTOS Y DECISIONES: ASPECTOS GENERALES.

EL RECONOCIMIENTO COMO SECTOR AUTÓNOMO DEL DIPr.-

Las tradicionales concepciones del DIPr distinguen los conflictos de leyes de los conflictos de jurisdicción:

- Conflictos de leyes: se refieren al problema de determinación del Derecho aplicable.
- Conflictos de jurisdicción: partiendo del problema de determinación de la competencia judicial, se extienden también al Derecho Procesal Civil Internacional en su conjunto, es decir, incluyendo el régimen del proceso y el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales.

El Derecho Procesal Civil Internacional se configura como un sector autónomo dentro del DIPr. Desde un punto de vista funcional, se produce una desmembración del Derecho Procesal Civil Internacional, de forma que dentro del mismo, se reconoce sustantividad y autonomía propia a la determinación de la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones.

La justificación formal del sector del reconocimiento se ha amparado en la diversidad de sus técnicas y principios normativos. Concretamente destaca el carácter sustancial y unilateral de la normativa que determina las condiciones que debe reunir la resolución extranjera para producir efectos en el foro. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza y forma del reconocimiento o la fuente de las normas aplicables, dicho reconocimiento responde a unos principios comunes sobre los mecanismos de verificación de dos tipos de condiciones:

- Los efectos del acto, decisión o resolución del Estado que lo dictó.
- Los criterios de admisión en el Estado requerido, es decir, en el Estado en el que se quiere hacer valer esa resolución extranjera.

Se refieren estos requisitos al control de la competencia judicial, o a la adecuación del orden público del foro donde se quiere hacer valer.

Desde un punto de vista formal, atendiendo al tipo de normas y a las técnicas de reglamentación utilizadas, se puede defender la autonomía del sector del reconocimiento de decisiones y actos públicos extranjeros.

Cuando se suscita una cuestión de reconocimiento, no se trata de dar una solución a un problema de tráfico externo a través de la aplicación de una ley que puede ser extranjera, sino de hacer valer la solución que a dicho problema ha dado una autoridad extranjera aplicando las normas correspondientes.

A través del reconocimiento, dicha resolución extranjera se hace valer en el foro para conseguir dentro del mismo una respuesta directa que debe ser la misma que solucionó el litigio en el Estado extranjero. Se pretende la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, que es la función última del DIPr.

FORMA Y RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS Y ACTOS.-

1.- Introducción: tradicionalmente ha existido una falta de precisión en cuanto a la distinción de los actos y documentos, y por tanto, de los distintos problemas de reconocimiento que uno y otro comportan. En el Derecho español, nuestra **terminología** permite utilizar no sólo términos distintos como son el de acto y el de documento, sino también, en distintos sectores, el acto recibe una denominación particular propia distinta a la del documento. Ej. Cuando se habla de sentencia (acto judicial que pone fin a un procedimiento judicial a través de una decisión) y de ejecutoria (documento público en que se hace constar esa decisión).

En el DIPr, es esencial la fuerza probatoria de los documentos. El reconocimiento de la fuerza de cosa juzgada de una decisión judicial o la fuerza ejecutiva de un acto público, o bien la fuerza constitutiva de un acto de jurisdicción voluntaria, se sustentan necesariamente en la fuerza probatoria del documento público en que esas decisiones o actos se hacen constar. No obstante, el estudio de los efectos probatorios de los documentos exige hacer referencia a la cuestión de la forma de los actos al estar muy ligada a la misma la eficacia procesal y registral de los documentos como medios de prueba.

2.- Forma de los actos: es la manifestación exterior de una o varias declaraciones de voluntad. Los requisitos formales previstos en el ordenamiento jurídico para un determinado acto o tipo de actos responden a distintas finalidades que justifican la diversidad de respuestas del DIPr. No es la forma sino su función o finalidad el criterio que inspira esa diversidad de respuestas. En general, se hace mención a 4 **tipos de finalidades o funciones** de los requisitos de forma:

- Las habilitantes.
- Las de prueba o *ad probationem*.
- Las de solemnidad o *ad solemnitatem*.
- Las de publicidad.

Ni las habilitantes ni las de publicidad se encuadran en el concepto de forma de los actos aludidos:

- Las habilitantes: se trata de requisitos de fondo más que de forma por su relación con la capacidad.
- Las de publicidad no consisten estrictamente en la forma del acto jurídico ni condicionan su validez, sino que se establecen para delimitar la oponibilidad de un determinado acto frente a terceros.

Al abordar la formalidad de los actos conviene centrarse y distinguir exclusivamente los requisitos de prueba y los de solemnidad previstos en el art. 11 C.c. Los que realmente interesan dentro del reconocimiento son los de prueba. En el ordenamiento español existen ciertos actos o negocios que se someten a determinados requisitos formales que operan no como prueba de las declaraciones de voluntad, sino como requisitos de fondo, es decir, como requisitos de validez del propio acto. Tales requisitos formales consisten muchas veces en la necesidad de intervención de una autoridad pública. El art. 11.2 C.c. establece una solución que gira en torno a la *lex causae*, diciendo que si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada incluso en caso de otorgarse aquéllos en el extranjero. Esta regulación debe compararse con las soluciones que propone como requisitos de prueba el art. 11.1 C.c.: frente a la aislada referencia que el art. 11.2 C.c. hace a la *lex causae*, la forma *ad probationem* se beneficia de una regulación favorable a la validez formal de los actos no solemnes, que será efectiva si responde a los requisitos de cualquiera de las distintas legislaciones que ofrece el art. 11.1 C.c., que son: la Ley del lugar de celebración del acto, la ley personal del otorgante, la ley rectora del contenido del acto, y, si el acto afecta a bienes inmuebles, la ley del lugar de su situación

La doctrina científica ha interpretado de distinta forma el alcance del art. 11.2 C.c. y su relación con el art. 11.1 C.c. Frente a una primera posición doctrinal que opina que el art. 11.2 C.c. se considera como la excepción al art. 11.1 C.c., otros autores consideran que el art. 11.2 C.c. es un mecanismo complementario del art. 11.1 C.c. ya que el art. 11.2 C.c. no exige la aplicación exclusiva de la Ley del contenido, sino es respeto a la forma o solemnidad que esa ley determina.

La forma de los actos se sometería a una doble condición:

- El acto, en cuanto a su forma, se debe atener a cualquiera de las leyes del art. 11.1 C.c.
- Si la ley que rige el fondo del acto impone una forma solemne, ésta debe ser respetada por cualquiera de las leyes anteriores que para ese acto se hubiese elegido.

En definitiva, se trata sólo de respetar la forma o solemnidad que expusiese la ley del contenido, y no de

aplicarla exclusivamente a toda la formalidad del acto jurídico.

Esta 2ª posición doctrinal es la que debe prevalecer, por la correcta interpretación funcional del art. 11 C.c. amparada en el **principio de equivalencia de las formas**.

Por otra parte, hay que aludir a la reglamentación de los requisitos de prueba de los actos, lo cual ofrece interés en el ámbito de los efectos extraterritoriales de los documentos. Respecto de los documentos privados, su eficacia como medio de prueba del acto se reconduce a la validez del art. 11 C.c. Dentro del art. 11.1 C.c., es patente que el *principio locus regit actum* es una respuesta histórica al problema de la forma de prueba de los actos. Dicho principio consiste en aplicar la ley del lugar de celebración del acto. Desde sus orígenes, se discutió sobre el carácter imperativo o facultativo del principio mencionado, siendo el facultativo el sentido tradicionalmente más defendido en España, y actualmente queda patente en el art. 11 C.c.

La mayoría de la doctrina defiende el carácter alternativo de las conexiones que recoge el art. 11.1 C.c.: la validez formal del acto se alcanza con el cumplimiento de los requisitos de cualquiera de esas legislaciones. Dicha alternatividad facilita a las partes el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Sin llegar a lesionar el carácter alternativo de las conexiones del art. 11.1 C.c., se han introducido ciertas matizaciones sobre todo a tenor de lo dispuesto en el art. 11.3 C.c., que dice: *será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero*. Para ese supuesto, impone como aplicable exclusivamente la ley española, exigencia que contrasta con la regulación del art. 11.1 C.c. En todo caso, hay que decir que el art. 11.3 C.c. recoge el principio **auctor regit actum**, según el cual la autoridad actuante aplica la ley de su Estado, en cuyo caso este principio queda patente desde el momento en que se exige que esas autoridades españolas en el extranjero apliquen la ley española.

En todo caso, esa norma (art. 11.3 C.c.) tiene un alcance particular puesto que eno alude a la obligación que tienen igualmente las autoridades españolas en España de aplicar nuestra legislación. En opinión de autores como ESPINAR VICENTE, ello se debe a que el principio *auctor regit actum* exigible a nuestras autoridades en España se recoge implícitamente en el art. 11.1 C.c. al disponer la aplicación de la Ley del lugar de celebración que equivale a la Ley española cuando nuestras autoridades intervienen en un determinado acto en España.

Para esta posición, el art. 11.1 C.c. acogería **dos normas**:

- Validez formal de los actos que se van a realizar, en cuyo caso será de aplicación la ley del lugar de celebración. A este respecto, si se trata de un acto que deba realizarse por una autoridad pública, ésta aplicará su ley que es la misma que la ley del lugar del otorgamiento en los casos en que el acto se celebre ante esa autoridad en su país. Así, si el acto que se pretende realizar se plantea ante una autoridad española en España, se aplicará la ley española como ley del lugar de celebración. No siempre nuestras autoridades desempeñan sus funciones en territorio español: es el caso de los funcionarios diplomáticos o cónsules de España en el extranjero. En este supuesto, los actos que se pretenden realizar ante dichos funcionarios no pueden regirse por la ley del lugar de celebración (ley extranjera) a tenor del principio por el que en nuestro caso, las autoridades españolas deben aplicar al otorgamiento del acto nuestra legislación. Por esta razón, se introduce en ese precepto (art. 11.3 C.c.) una excepción favorable a la aplicación de la ley española y no la ley del lugar del otorgamiento del acto.
- El art. 11.1 C.c. contiene una segunda norma cuyo supuesto de hecho sería la validez formal de los actos ya realizados y cuyos efectos se pretenden hacer valer en España. Frente a la regulación anterior, para estos actos o negocios ya formalizados serían de aplicación alternativa la ley personal de los sujetos, la ley rectora del contenido del fondo del acto y, si éste concierne a bienes inmuebles, la ley del lugar de su situación. En cualquier caso, la relación entre la ley del lugar de celebración del acto y el principio *auctor regit actum* está presente tanto en las posiciones doctrinales que interpretan el sistema de conexiones del art. 11.1 C.c.

en un orden jerárquico como en las posiciones que consideran tales posiciones ordenadas alternativamente.

Ya se trate de conexiones sucesivas o alternativas, la finalidad de la norma no varía, ya que una y otra tesis coinciden plenamente en el principio *favor regotii*, que justifica la multiplicidad de conexiones del art. 11.1. Este precepto pretende facilitar la validez formal del acto. Si se trata o si se consideran las conexiones alternativas, basta con que dicha validez del acto venga pronunciada por cualquiera de esas leyes. Si se defiende el carácter sucesivo de las mismas, habrá que consultar en primer lugar la ley del lugar de otorgamiento, y sólo si esta ley no admite la validez formal del acto, se procede a buscar un resultado positivo conforme a cualquiera de las restantes conexiones.

3.- Reconocimiento de documentos: hay que destacar el reconocimiento de la fuerza probatoria de los documentos públicos otorgados ante autoridad extranjera. Cuando el documento es evacuado por una autoridad española, no se plantea ningún problema para reconocer su eficacia probatoria, lo cual quiere decir que ya sean españoles o extranjeros los sujetos afectados, cabe la posibilidad en país extranjero de instrumentar el acto ante una autoridad diplomática o consular española, con lo que se evitarán las exigencias establecidas para reconocer la fuerza de un documento público emanado de una autoridad extranjera, ya sea en el extranjero o en España.

En contrapartida, los documentos otorgados ante autoridad extranjera se someten a unas condiciones a los efectos de prueba, por ello debemos referirnos al problema del reconocimiento de los documentos públicos derogados por autoridad extranjera y no de los documentos públicos simplemente otorgados en el extranjero, teniendo en cuenta la posibilidad de que autoridades españolas en país extranjero puedan instrumentar documentos que no precisan de reconocimiento y, en sentido contrario, dada la posibilidad de que en nuestro país se instrumenten actos ante autoridades diplomáticas o consulares extranjeras, en cuyo caso sí surge el problema del reconocimiento de la eficacia probatoria de los mismos.

En el DIPr español, la eficacia probatoria de los documentos públicos otorgados ante autoridad extranjera se recoge en los arts. 600 y 601 LEC.

El **art. 600 LEC** dice que los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España si reúnen los siguientes requisitos:

- Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España.
- Que los otorgantes tengan actitud o capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país.
- Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos y contratos.
- Que el documento contenga la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

El **art. 601 LEC** establece que a todo documento redactado en cualquier idioma que no sea el castellano se acompañarán la traducción del mismo y copias de aquél. Dicha traducción podrá hacerse privadamente, en cuyo caso, si alguna de las partes impugnare dentro del tercer día manifestando que no la tiene por fiel y exacta, se remitirá el documento al Organismo de Interpretación de Lenguas para su traducción oficial.

Sobre estos dos preceptos destaca lo siguiente:

- El enunciado inicial del art. 600 LEC no parece correcto, ya que habla de documentos otorgados en otras naciones en lugar de documentos otorgados por autoridades de otras naciones. También se habla de documentos autorizados en España en lugar de autorizados por autoridades españolas.
- La condición de autenticidad o exigencia de la misma que recoge el art. 600.4 LEC, que, por excelencia, es la legalización del documento. Consiste en la certificación por un funcionario público de la autenticidad de la firma del documento otorgado por autoridad extranjera, así como de la condición o cualificación de esa

autoridad. En la práctica, la legalización se muestra generalmente como una exigencia burocratizada, por lo que los avances de la cooperación internacional tienden a sustituir o a atenuar dicha exigencia a través de mecanismos distintos.

- Una vez determinada la autenticidad del documento, es decir, su fuerza probatoria (intrínseca) o su capacidad como medio de prueba del acto que incluye, sólo deberá responder a la condición que impone el art. 600.3 LEC: Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se hayan verificado los actos y contratos.

Este número, anterior en su redacción al art. 11.1 C.c. actual, debe interpretarse hoy conforme a este último precepto, lo cual quiere decir que el documento servirá como forma *ad probationem* del acto, para lo que basta con respetar cualquiera de las legislaciones que contiene el art. 11.1 C.c.

En cuanto a los requisitos establecidos en los arts. 600.1 y 600.2 LEC, es decir, que el objeto o contenido del acto no contravenga el orden público español y que los otorgantes sean capaces conforme a su ley personal, hay que decir que parece evidente que tales exigencias no constituyen como tal requisitos de la fuerza probatoria del documento, sino condiciones para la validez del acto.

En cuanto al art. 601 LEC, hay que destacar que la condición que acoge sobre la traducción del documento pierde fuerza cuando se admite una traducción privada.

La eficacia de los documentos públicos extranjeros, la inscripción en un Registro español se somete a exigencias similares a las descritas respecto a su fuerza probatoria. Dichos requisitos para la eficacia registral no difieren de los fijados en los arts. 600 y 601 LEC. Así se prevé de forma implícita en el art. 36 Reglamento Hipotecario cuando condiciona la inscripción de documentos otorgados en el extranjero a la cumplimentación de los requisitos exigidos por las normas de DIPr en alusión a los preceptos mencionados de la LEC.

4.- Reconocimiento de actos públicos: la limitación del DIPr a las instituciones de Derecho Privado o a las relaciones jurídicas entre sujetos privados obligan a tener en cuenta sólo el reconocimiento de actos públicos que tengan incidencia en el ejercicio de derechos privados.

Hay que analizar el reconocimiento de actos no jurisdiccionales que constituyen decisiones dictadas por una autoridad pública y que comportan básicamente un efecto ejecutivo.

El acto público se diferencia del jurisdiccional por carecer del carácter irrevocable de éste último, si bien su semejanza se debe a que ambos son actos singulares de carácter decisorio que se agotan con su pronunciamiento. A este respecto, los problemas se suscitan en relación al reconocimiento de la fuerza obligatoria o ejecutiva de las disposiciones legislativas con carácter de decisiones públicas.

El ejemplo más singular de reconocimiento de este tipo de decisiones es el que se refiere al régimen de explotaciones o nacionalizaciones, sector que, sin perjuicio de su carácter público, presenta incidencia evidente en el Estatuto de los Derechos Reales, sobre todo en el de propiedad.

La cuestión planteada no es la de la determinación del derecho aplicable o ciertas relaciones privadas, sino la de determinar el alcance territorial del poder coercitivo del Estado. Cabe decir que no hay leyes de nacionalización como tal, sino acto de nacionalización cuyos efectos pueden o no reconocerse en otras soberanías.

Por ello, la trascendencia de cada acto público, susceptible de afectar a derechos privados en otro Estado, requiere establecer en cada caso las condiciones para el reconocimiento dentro de nuestro sistema.

De cualquier forma, si bien el principio básico de este sector del DIPr es la tendencia hacia la continuidad de las relaciones jurídicas, dicho reconocimiento se debe someter a un control general de orden público.

En el caso de las nacionalizaciones, al afectar al derecho de propiedad privada, dicho control viene dado por el respeto a los preceptos de nuestra CE, que exigen la concurrencia de interés o utilidad pública además de la correspondiente indemnización.

RECONOCIMIENTO DE DECISIONES JUDICIALES: ASPECTOS GENERALES.–

1.– Función y objeto del reconocimiento: el art. 117 CE atribuye la potestad jurisdiccional exclusiva en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado a los Juzgados y Tribunales determinados por nuestras leyes.

El ejercicio del poder jurisdiccional es consecuencia inmediata de la soberanía del Estado.

En España, sólo los tribunales españoles tienen la facultad de dictar sentencias y resoluciones judiciales y de ejecutarlas. Se trata de una potestad que, en principio, no viene atribuida a órganos jurisdiccionales extranjeros.

La consecuencia de ello es la ineficacia de las resoluciones judiciales extranjeras y la imposibilidad inicial de aceptar su ejecución en España. Esta consecuencia sería susceptible de provocar un importante obstáculo para la continuidad en el espacio de las relaciones jurídicas. Así, de no aceptar un cauce que permitiese reconocer las resoluciones judiciales extranjeras, supondría negar viabilidad al tráfico externo en general, y en particular, al comercio internacional.

A su vez dicha actuación equivaldría a una negación de la función propia de nuestra disciplina que no es otra que la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio. En este sentido, el reconocimiento de decisiones se encardina directamente en el objeto y función del DIPr, y, en consecuencia, constituye una parte fundamental de su contenido.

Asimismo, procede reseñar que el reconocimiento requiere tal vez en mayor medida que los demás sectores del DIPr el uso de mecanismos de cooperación internacional que faciliten la eficacia de las resoluciones judiciales estatales en soberanías diferentes.

El reconocimiento obedece a un fin práctico que justifica la aplicación del derecho extranjero y resume con acierto una sentencia del TS de 5 de abril de 1996, en la que se afirma que si se llevara a las últimas consecuencias el principio de soberanía territorial del Estado, nunca surgiría la posibilidad de ejecutar las sentencias no dictadas por sus tribunales. Este hecho se opone a las exigencias de la realidad, viniendo a suprimir el comercio jurídico internacional así como las relaciones jurídicas entre súbditos de distintos países.

Esta finalidad práctica es, en definitiva, la que explica el fundamento general de DIPr, y, en particular, el del sector del reconocimiento de decisiones extranjeras.

2.– Efectos del reconocimiento: hay que señalar que el reconocimiento puede pretender la fuerza ejecutiva en el foro de una sentencia extranjera.

Para conseguir este efecto, se plantean dos posibilidades:

- Acudir directamente al procedimiento de ejecución resultando competente para decidir el reconocimiento el mismo órgano que decide la ejecución. Esta posibilidad tiene aplicación en nuestro derecho, merced a algunos textos internacionales, siendo el más significativo el Convenio de Bruselas de 1968.
- Acudir al procedimiento autónomo del exequátur, en el que se decide previamente el reconocimiento, dando origen a un título de ejecución que puede utilizarse *a posteriori* en un procedimiento normal de ejecución. Esta posibilidad la recoge nuestro derecho autónomo en los arts. 951 y ss. LEC, conforme a los que resulta competente para conceder el exequátur el TS, y para la ejecución, el Juzgado de Primera

Instancia correspondiente.

También hay que decir que el reconocimiento procura en el foro la obligatoriedad o el efecto de cosa juzgada de la sentencia extranjera en cuya virtud su contenido vincula a las autoridades y órganos jurisdiccionales del foro. Opera el principio *non bis in idem*, que impide no sólo la iniciación en el foro de un nuevo proceso con las mismas partes, objeto y causa, sino también que se vuelva a suscitar como cuestión incidental en todo tipo de procesos.

Íntimamente ligado al efecto de cosa juzgada se presenta el reconocimiento del efecto constitutivo de determinadas decisiones. Estas sentencias se caracterizan por la producción de un cambio en una situación jurídico – material. Se ha debatido acerca de si estas sentencias llevan aparejadas el efecto de cosa juzgada. Sobre esta cuestión, al menos en nuestro Derecho, la mayoría de la doctrina procesalista se muestra partidaria de incluir dicho efecto como característica de toda sentencia consitutiva.

El reconocimiento es preciso igualmente para lograr el efecto registral de las decisiones extranjeras. Dicho efecto consiste en el acceso al Registro de la decisión extranjera como título para practicar la correspondiente inscripción registral. Nuestra normativa registral somete dicho efecto al mismo régimen de reconocimiento que los efectos anteriores.

3.– Efectos al margen del reconocimiento: la resolución extranjera puede producir, como cualquier otro documento público, efectos probatorios al margen del reconocimiento si cumple las condiciones que establecen los arts. 600 y 601 LEC.

En la legislación registral, se contempla este valor probatorio de las sentencias extranjeras, permitiendo su anotación a título informativo aun en el caso de que no hayan sido reconocidas.

Por tanto, se trata de utilizar el documento como prueba de los hechos que constan en el mismo y no como decisión judicial. En ningún caso ese efecto probatorio cubre el fallo de la STC, sino sólo los elementos de hecho probados. El reconocimiento del efecto probatorio se puede producir aun en el caso de que esa sentencia no se haya reconocido por incumplirse algunas de las condiciones que exige nuestro ordenamiento jurídico.

El fallo no puede ser utilizado para reconocer sus efectos de cosa juzgada ejecutivo o constitutivo. Sin embargo, amparándose en los efectos probatorios de esa sentencia extranjera, nuestra Jurisprudencia ha reconocido incidentalmente el efecto constitutivo del fallo de la decisión, lo cual suele efectuarse según el art. 84 Reglamento del Registro Civil, por el que no es necesario que tengan fuerza directa en España, excepto cuando lo impida el orden público las sentencias extranjeras que determinen o complementen la capacidad para el acto inscribible. Este precepto se refiere a las sentencias que determinan un cambio en el Estado civil con efectos en la capacidad del individuo para realizar determinados actos. Por tanto no afecta al efecto probatorio, sino al constitutivo. En este sentido, no se está afirmando la fuerza probatoria de la resolución, sino la posibilidad de que en nuestro ordenamiento el efecto constitutivo de una sentencia sobre el estado civil pueda obtener en algunos casos a través de un reconocimiento incidental determinada eficacia.

TEMA 13: RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS, ACTOS Y DECISIONES (II): DECISIONES DICTADAS EN PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS.

INTRODUCCIÓN.–

1.– Noción de sentencia: la parte fundamental del sector del reconocimiento se refiere a decisiones judiciales extranjeras dictadas en procedimientos contenciosos y en materia de Derecho Privado. Se limita al reconocimiento de sentencias firmes. Se considera que esta simplificación es excesiva, y ello obliga a matizar los términos: el Título VIII del Libro II LEC en que se regula el procedimiento del exequatur tiene como

enunciado De las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, noción que además reproduce el art. 951 LEC.

Los arts. 369 LEC y 245 LOPJ, en alguna ocasión, han sido interpretados por el TS de forma restrictiva en cuanto a la noción de sentencia, para denegar el reconocimiento de determinadas decisiones extranjeras dictadas en procedimientos contenciosos. Pero esta interpretación no ha sido apoyada por la mayoría de nuestra Jurisprudencia que, en relación con el procedimiento del exequatur, ha utilizado un criterio funcional para englobar cualquier resolución judicial adoptada en un procedimiento contencioso, siempre que se trate de una resolución firme. Este criterio de amplitud también se utiliza en los convenios sobre reconocimiento y ejecución, que emplean vocablos más abiertos. Ej. Convenio de Bruselas de 1968: se entiende por resolución a los efectos del presente convenio cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado contratante, con independencia de la denominación que recibiere, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el Secretario Judicial liquidare las costas del proceso.

En todo caso se trata de resoluciones dictadas en procedimientos contenciosos, excluyéndose así los actos de jurisdicción voluntaria, laudos arbitrales, y cualquier otra decisión que no tenga cabida en aquel concepto.

2.- Carácter firme: tanto en el régimen común como en el convencional, se suele exigir el requisito de firmeza para el reconocimiento de sentencias dictadas en procedimientos contenciosos. La firmeza se refiere a la noción de cosa juzgada en sentido formal, es decir a la impugnabilidad de la misma dentro de un mismo proceso.

El Derecho Procesal extranjero tiene que determinar las condiciones por las que una decisión no es susceptible de ulterior impugnación o recurso. No se debe utilizar por analogía los supuestos que en el ordenamiento español producen el efecto de cosa juzgada. La prueba de la firmeza se consigue mediante la aportación de la ejecutoria o documento público en que se consigna la sentencia por parte de quien requiere el reconocimiento, o bien mediante certificación o diligencia del tribunal que dictó la resolución de que se trate.

Excepciones al requisito de firmeza son: la más importante está en el Convenio de Bruselas de 1968: el sistema de reconocimiento y ejecución del convenio incluye las sentencias provisionales, estableciéndose unas cautelas. Ej. Art. 30 Convenio de Bruselas de 1968: el tribunal de un Estado contratante ante el que se hubiese solicitado el reconocimiento de una resolución dictada e otro Estado contratante habrá suspender tal reconocimiento si dicha resolución fuere objeto de un recurso ordinario. El art. 31 Convenio de Bruselas de 1968 dice que cuando lo que se pretende es la ejecución de la sentencia, tampoco se exige la firmeza siempre que sean decisiones ejecutorias en el Estado de origen, es decir una resolución provisional puede tener mayor viabilidad pero con unas cautelas.

3.- Cuestiones de Derecho Privado: el análisis de las cuestiones de reconocimiento se limita a las materias de Derecho Privado, limitación funcional del contenido del DIPr, que lo circunscribe a las relaciones jurídico-privadas, es decir civiles, mercantiles o laborales. Sin embargo, no implica que se excluya de la posibilidad de la eficacia extraterritorial de las sentencias sobre cuestiones fiscales, administrativas o penales, sino que dicha materia no se aborda en este análisis, salvo el caso del reconocimiento de los pronunciamientos civiles de una sentencia penal, lo cual tiene directa relación con el procedimiento del reconocimiento parcial.

También hay que destacar que, en el procedimiento de exequátur, el art. 954 LEC se refiere a la necesidad de que la sentencia extranjera responda al ejercicio de una acción personal. Esta posición restrictiva desde el punto de vista literal, que por ejemplo excluiría las acciones reales, ha sido interpretada de forma amplia por nuestra Jurisprudencia, de forma que la condición es que la sentencia se tiene que referir a cuestiones de Derecho Privado.

Los Convenios Internacionales excluyen a veces de su ámbito de aplicación material algunos sectores del Derecho Privado; incluso a veces, reduciendo dicho ámbito a una mínima expresión, pero esta posición tiene

carácter excepcional.

REGÍMENES DE RECONOCIMIENTO.-

1.- Delimitación entre regímenes: el régimen de reconocimiento no se refiere estrictamente al tipo, mecanismo o condiciones del reconocimiento, sino a un concepto más amplio basado en la determinación de las normas que regulan todo el proceso de reconocimiento.

De acuerdo con los arts. 951 y ss. LEC, se distinguen tres tipos de regímenes de reconocimiento:

- Régimen convencional (art. 951 LEC).
- Régimen de reciprocidad (art. 952 y 953 LEC).
- Régimen de condiciones o de control interno (arts. 954 LEC).

Estos tres regímenes no tienen una concordancia idéntica con los arts. 955 y 958 LEC que se ocupan del proceso de exequátur, ya que dichas normas sólo se aplican al régimen de reciprocidad y al de condiciones, pero no al convencional. Por tanto, la razón de la discordancia está en el carácter superfluo del art. 951 LEC (régimen convencional) cuando establece que las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los tratados respectivos.

La autonomía del régimen convencional y su primacía jerárquica deriva directamente de la ordenación de fuentes en nuestro sistema, concretamente del art. 96 CE.

De este modo, parece que, aunque el art. 951 LEC no existiese, seguiría en vigor un régimen convencional de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

Tanto el procedimiento de reconocimiento como el tribunal competente, condiciones requeridas, determinación del tipo de resolución, que es o no susceptible de reconocimiento, son cuestiones que deben resolverse conforme a lo previsto por el acuerdo internacional correspondiente, por lo que sólo cabría aplicar el procedimiento de exequátur (arts. 955 – 958 LEC) si el acuerdo internacional no estableciese procedimiento al respecto, o, en su caso, se remitiese al procedimiento previsto en el ordenamiento interno.

De conformidad con la jerarquía del régimen convencional, en defecto de convenio, se aplicaría el Derecho Común, que comprende el régimen de reciprocidad y el de condiciones. Por eso es mejor optar por una distinción basada en los dos regímenes mayores:

- Convencional.
 - Común:
- De reciprocidad.
 - De condiciones.

Los verdaderos problemas de delimitación se plantean sin embargo dentro del régimen convencional. Ej. Cuando una misma decisión está a la vez bajo el ámbito de aplicación de algún convenio multilateral general (Convenio de Bruselas de 1968 por ejemplo), de un convenio multilateral especial, incluso de algún convenio bilateral. Cuando esto ocurre, hay unos criterios generales operativos como la aplicación del convenio posterior del convenio más reciente; o la acción de las cláusulas de esta naturaleza; o la aplicación de la norma más favorable, lo cual es muy operativo en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones, ya que el fundamento de los instrumentos convencionales es favorecer el reconocimiento.

2.- Régimen convencional bilateral: existen pocos acuerdos internacionales suscritos por España. Muchos

de los Estados con los que se han concertado los convenios bilaterales no coinciden con los Estado con los que más se mantienen relaciones diplomáticas. Tampoco existe una política convencional con los países iberoamericanos, salvo el caso de recientes convenios celebrados con México y Brasil.

Hay una práctica reducida con determinados países algo lejanos por razones históricas o políticas, en tanto que con otros países vecinos como Portugal no existe régimen convencional bilateral.

Además, el contenido de los distintos convenios es muy diverso tanto en lo referente al ámbito de decisiones que cubre el reconocimiento, como por las materias que abarca y los mecanismos específicos de reconocimiento y ejecución.

3.- Régimen convencional multilateral: esta vía se encuentra en determinadas cláusulas que, referidas a reconocimiento de decisiones, incluyen textos multilaterales sobre otras materias como por ejemplo la responsabilidad civil por daños.

Destacan también los convenios multilaterales que exclusivamente se ocupan del reconocimiento sobre materias determinadas. Ej. Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores; Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a obligaciones alimenticias en general; Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores.

4.- Régimen del Convenio Bruselas de 1968: desde su entrada en vigor, esta norma convencional ha modificado el tema del reconocimiento y ejecución de decisiones. A este sector se dedica el Título III del Convenio de Bruselas de 1968, en sus arts. 25 – 49. El ámbito de aplicación material de este sector coincide plenamente con el correspondiente a las normas del Convenio sobre competencia judicial internacional.

De esta forma, junto a la exclusión de decisiones sobre cuestiones fiscales, administrativas, aduaneras, procedimientos concursales, seguridad social y arbitraje pueden asimismo, fuera de ese ámbito de aplicación las sentencias dictadas sobre estado y capacidad de las personas físicas, regímenes matrimoniales y sucesiones.

Desde el punto de vista espacial, el Título III del Convenio presenta un ámbito de aplicación distinto al correspondiente a competencia judicial. En el presente caso (sector de reconocimiento) es suficiente para la aplicación de la normativa, que se trate de una decisión dictada por un Estado contratante sin que se requiera cualquier otro requisito adicional que, sin embargo, se exige para la aplicación de las normas sobre competencia judicial, como es por ejemplo la exigencia del domicilio del demandado en un Estado contratante.

En las materias reguladas, esta norma convencional abarca no sólo el reconocimiento de decisiones judiciales, firmes o no firmes, sino también el reconocimiento de transacciones judiciales y de documentos con fuerza ejecutiva.

Cabe también destacar que la aplicación del Convenio, a los efectos del reconocimiento, se rige por el principio de reconocimiento automático, entendiendo por tal aquel que no requiere procedimiento alguno a tal efecto.

Sobre la base de este principio que prevé el art. 26, algunos autores defendieron que las decisiones dictadas en un Estado contratante gozan del efecto de cosa juzgada en todo el territorio comunitario desde el día en que se dictan con producción de efectos de pleno derecho.

Esta afirmación fue posteriormente replicada por otros autores al considerar que era fuente de equívocos. Esta

segunda posición doctrinal ha mantenido que el principio de reconocimiento automático no significa la eficacia automática de una decisión sin que previamente se examinen las condiciones cumplidas por esta decisión según las exige el Convenio.

En caso contrario, dejaría de tener relevancia la distinción que recoge el Convenio entre reconocimiento definitivo e incidental. Si se rechaza el reconocimiento de una sentencia dictada por un Estado parte, a tenor de las condiciones fijadas por el Convenio, dicha decisión no producirá efecto alguno.

5.- Régimen común: con carácter subsidiario al régimen convencional,, nuestro derecho interno articula dos regímenes ordenados jerárquicamente:

1.- Régimen de reciprocidad: se reglamenta en los arts. 952 y 953 LEC. El art. 952 LEC dice que si no hubiere tratados especiales con la nación en que se hayan dictado las resoluciones, tendrán la misma fuerza que en ella se diere a las ejecutorias dictadas en España. El art. 953 LEC establece que, si la ejecutoria procediere de una nación en que no se dé cumplimiento a las dictadas por tribunales españoles, no tendrán fuerza en España.

Frente a este segundo precepto que concierne a la denominada **reciprocidad negativa**, debemos ocuparnos de la reciprocidad positiva (art. 952 LEC). Este artículo alude a la reciprocidad relativa a la fuerza que las sentencias dictadas en un país tienen en otra nación o en otro Estado. Ello no significa que, si las sentencias españolas son reconocidas en un país extranjero, las de este país vayan a ser reconocidas automáticamente en España.

Por el contrario, las sentencias de ese país se someterán en España a las mismas condiciones que las exigidas para las sentencias dictadas para nuestros tribunales. La reciprocidad se refiere sólo a las condiciones de reconocimiento.

El procedimiento en España seguirá siendo el de exequátur (arts. 955-958 LEC), aunque en el país extranjero el tipo de reconocimiento sea menos gravoso, o incluso se conceda de forma automática sin necesidad de procedimiento alguno. De la misma forma, las decisiones objeto de reconocimiento son las previstas en la LEC, es decir, sentencias firmes dictadas en procedimientos contenciosos, con independencia de que en el país extranjero se reconozcan decisiones españolas que carezcan de tales características.

El régimen de reciprocidad consiste en el hecho de que en el procedimiento de exequátur ante el TS, las sentencias firmes dictadas en país extranjero se someterán a los mismos límites y condiciones previstos en el ordenamiento extranjero para las sentencias dictadas por los tribunales españoles.

El régimen de reciprocidad puede resultar al final más severo que el régimen supletorio de condiciones en el caso de que las condiciones exigidas por el sistema extranjero sean más severas que las previstas en el régimen de condiciones español. De este régimen destacan las siguientes características:

- Bilateralidad en el sentido de que la reciprocidad debe concretarse respecto de un Estado determinado, estableciendo cuál es su actitud sobre las sentencias españolas.
- La reciprocidad es actual, y se debe apreciar en cuanto a la situación existente en el momento en que se solicita el reconocimiento.
- La reciprocidad debe ser probada por quien la alega, lo que puede hacerse conforme a los medios de prueba admitidos por la legislación española.

Si no consta la reciprocidad o no existe, el art. 954 LEC establece un régimen de reconocimiento subsidiario como es el de condiciones o de control interno. El art. 954 establece que si no se estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres arts que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes:

- La ejecutoria debe haber sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.
- Que no haya sido dictada en rebeldía.
- La obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.
- La carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica y que a su vez cumpla los requisitos que las leyes españolas requieren para que hagan fe en España.

A pesar de la relación jerárquica de este régimen de reconocimiento con el de reciprocidad, es necesario precisar que las sentencias extranjeras que sean reconocidas conforme al régimen de reciprocidad, deben cumplir condiciones similares a las previstas en el art. 954 LEC, incluso, esta apreciación se extiende no sólo a las condiciones de tal precepto, sino a otras exigencias implícitas en el reconocimiento de decisiones extranjeras.

Así, ninguna sentencia extranjera podrá ser reconocida en España si está en contradicción con una decisión dictada por los tribunales españoles.

Además, resultan exigibles al margen de la reciprocidad las diferentes exigencias del art. 954 LEC. A este respecto, parece evidente que la autenticidad de la ejecutoria es requisito imprescindible del reconocimiento sea cual fuere el régimen, ya que concierne al valor probatorio de la sentencia como documento público.

La condición del art. 954.1 LEC en el sentido de condicionar el exequátur a que la decisión se refiere a una materia de Derecho Privado es una exigencia del propio procedimiento de exequátur y de la regulación contenida en la LEC referente al reconocimiento de sentencias extranjeras. Igualmente, no debe aceptarse el reconocimiento de una sentencia dictada sin las suficientes garantías procesales y de defensa de las partes, cuestión a la que no sólo se refiere el art. 954.2 LEC, sino que además la impone el art. 24 CE. Tampoco sería posible admitir la eficacia de una resolución extranjera que, de una u otra forma, atentase contra el orden público español, cuestión abordada en el art. 954.3 LEC.

En definitiva, todas las condiciones del precepto citado actuarán como precondiciones del régimen de reciprocidad.

A partir de esta realidad, se extrae una conclusión de fondo: en ningún caso el régimen de reciprocidad puede resultar más favorable al reconocimiento que el de condiciones o de control interno; por el contrario, puede resultar más gravoso.

TIPOS DE RECONOCIMIENTO.-

1.- Reconocimiento automático o incidental: la alternativa más sencilla para el reconocimiento de decisiones extranjeras consiste en el reconocimiento automático en el que no se sigue procedimiento especial alguno. Se trata de un tipo de reconocimiento que opera como régimen común habitual en algunos Estados como Alemania o Francia, y que constituye la opción establecida al efecto por el Convenio de Bruselas de 1968.

El art. 26 del Convenio establece que las resoluciones dictadas en un Estado contratante serán reconocidas en los demás Estados contratantes sin que sea necesario recurrir a ningún procedimiento.

Al margen de este Convenio, en el sistema español, el reconocimiento automático sólo opera respecto de las decisiones que provengan de Estados como Alemania, Austria, México, etc., debido al régimen convencional establecido en los convenios bilaterales suscritos con estos países.

El sistema de reconocimiento automático no implica un reconocimiento incondicional; tan sólo supone que las condiciones establecidas para el reconocimiento con la consiguiente atribución de efectos de la resolución

extranjera, las realiza la autoridad judicial o administrativa ante la cual se solicita dicha eficacia.

Este reconocimiento destaca también por su provisionalidad, porque carece de fuerza vinculante, por lo que existe la posibilidad de posturas contradictorias entre distintas autoridades judiciales y administrativas respecto de una misma decisión.

En caso del reconocimiento incidental, se trata no sólo de un reconocimiento no vinculante, sino que, incluso dentro de un proceso, puede ser revisado en instancias superiores. Para solventar esta provisionalidad, es posible que en caso de oposición al reconocimiento o para evitar disparidad de criterios, el interesado pueda entablar un procedimiento autónomo o especial en que se declare en reconocimiento con efecto vinculante, es decir, produciendo el efecto de cosa juzgada. Es una posibilidad que llevaría a un procedimiento similar en nuestro sistema al de exequátur.

Al margen de los convenios, ni el reconocimiento convencional ni el automático son posibles en España como tipos de reconocimiento, a excepción del reconocimiento incidental relativo a decisiones sobre el estado civil del art. 84 RRC.

2.- Reconocimiento autónomo: el procedimiento de exequátur: el procedimiento de exequátur es el que se aplica en nuestro sistema tanto para el régimen de reciprocidad como para el régimen de condiciones: arts. 955 y ss LEC.

El objeto exclusivo de este procedimiento consiste en convertir el fallo de la sentencia extranjera en un título para la producción de efectos. Se trata de un procedimiento de homologación. De este procedimiento hay que destacar su autonomía, que lo diferencia del reconocimiento automático e incidental. Este procedimiento no es un procedimiento de ejecución como tal, sino de reconocimiento o de homologación. No siempre es el efecto ejecutivo de una resolución lo que se pretende a través del procedimiento de exequátur; pero, aún así, aunque se pretenda el efecto ejecutivo, el procedimiento de exequátur constituye un presupuesto de la ejecución que no lleva a cabo, es decir, transforma la decisión extranjera en un título de ejecución. Por eso la doctrina lo considera como una declaración de ejecutividad.

La **competencia** para resolver sobre el reconocimiento por este procedimiento de exequátur corresponde al TS (art. 955 LEC) tanto si se trata de aplicar el régimen de reciprocidad como el de condiciones. La competencia del TS se refuerza a raíz de lo dispuesto en el art. 56 LOPJ por el que la Sala de lo Civil del TS conocerá de las peticiones de ejecución de sentencias extranjeras, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados, corresponda su reconocimiento a otro Juzgado o tribunal.

En cuanto a la **legitimación**, no se regula en la LEC, si bien se estima que están legitimados para solicitar el reconocimiento las partes del proceso extranjero y sus derechohabientes.

El art. 956 LEC dispone que, para la citación de la parte a quien deba oírse, se libraré certificación a la Audiencia en cuyo territorio esté domiciliada. El término para comparecer es de 30 días, transcurrido el cual el tribunal seguirá conociendo de los autos.

Este procedimiento concluye por un auto firme (no cabe recurso ulterior), aunque queda abierta la vía de un eventual recurso de amparo ante el TC en los casos en que la concesión del reconocimiento vulnerase algunas de las condiciones referentes al reconocimiento que conciernen a la garantía de la defensa de los Derechos Fundamentales.

3.- Reconocimiento global y reconocimiento parcial: frente al reconocimiento global de todos los pronunciamientos de la decisión extranjera, cabe la posibilidad de un reconocimiento parcial que afecte solamente a determinados pronunciamientos del fallo.

Es una alternativa que se suscita no sólo respecto de las sentencias penales que contienen pronunciamientos civiles, sino también en aquellas sentencias civiles, mercantiles o laborales que incluyan distintos pronunciamientos, ya sea porque respondan a peticiones acumuladas pero distintas, o porque los efectos concedidos en la resolución sean separables. Incluso el reconocimiento parcial puede servir para lograr un efecto atenuado de la excepción de orden público susceptible de afectar únicamente a una parte o a un determinado pronunciamiento y no a los restantes. Esta posibilidad aparece justificada en función de una interpretación restrictiva del orden público y de un principio de favor al reconocimiento de los efectos de las decisiones extranjeras en tanto sea posible.

CARÁCTER DEL RECONOCIMIENTO: EL PROCESO DE REVISIÓN DE FONDO.-

1.- La ausencia de revisión de fondo como principio base: tanto la doctrina como la jurisprudencia, en consonancia con las fuentes normativas, consideran la revisión de fondo como un principio contrario a la función propia del reconocimiento al estar éste inspirado en el postulado de la cooperación internacional y en la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio.

Si se parte como presupuesto exigible en materia de reconocimiento el que la autoridad que dicta la resolución sea competente a tal efecto, no se puede permitir una revisión posterior del fondo de la resolución del fondo que dictó aquella autoridad. Eludir la revisión de fondo implica convertir el reconocimiento en un procedimiento de control formal y homologación que impide volver a analizar los hechos y considerandos de la decisión extranjera.

La mayor parte de los textos que integran nuestro régimen convencional de reconocimiento, excluyen esta posibilidad.

Nuestro régimen común de reconocimiento es contrario a la revisión de fondo de las resoluciones extranjeras. Pero esta posición admite una excepción en virtud del régimen de reciprocidad cuando entre las condiciones exigidas en el país extranjero a las sentencias españolas se articule un procedimiento de esta naturaleza.

2.- Control de las garantías procesales y de orden público: los convenios recogen en su articulado como condición del reconocimiento el respeto de las garantías procesales y de defensa de las partes, y la regularidad del procedimiento seguido en el extranjero.

En el Convenio de Bruselas de 1968 y en convenios bilaterales suscritos por España con Estados como Italia o Francia, se expresa la necesidad de que haya existido una notificación regular y con tiempo suficiente al demandado. También hacen referencia a la garantía de los derechos de representación y defensa en juicio y a un procedimiento justo y sin indefensión.

Estas exigencias en el procedimiento se recogen también en el régimen independiente de condiciones que dice el art. 954.2 LEC, cuando exige que la resolución extranjera no se haya dictado en rebeldía. La finalidad de esta norma es garantizar que el demandado se haya podido defender en el procedimiento abierto en el extranjero. Esta exigencia se circunscribe básicamente a la regularidad y suficiencia de la notificación de la demanda. Por esta razón, quedaría fuera de esta exigencia todo supuesto de rebeldía culpable consistente en la ausencia del demandado en el procedimiento de origen debido no a un defecto o irregularidad en el emplazamiento, sino al desinterés de aquél.

La Jurisprudencia ha suscitado la posibilidad de que en algunos casos pueda ser sanada la rebeldía por medio de actuaciones posteriores del demandado que revelen su voluntad de aceptar la decisión de cuya ejecución se trata. Dado el origen judicial de la resolución extranjera, su carácter contencioso y los efectos ejecutivo y de cosa juzgada que lleva aparejada la sentencia firme, se requiere un control que garantice el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías de defensa, sobre todo conforme a lo establecido en el art. 24 CE. Por eso parece evidente la obligación del TS de denegar el exequátur en los casos en que

compruebe que, al dictarse la resolución cuyo reconocimiento se solicita, no se respetaron las garantías constitucionales. La sentencia del TS 265/1988 establece que la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) concierne al derecho a obtener una resolución normal sobre la resolución del fondo fundada jurídicamente, cualquiera que sea el resultado de la misma, favorable o contraria a las pretensiones del auto.

En cuanto al **orden público**, otra sentencia del TC 54/1985 configuró inicialmente la noción de orden público constitucional como límite al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. El art. 954.3 LEC establece como condición del exequátur que la obligación para cuyo cumplimiento se ha procedido sea lícita en España.

La solución del orden público está contemplada en todos los textos relativos al régimen convencional, en los que, frente a la formulación del art. 954.3 LEC, establecen una consideración más amplia sobre la noción del orden público. El límite del orden público concierne a la protección de valores fundamentales de carácter social o económico del foro en un momento determinado.

La actualidad de esta medida, como sucede en su operatividad frente a la ley extranjera, obliga a utilizarlo conforme a los valores presentes no en el momento en que se dictó la resolución, sino en el momento del reconocimiento.

En conclusión, el TS debe rechazar las decisiones extranjeras en cuya fundamentación o procedimiento haya existido vulneración de Derechos Fundamentales garantizados en nuestra CE. Es un control sobre el fondo, que no implica revisión, el cual se plantea exclusivamente sobre la base del art. 24 CE acerca de las garantías referidas a la regularidad del emplazamiento y del desarrollo del proceso, y a la necesidad de fundamentación jurídica y prueba de los hechos en los que se sustenta la decisión.

3.- Control de la ley aplicada: esta condición consiste en supeditar el reconocimiento al hecho de que el tribunal extranjero que dictó la resolución aplicare en determinados casos la misma ley que hubiesen aplicado las autoridades españolas, sobre todo la aplicación incondicional de la ley nacional del interesado a su estatuto personal cuando ésta coincide con la *lex fori* del juez del exequátur. La utilización de dicho control ha tenido una cierta acogida legal y jurisprudencial, y su puesta en práctica ha seguido dos vías: la convencional y la jurisprudencial para el régimen común.

El control de la competencia legislativa es una de las condiciones que se recogen en algunos de los convenios bilaterales suscritos por España sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones con alcance muy distinto. Ej. El control de la competencia legislativa sólo se prevé en materias como la capacidad o el estado civil. En otros convenios (Ej. Convenio con Austria o Alemania), se refiere a relaciones familiares, régimen económico matrimonial, representación legal, sucesiones, capacidad de las personas, declaración de ausencia o fallecimiento, etc.

Sin perjuicio de esta realidad, el control de la ley aplicable no se corresponde con el espíritu de cooperación característico del régimen convencional de reconocimiento. Por eso fue muy criticada la Jurisprudencia, que, tras la restauración del divorcio en España, procedió al control de la ley aplicable al mismo a través de la exigencia a las disposiciones dictadas en el extranjero de respetar las conexiones del art. 107 C.c. (separación y divorcio). Esta Jurisprudencia se inició a raíz del auto del TS de 14 de julio de 1982, que ampara el control de la competencia legislativa en el carácter de orden público de la regulación española en materia de divorcio. Este auto fue seguido por otros similares que rivalizaban con una doctrina contraria en otras decisiones del TS, partidaria de no controlar la ley aplicada por el tribunal de origen.

Progresivamente, la Jurisprudencia favorable a dicho control fue decreciendo debido a que el control refleja una aplicación impropia a un sector autónomo como es el del reconocimiento, de las soluciones previstas para otro sector distinto como el de la determinación de la ley aplicable.

OTRAS CONDICIONES DEL RECONOCIMIENTO.-

1.- Autenticidad de la decisión: la demostración de la autenticidad de la ejecutoria extranjera que se presenta para el reconocimiento, así como el cumplimiento de los requisitos de prueba que debe cumplimentar aquella para hacer fe en España, constituyen una condición previa que opera independientemente del régimen de reconocimiento. En el régimen común, la exigencia de autenticidad de la ejecutoria extranjera se especifica en el art. 954.4 LEC, que establece la condición de que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada auténtica, y los requisitos que las leyes españolas requieran para que haga fe en España.

El TS entiende la prueba de la autenticidad como un requisito previo que debe aportar aquel que solicita el reconocimiento actuando a la vez que las condiciones previstas por nuestro ordenamiento, para que dicha ejecutoria auténtica pueda desplegar en España sus efectos probatorios. El TS, en un auto de 20 de diciembre de 1960, estableció que el examen de los requisitos formales previstos en la legislación española (arts. 600 – 601 LEC) sólo procede a instancia de parte. Sin embargo, respecto de la autenticidad conforme al derecho extranjero, no parece lógico declinar cierto control de oficio de estos requisitos, que actúan como condición imperativa y previa al reconocimiento, y de los que depende la constancia de la firmeza y ejecutividad de la decisión.

2.- Control de la competencia judicial internacional: una exigencia común a todos los regímenes de reconocimiento es el control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen de la decisión. Este control se limita a la competencia general del tribunal extranjero que dictó la decisión sin que alcance al control de la competencia interna del tribunal que en concreto haya dictado esa decisión.

El control de la competencia judicial internacional justifica la omisión del control de la ley aplicable por parte de ese tribunal, es decir, si se ha reconocido su competencia no tiene sentido pretender que ese tribunal aplique la misma ley prevista en el foro para casos similares, sobre todo cuando pueden existir supuestos en que estaría difícilmente justificada la competencia de los tribunales del foro. La incompetencia del tribunal de origen tiene importancia en la valoración de una posible rebeldía voluntaria del demandado, en cuyo caso sería justificada.

En el Convenio de Bruselas de 1968, esta cuestión tiene un tratamiento específico: el art. 28 restringe este control de la competencia judicial internacional al respeto de las competencias exclusivas del art. 16 y de las normas de competencia judicial internacional sobre seguros y consumidores. Fuera de este control, el principio de confianza comunitaria impide un control de la competencia judicial internacional que se considera suficientemente amparado en las reglas del Título II. Así se confía en que la resolución de un Estado parte se ajuste a las normas de competencia judicial del convenio, evitando que en el procedimiento de exequátur se vuelva a plantear dicha cuestión en cuanto a un posible incumplimiento de esas reglas.

No obstante, mientras las normas de competencia judicial internacional del Convenio sólo se aplican cuando el demandado tiene domicilio en un Estado parte, el régimen de reconocimiento abarca además las decisiones de un Estado miembro cuando el demandado no tenga domicilio en un Estado parte. Esta cuestión tiene mucha importancia desde que los foros exorbitantes del art. 3 del Convenio de Bruselas se descartan como fundamento de la competencia judicial internacional cuando el demandado tiene domicilio en un Estado parte, no sucede igual en caso contrario, lo cual significa que un tribunal de un Estado parte está legitimado para fundamentar su competencia en uno de dichos foros siempre que el demandado no tenga domicilio en un Estado parte. Sin embargo, dicha decisión debe ser reconocida en los demás Estados parte sin que pueda mediar un rechazo de tal criterio de competencia judicial internacional. Todo ello, sin perjuicio de determinadas excepciones como el art. 59.

Hay que referirse también al control de la competencia judicial internacional en el DIPr español. Con carácter general, el control debe operar para garantizar el respeto de las competencias atribuidas con carácter exclusivo

a los tribunales del foro, en cuyo concepto cabe incluir el caso de la sumisión de las partes a dichos tribunales para garantizar el principio de autonomía de la voluntad del art. 22.2 LOPJ. Sin perjuicio de esta última limitación, no es posible el reconocimiento en España de una resolución extranjera sobre cualquiera de las materias que contempla el art. 22.1 LOPJ.

El alcance de este control se debe extender a las decisiones que, sin llegar a afectar las competencias exclusivas de nuestros tribunales, obedecen a un foro de competencia desproporcionado por comportar un perjuicio a la defensa y al derecho de cualquiera de las partes.

3.- Ausencia de contradicción con una decisión judicial o un proceso pendiente en el Estado requerido:

El reconocimiento de una resolución extranjera no es posible si con anterioridad a la solicitud del exequátur existía ya en España una decisión firme sobre la misma causa, con las mismas partes y con el mismo objeto, o que sea incompatible con la decisión extranjera. La razón de esta condición es mantener la congruencia del sistema interno frente a la pluralidad de soluciones que puede conllevar la sanción de un mismo hecho obtenida ante distintas jurisdicciones. Por eso, para que exista contradicción no se requiere una absoluta igualdad de objeto, partes y causa entre ambos procesos, sino una incompatibilidad material.

El TS, en su auto de 11 de julio de 1988, opuso frente a una sentencia de divorcio extranjera un procedimiento de separación pendiente en España entre las mismas partes.

También se plantea esta excepción al reconocimiento cuando no existe decisión judicial firme en el Estado requerido, pero sí un proceso pendiente entre las distintas partes con el mismo objeto y causa que el proceso que fue resuelto por la sentencia extranjera. En este caso, el criterio de la prioridad temporal puede tener cierta importancia. Nuestra Jurisprudencia, sobre la base del régimen común, da preferencia a la decisión futura de los tribunales españoles antes que la resolución extranjera ya dictada, aun en el caso de que el proceso se hubiese iniciado antes que en el país extranjero.

Sin embargo, para este mismo caso, los convenios consideran que sólo cabe denegar el reconocimiento si el proceso pendiente en el Estado requerido se inició antes del proceso abierto en el extranjero, que concluyó con la resolución cuyo reconocimiento se pretende.

TEMA 15: PROBLEMAS DE LA EXTRANJERÍA PROCESAL.

ASPECTOS GENERALES.-

Las normas de extranjería condicionan los distintos sectores del DIPr, por tanto, el derecho judicial internacional también se ve afectado.

Ante la resolución de un supuesto de tráfico externo, una vez que queda determinada la competencia judicial internacional (en nuestro caso, de los tribunales españoles), el desarrollo del proceso puede verse condicionado por la extranjería de una de las partes. Puede existir un trato distinto del extranjero respecto de los nacionales del foro en cuanto al disfrute de determinados derechos o respecto de la imposición de ciertos gravámenes que condicionan el desarrollo del proceso. Los problemas de extranjería procesal se refieren a las normas de extranjería que afectan a la presencia en el proceso de una parte extranjera, bien el demandante, bien el demandado.

Entre los problemas de extranjería procesal, destacan tres cuestiones:

- **La extensión a los extranjeros del derecho a la justicia gratuita.**
- **El gravamen de la caución de arraigo en juicio imponible a los demandantes extranjeros, según el art. 534 LEC.**

- La extensión incondicional del embargo preventivo a los deudores extranjeros.

Sin perjuicio de que nuestro ordenamiento procesal civil contenga en algunos casos un trato diferencial del extranjero, hay que destacar unos principios o circunstancias generales que operan como límite a dichas normas de extranjería:

- Destaca el tratamiento convencional de algunas de las cuestiones referidas, como la tradicional caución de arraigo en juicio todavía vigente en nuestro Derecho, ha sido en la práctica eliminada muchas veces a raíz de las normas convencionales.
- En cuanto al Derecho que pudieran tener los extranjeros de la asistencia jurídica gratuita que, conforme a nuestro régimen común, se reconoce de forma limitada, los convenios internacionales han conseguido una mayor extensión de este derecho a los extranjeros.
- El principio de reciprocidad tiende a ser desplazado por un principio de igualdad progresiva más acorde con la realidad actual. El principio de igualdad se convierte en un principio de interpretación general en el ámbito civil a tenor de lo previsto en el art. 27 C.c.: los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los tratados. Ello se confirma además por la extensión a los extranjeros de los derechos fundamentales del art. 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva y a no quedar en indefensión).

ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.-

1.- Alcance y constitucionalidad del régimen común: la asistencia jurídica gratuita está regulada por la Ley 1/1996 de 10 de enero. Antes no existía disposición que limitase el acceso a la justicia gratuita de los extranjeros, pero tampoco se les extendía. Ante ese silencio antes existente, parte de la doctrina mantuvo que el derecho a la asistencia jurídica gratuita sólo correspondía a los nacionales del foro, aunque la mayoría mantenía su extensión a los extranjeros por la vinculación de este beneficio con el derecho a la tutela judicial efectiva y de disfrutar a un proceso con todas las garantías de defensa (arts. 24 y 119 CE), por lo que estos derechos son extensibles a los extranjeros.

Desde la Ley 1/1996, se extiende este beneficio a los nacionales de los Estados miembros de la UE, así como a los extranjeros con residencia legal en España (no comunitarios), quedando fuera los extranjeros no comunitarios sin residencia legal en España (art. 1). Sin embargo, el art. 1 e) y f) extienden el beneficio a los extranjeros no residentes en el caso de la jurisdicción penal y la contencioso- administrativa.

Algunos autores piensan que esta regulación viola el art. 24 CE así como los convenios internacionales suscritos por España. La Ley 1/1996 misma recoge esta interpretación. Si se considera evidente la vinculación de la asistencia jurídica gratuita (art. 119 CE) con la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), la remisión del art. 119 CE a las condiciones legalmente establecidas impide aceptar una limitación subjetiva de los beneficiados. El TC ha defendido la aplicabilidad del art. 24CE a todas las personas.

En el ámbito de la asistencia jurídica gratuita, la Ley puede fijar límites al orden económico. Sin embargo, no cabe excluir de ese derecho por razones personales o subjetivas. Además no tiene sentido el excluir este derecho de la jurisdicción civil admitiéndolo en la penal y contencioso – administrativa.

2.- Régimen convencional: los problemas probatorios y procedimentales que suscitan la concesión del beneficio de justicia gratuita al extranjero suelen quedar reducidos por el tratamiento previsto en los convenios internacionales sobre esta figura.

Además, la normativa convencional permite la extensión de este beneficio a los nacionales de los Estados parte aunque no tengan residencia legal en España. Entre estos textos cabe destacar el **Convenio de La Haya**

sobre Procedimiento Civil (1 de marzo de 1954) de que es parte España. En su art. 20, se establece el principio de igualdad de trato entre los nacionales de los Estados parte para obtener ese beneficio conforme a la legislación del Estado en que se solicita. Además fija un sistema de asistencia judicial internacional, que permite al interesado solicitar el beneficio de justicia gratuita desde un Estado distinto a aquél en que se deba tramitar el mismo. También se regula la emisión de certificados o declaraciones de pobreza por parte de las Autoridades del lugar de residencia habitual del extranjero, o por las Autoridades consulares del Estado al que perteneciera el extranjero. La certificación de pobreza no implica que automáticamente se vaya a conceder el beneficio en otro Estado, sino que la Autoridad que debe resolver si se concede o no el beneficio conserva el derecho a verificar esos certificados.

El **Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre el Acceso Internacional a la Justicia**, que en su art. 1 recoge el principio de igualdad de trato respecto a los extranjeros de los Estados parte del Convenio, establece en sus dos siguientes preceptos una detallada regulación de los aspectos de auxilio judicial internacional en las solicitudes de asistencia judicial.

CAUCIÓN DE ARRAIGO EN JUICIO.-

1.- Presupuestos objetivos y subjetivos: la caución de arraigo en juicio es una realidad histórica de escasa aplicación en nuestros días, cuyo fundamento jurídico radica en garantizar el cumplimiento de una posible condena en costas al demandante extranjero que, por su condición y falta de arraigo en el foro, pudiera huir de cumplir dicha obligación, requiriéndole un gravamen (caución).

La falta de arraigo se produce no por razón de la extranjería de la persona, sino por el hecho de no tener residencia ni bienes en el Estado del foro. No se puede negar que ésta es una circunstancia que puede predicarse de los nacionales españoles que no residan ni tengan bienes en España.

A ello cabe añadir la facilidad con que se obtiene actualmente el reconocimiento en el extranjero de las condenas en costas.

Por estos motivos, se critica actualmente la pervivencia de la caución de arraigo en juicio que, en gran medida, ha quedado reducida por el derecho convencional cuyo fin es el de extender a toda persona los derechos a un proceso con todas las garantías de defensa y sin discriminación alguna.

En esta línea, nuestra Jurisprudencia se ha permitido advertir al legislador que esta figura es una excepción anacrónica y discriminatoria que debe ser objeto de interpretación restrictiva en tanto no se produzca su desaparición (STC TS 1989, de 31 de octubre).

Sin embargo, esta excepción sigue vigente en nuestro sistema, y el art. 534 LEC establece que si el demandante fuese extranjero, será también dilatoria la del arraigo en juicio en los casos y en la forma que en la nación a que pertenezca el extranjero se exigiera a los españoles.

Nuestros tribunales han utilizado criterios restrictivos en la aplicación de la caución y han recurrido a los textos convencionales que excluyen su imposición.

Sin perjuicio de su actual consideración, los elementos subjetivos de la caución se cifran en constituir un gravamen para el extranjero demandante que beneficia al demandado español. Sobre esta base, en ningún caso cabe exigir la caución a un nacional del foro aunque carezca de arraigo en España; sólo cabe exigirla al demandante extranjero, excepción hecha del extranjero que, siendo el demandado, recurre o entabla un proceso ejecutivo.

Otra cuestión que sobre pasa el contenido del art. 534 LEC se refiere a la inexigibilidad de este gravamen cuando el demandante extranjero tiene arraigo en España por el hecho de poseer aquí una residencia estable, o

bien tener bienes, raíces, inversiones o una determinada actividad mercantil. La doctrina y la Jurisprudencia admiten que, aunque el referido precepto no lo prevea, una interpretación teleológica del mismo debe llevar a negar la posibilidad de exigir caución cuando existe arraigo. En tal caso, la caución pierde toda su finalidad preventiva o cautelar.

Por otra parte, esta excepción es beneficiosa sólo al demandado español por ser un privilegio de nacionalidad, es decir no tiene legitimación para interponer la excepción de arraigo en juicio el demandado extranjero. Esta conclusión se extrae del art. 534 LEC al admitir la excepción basada en el principio de reciprocidad en la misma forma que se exige a los españoles en el extranjero.

Los objetivos de esta institución descansan en el **principio de reciprocidad**, porque sólo cabe exigir esta excepción al demandante extranjero en los casos y forma que se exige a los españoles en el país de la nacionalidad del extranjero.

La doctrina española califica dicha reciprocidad como especial, bilateral, material y probada. Que la reciprocidad deba ser **especial** supone que sólo cabe exigir dicha caución en las mismas materias y en mismo modo de satisfacción a los exigidos en el país del demandante extranjero. Cuando se dice que dicha excepción debe ser **bilateral**, supone que sólo se puede valorar la exigencia de la caución en el país de nacionalidad del demandante extranjero respecto de los nacionales extranjeros.

La reciprocidad ha de ser material en el sentido de que no basta comprobar la existencia de reciprocidad en la legislación extranjera, sino que se precisa además constatar que dicha reciprocidad opera de manera efectiva en el ámbito de la actuación de la Autoridad judicial de aquel país extranjero. La reciprocidad debe ser probada por quien interpone la excepción de la caución de arraigo en juicio, es decir, el demandado español.

3.- Eliminación de la caución en virtud de los Tratados Internacionales: la caución de arraigo en juicio es una institución destinada a desaparecer por la prevalencia sobre el derecho interno de las normas contenidas en los tratados internacionales vigentes en España. De los convenios multilaterales destaca la regulación del **Convenio de La Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil**, en el que se prevé un sencillo mecanismo de reconocimiento automático de las condenas en costas contra el demandante extranjero. Una regulación parecida se recoge en el **Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia**. Distintos convenios bilaterales suscritos por España suprimen explícitamente dicha caución o gravamen. Ej. Convenio entre España e Italia de 1973 sobre Asistencia Judicial y Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil y Mercantil; Convenio entre España y Alemania sobre Asistencia Judicial en Materia Civil (3 de febrero de 1988); Convenio entre España y Brasil de Cooperación Jurídica (13 de abril de 1989).

Sin perjuicio de lo establecido en estos convenios, la caución de arraigo en juicio puede ser contraria al Derecho Comunitario: una sentencia del TJE de 1 de julio de 1993 dejó patente la contrariedad de esta caución con lo previsto en los arts. 59 y 60 TCEE sobre la libre prestación de servicios. El supuesto de hecho de esta sentencia enfrentaba a un ejecutor testamentario con nacionalidad y residencia en el Reino Unido frente al demandado alemán ante los tribunales alemanes. La acción se entabló por el actor inglés en su propio nombre, y el TJE, ante la consulta de los tribunales alemanes, determinó que la caución de arraigo en juicio constituía una discriminación contraria al principio de libre prestación de servicios.

EMBARGO PREVENTIVO.-

Es una medida cautelar cuyo fin es limitar las facultades de disposición del demandado en un juicio de cognición o ejecutivo, con el objeto de no frustrar su resultado. Una sentencia de la Audiencia Territorial de Las Palmas de 1975 establecía que el embargo preventivo es una medida cautelar cuyo objeto es garantizar la ejecución de un fallo condenatorio que pueda dictarse evitando los perjuicios que una posible insolvencia pueda suponer y que sería definitiva si no se llevase a efecto dicho embargo. En este caso, el embargo

preventivo afecta al deudor que ha sido demandado. El art. 1400 LEC establece un trato diferencial discriminatorio para el extranjero. Siempre es necesario para decretar el embargo contra españoles o extranjeros que, con la solicitud pertinente, se presente un documento del que resulte la existencia de la deuda. Sin embargo, mientras que es suficiente para decretar el embargo que el deudor sea un extranjero tenga o no arraigo en España, la tratarse de un español, sólo procede el embargo preventivo si éste no tiene domicilio, bienes, raíces o establecimiento industrial o mercantil, etc en el lugar donde corresponda demandarle en Justicia el pago de la deuda. Por el contrario, el indiferente que el extranjero cumpla todas estas circunstancias: sólo por tener esa nacionalidad distinta de la española, se decretará el embargo contra él. La doctrina ha intentado encontrar vías de escape que permitiesen eliminar esta discriminación, y su razón no estaba sólo en la existencia de dicha discriminación, que en muchos casos es común en las normas de Derecho de Extranjería, sino sobre todo en lo absurdo o injustificado del trato discriminatorio.

Sin embargo, los esfuerzos de la doctrina por procurar una interpretación equilibrada y razonable de este precepto (art. 1400 LEC) han sido inútiles. Hay una vía de escape que es el cauce convencional, integrado por los textos internacionales que, al establecer un tratamiento procesal igual para los nacionales de los Estados parte, impiden la aplicación de cualquier norma discriminatoria como el art. 1400 LEC. Ej. Art. 1 Convenio entre España y Checoslovaquia sobre Asistencia, Reconocimiento y Ejecución de sentencias en materia civil, de 4 de mayo de 1987: dice que los ciudadanos de una parte contratante pueden comparecer ante las autoridades judiciales de la otra parte contratante y defender sus derechos, presentar peticiones, entablar acciones y solicitar formas de revisión en las mismas condiciones que los ciudadanos del otro Estado parte. También se establecen previsiones en el Convenio de 2 de mayo de 1992 entre España y China, o en el Convenio entre España y Bulgaria de 23 de mayo de 1993.

DERECHO APLICABLE AL PROCESO.-

1.- La aplicación de la *lex fori* como regla general: los actos procesales se suceden de acuerdo con lo establecido en la ley del foro, según el **principio de territorialidad de las leyes procesales**.

La cuestión de fondo radica en determinar los casos o actuaciones que deben exceptuarse de la regla general, es decir, determinar los actos que a pesar de formar parte del proceso, deben quedar sometidos a una ley distinta de la ley del foro. Ej. Hay actos que deben practicarse en un país extranjero (práctica de pruebas, etc.), y en estos casos, se suele aplicar la ley de ese Estado extranjero en cuyo territorio se debe practicar la actuación.

En el ordenamiento jurídico español, el art. 8.2 C.c. dice que *las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras respecto de los actos procesales a realizar fuera de España..* Declara por tanto el carácter absoluto de la regla *lex fori regit procesum* al afirmar que nuestras leyes procesales son las únicas de aplicación a los actos que se deban realizar en nuestro territorio sin ningún tipo de excepción. El último inciso no es una excepción, sino una referencia a los actos procesales que se deben realizar en el extranjero, en cuyo caso procede la aplicación de la ley extranjera correspondiente.

La alusión a la ley extranjera no debe afectar al carácter absoluto de la regla cuando el acto se sustancia en territorio español.

En cuanto al carácter general de la aplicación de la *lex fori*, el art. 8.2 C.c. no resuelve el **problema calificadorio**. Se afirma que se debe aplicar la ley procesal del foro a las actuaciones de tal naturaleza que se desarrollen en el foro. Sin embargo, la dificultad surge al determinar los actos y cuestiones que son puramente procesales y no propiamente cuestiones de fondo. Sobre esto, el art. 8.2 C.c. no aporta ningún factor de delimitación. Ej. No resuelve si la capacidad procesal del litigante se rige por su ley nacional conforme al art. 9.1 C.c. o por la ley procesal del foro. Tampoco determina si a la representación en juicio se aplica el art. 10.11 C.c. o si se incluye en el art. 8.2 C.c.

Debido a estas carencias, habría sido aconsejable que el art. 8.2 C.c. hubiese abordado el tratamiento o solución de algunos de estos problemas.

2.- Excepciones a la aplicación de la *lex fori*: la primera excepción viene dada por la aplicación de una ley distinta a aquella respecto a la **capacidad para ser parte en el proceso**, que es la aptitud para ser titular de los derechos y obligaciones derivados del proceso. La capacidad para ser parte se rige por la ley personal del individuo. La remisión a la ley extranjera como ley del individuo (personal) se efectuará a sus normas procesales, y sólo en defecto de éstas, procederá a aplicar las normas civiles sustantivas.

Sin embargo, la excepción a esta regla a favor de la aplicación de la *lex fori* puede aparecer, por ejemplo, por el correctivo del orden público en los casos en que no sean admisibles las limitaciones a la capacidad procesal establecidas por las leyes extranjeras.

También es posible que pese a lo dispuesto en la ley extranjera, la ley del foro establezca normas materiales imperativas que atribuyan capacidad procesal al extranjero. Así lo entendió nuestra doctrina respecto de la excepción del art. 9 de la Ley de Procedimiento Laboral, al atribuir capacidad procesal al menor emancipado ante la jurisdicción social, norma que se aplicaba con independencia de la ley nacional del trabajador.

El art. 10.8 C.c. dice que serán válidos a efectos del ordenamiento jurídico español los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española. Admitida dicha posibilidad por este artículo, sería inconsecuente no reconocer al incapaz según su ley nacional una capacidad procesal a pesar de que el derecho de su país pudiera considerarlo incapaz.

*** Legitimación procesal de las partes:** es la segunda excepción. Tampoco se rige por la ley del foro. Se ampara en un derecho subjetivo que emana directamente de la relación jurídica de que se trate. Su vinculación con dicha relación hace necesario que la legitimación se reglamente conforme a la *lex causae*, es decir a la ley que rige el fondo del asunto.

*** La representación o la ley aplicable a la capacidad para otorgar el poder a su forma y a su contenido:** en cuanto a la forma para otorgar el poder, se rige por la ley personal del individuo. El contenido del poder se rige por la ley del foro, y en cuanto a la forma, los poderes otorgados en el extranjero deben representar la forma de escritura pública, solemnidad que impone la ley española como ley aplicable al contenido del poder. El art. 11.2 C.c. señala que si la ley reguladora del contenido de los actos exige para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada incluso en caso de otorgarse aquellos en el extranjero.

*** La prueba:** si la prueba se concibe como un puro acto de instrucción procesal para la determinación de los hechos alegados por las partes, se habría de someter a la ley del foro. Esta calificación procesal de la prueba es mayoritaria en la doctrina procesalista en general. Sin embargo, esta calificación admite algunas matizaciones.

Determinadas cuestiones probatorias se encuentran a veces íntimamente ligadas a la regulación de fondo, de forma que, si se aplica a tales aspectos o cuestiones una ley distinta de la que va a regir el fondo del asunto, en realidad se está desvirtuando la aplicación de esta última. Ej. Sería absurdo admitir la prueba de la confesión judicial establecida en la *lex fori* en un proceso de divorcio regido por una ley extranjera que prohibiese la confesión como medio de prueba. Una razón similar justifica la aplicación de la *lex causae* a las pruebas documentales que las partes obtienen de conformidad con un determinado ordenamiento jurídico en prevención de un posible litigio.

En el sistema español, frente a las doctrinas procesalistas que defienden la aplicación de la *lex fori* a la prueba, la doctrina internacionalista considera más adecuado precisar la solución según el aspecto

probatorio concreto. Esta doctrina considera que el objeto y carga de la prueba se deben regir por la ley aplicable al fondo de la relación al igual que las presunciones legales que desplazan la carga de la prueba al tratarse de aspectos íntimamente relacionados y tenidos en cuenta a la hora de regular el fondo del asunto.

Sin embargo, la admisibilidad de los medios de prueba y su fuerza probatoria parece más oportuno que se rijan por la ley del foro en virtud del art. 8.2 C.c., con carácter general.

TEMA 16: ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

CONCEPTO Y RÉGIMENES DE ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.-

La cooperación internacional como rasgo característico del DIPr presenta una dimensión particularmente desarrollada en el ámbito del proceso. Para llevar a buen término el mismo, se requiere realizar determinados actos procesales como las notificaciones o emplazamientos que deben tener lugar en el extranjero. Para ello, el Estado se sirve en ocasiones de sus agentes diplomáticos o consulares acreditados en el respectivo país extranjero. Sin embargo, no siempre dichos actos procesales se pueden realizar sin la intervención de las autoridades extranjeras de ese Estado, sobre todo de sus órganos judiciales. Por ello, la cooperación internacional resulta imprescindible, de forma que se ha materializado en un conjunto normativo de origen preferentemente convencional.

Los Estados miembros aceptan con normalidad dicha colaboración con un interés mutuo, si bien no se detecta una clara convicción acerca de la obligatoriedad de dicha conducta.

Fuera de las obligaciones que al respecto establecen los tratados internacionales, el derecho interno tiende a facilitar dicha colaboración de forma discrecional, atendiendo a principios de cortesía internacional o de cooperación.

Dentro de los actos procesales que requieren dicha asistencia o colaboración, destacan:

- El régimen de notificaciones que deben realizarse en un país extranjero.
- La realización de un acto de instrucción, particularmente de la práctica de una prueba. En tal caso, la solicitud ha dado lugar a la llamada comisión rogatoria, a través de la que se formaliza o evacua la petición correspondiente.
- La asistencia judicial internacional presenta una manifestación característica del DIPr íntimamente relacionada con la aplicación judicial del derecho extranjero que consiste en solicitar a la autoridad extranjera información sobre el derecho de ese Estado al tener que ser aplicado por el Juez del foro.

En otro orden, la asistencia judicial internacional se aborda a través de dos regímenes distintos:

- EL derecho autónomo (en nuestro caso, el español), que articula un régimen común contenido en los arts. 276 – 278 LOPJ y en el art. 300 LEC. Este régimen presenta un carácter residual dada la aplicación prioritaria del régimen convencional.
- En el régimen convencional, procede destacar la labor llevada a cabo por la Conferencia de DIPr de La Haya, que ha dado lugar a tres Convenios sucesivos de carácter general, sobre el procedimiento civil: son el Convenio de 14 de noviembre de 1896, el de 17 de julio de 1905, y el de 1 de marzo de 1954. Junto a estos textos, también obligan a España otros complementarios como el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o comercial. Además de los textos multilaterales, destacan convenios bilaterales como el Convenio entre España y Gran Bretaña (1929) sobre Asistencia Mutua en Procedimientos Civiles y Comerciales.

RÉGIMEN CONVENCIONAL.-

1.- Notificación de actos judiciales en el extranjero: la posibilidad de comunicar a una persona en país extranjero determinado acto procesal o resolución judicial viene facilitado por la existencia de convenios bilaterales y multilaterales. Entre los convenios multilaterales destacan:

- **Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial.**
- **Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 sobre Procedimiento Civil.**

Sin perjuicio de estos dos textos, conviene resaltar la reciente aplicación de un Convenio de la UE que, si bien no ha entrado en vigor, tratará esta materia en un futuro próximo. Es el Convenio de la UE de 26 de junio de 1997 sobre Notificación y Traslado de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil y Mercantil.

En el régimen previsto en el Convenio de 1954, la petición de notificación de un acto a personas en el extranjero se lleva a efecto a través de la vía diplomática o consular. El cónsul del Estado que solicita la notificación (Estado exhortante) dirige la petición a la Autoridad que el Estado exhortado designe al efecto. La petición la hará constar la Autoridad de quien emane el acta de notificación, así como el nombre en calidad de las partes, dirección del destinatario y naturaleza del acta de que se trate. Una vez recibida la petición, la notificación se remitirá al destinatario por la Autoridad del Estado exhortado; la Autoridad de este Estado remitirá al cónsul del Estado exhortante el documento acreditativo de la notificación o que indique la circunstancia que la haya impedido.

El Convenio de 1965 tiende a evitar los problemas prácticos que suscita el sistema de notificaciones diseñado en el Convenio anterior. Este convenio prevé que los Estados parte designen una autoridad central que asuma todas las peticiones de notificación, que en España sería la Dirección General de Codificación y Cooperación Jurídica Internas. Este hecho no impide que los Estados opten por utilizar la vía consular o diplomática si lo estiman más conveniente o la comunicación directa entre las autoridades respectivas, si así lo acuerdan los Estados.

Hay que aludir un Convenio multilateral que vincula a España como único país europeo con 15 países iberoamericanos en la asistencia judicial internacional para realizar notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero. Se trata de la Convención Iberoamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975. Este Convenio se caracteriza por el amplio abanico de posibilidades ofrecidas para solicitar del órgano requerido la transmisión o notificación del exhorto correspondiente. En concreto, la petición puede efectuarse por vía diplomática o consular, o por vía judicial, o bien por una Autoridad Central designada por el Estado requirente o por las partes interesadas.

2.- Obtención de pruebas en el extranjero: las comisiones rogatorias: tiene una regulación específica en el Convenio de La Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil, así como en el Convenio de La Haya de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil y Mercantil.

La comisión rogatoria es el instrumento por el que la autoridad judicial de un Estado solicita a la autoridad competente de otro la ejecución, dentro del territorio de su jurisdicción, de un acto de instrucción o de otros actos judiciales consistentes en la realización o práctica de una diligencia probatoria.

El Convenio de La Haya de 1954 prevé la solicitud de la comisión rogatoria a través de la vía diplomática o consular por la que se resolverán las dificultades suscitadas al respecto. No obstante, los Estados parte pueden convenir la remisión directa de las comisiones rogatorias entre sus autoridades

respectivas. Así lo acordaron España y Francia mediante el Acuerdo de 19 de febrero de 1968, operando de modo indicado los respectivos Ministerios de Justicia.

La comisión rogatoria deberá redactarse en la lengua convenida por los dos Estados interesados o en la de la autoridad exhortada, o acompañarse de traducción en una de ambas lenguas debidamente certificada consularmente.

En caso de incompetencia de la autoridad exhortada, la comisión rogatoria debe remitirse de oficio a la autoridad judicial de ese Estado. Sólo se podrá denegar el cumplimiento de la comisión rogatoria si la autenticidad del documento no está comprobada o en el Estado exhortado el diligenciamiento de la comisión rogatoria no entra en las atribuciones del poder judicial, o si el Estado en cuyo territorio debe ser cumplimentada la considera atentativa contra su soberanía o seguridad.

En otro caso, una vez realizadas las actuaciones, la autoridad exhortada debe enviar al cónsul del Estado exhortante el documento acreditativo del cumplimiento de la comisión rogatoria o el hecho que, en su caso, haya impedido llevarla a cabo.

3.- Régimen común: en defecto de regulación convencional, el régimen común de asistencia judicial internacional previsto en el Derecho español se regula brevemente en los arts. 276 – 278 LOPJ y art. 300 LEC.

Para la solicitud por nuestros tribunales de cualquier asistencia judicial internacional, las peticiones correspondientes según el art. 276 LOPJ deben elevarse por conducto del Presidente del TS o del Presidente del TSJCA de que se trate o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las tramitará y enviará a la autoridad competente del Estado requerido por medio de la vía diplomática o consular.

El art. 300 LEC faculta al Jefe de la Oficina Consular o en su caso al Jefe de la Misión Diplomática en la correspondiente demarcación para ejecutar las diligencias dirigidas a un demandado español, siempre que no se oponga a ello la ley del país de residencia.

Ante las solicitudes de asistencia judicial cursadas por autoridades extranjeras que solicitan la cooperación de nuestros tribunales, el régimen común español, en defecto de reglamentación convencional, encuentra su fundamento en el principio de reciprocidad, el cual ya se contemplaba en el art. 300 LEC, señalándose que tal regulación debe ser debidamente respetada para dar cumplimiento en España a los exhortos de tribunales extranjeros, requiriendo el ejercicio de alguna diligencia judicial.

Este criterio de reciprocidad se ha confirmado por el art. 277 LOPJ, y el art. 278 dice que la determinación de la existencia de reciprocidad con el Estado requirente corresponde al Gobierno a través del Ministerio de Justicia.

ASISTENCIA EXTRAJUDICIAL INTERNACIONAL.-

El auxilio internacional entre autoridades no judiciales tiene un tratamiento convencional notable. Gran parte de los convenios sobre asistencia judicial internacional son de aplicación a la cooperación entre autoridades no judiciales. Ej. Arts. 1 – 7 Convenio de La Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil, los cuales son aplicables tanto a la notificación de las actas judiciales como de las extrajudiciales.

Lo mismo ocurre con el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil y Mercantil. Este criterio se mantiene además en otros convenios bilaterales y multilaterales, de los cuales algunos en muchos casos no regulan directamente la cooperación de autoridades extrajudiciales, pero que sí

contienen disposiciones que facilitan ese auxilio.

En determinadas materias de tráfico externo existen textos convencionales específicos que establecen sistemas de cooperación de autoridades creadas por los propios tratados.

En cuanto al régimen común aplicable, en defecto de normas convencionales, nuestro sistema presenta un importante vacío, sin perjuicio de disposiciones dispersas que permiten hacer efectiva la cooperación extrajudicial.

DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

TEMA 17: PERSONA FÍSICA (I): ASPECTOS GENERALES.

DERECHO DE LA PERSONA Y LEY PERSONAL.´-

1.- Sentido actual del estatuto personal: tradicionalmente, para la doctrina estatutaria, el estatuto personal era una concepción genérica determinada por el modo de referirse la ley a la persona. Este planteamiento varía en la doctrina del siglo XIX, en la cual se mantiene esa noción de estatuto personal, pero se construye no con referencia a la ley o contenido de ciertas leyes, sino atendiendo a la materia regulada, es decir las leyes civiles de la persona considerada en sí mismo.

Desde ese momento se reserva dicha expresión de estatuto personal para referirse a la materia regulada, utilizando la noción de ley personal para aludir a la ley aplicable a dicho estatuto o a las materias que integran dicho estatuto.

Estatuto personal es el conjunto de instituciones que se vinculan directamente con la persona física y jurídica, y que conforman su condición como sujeto de Derecho. A este respecto hay que decir que, en algunos sistemas jurídicos, es considerable la extensión del estatuto personal debido a las concepciones dominantes en el último tercio del siglo XIX. Ej. Derecho español.

La tendencia hoy dominante en materia de estatuto personal es más restrictiva, de forma que el estatuto personal estaría integrado por el estado civil y la capacidad, además del régimen de incapacidades. Esta tendencia choca con la concepción mantenida todavía por determinados sistemas personalistas como el español, que siguen incluyendo materias distintas como el nacimiento de la personalidad, la capacidad y estado civil, relaciones familiares, sucesiones, donaciones, filiación, etc.

Esta extensión del estatuto personal comporta dos consecuencias: por una parte, puede dar lugar a muchos conflictos de calificaciones en los casos en los que la ley personal remite a un ordenamiento jurídico que otorga un contenido más reducido al estatuto personal; por otra parte, se produce una reiterada remisión al derecho extranjero, y una frecuente utilización de correctivos funcionales como el reenvío de retorno, el fraude de ley, el orden público, etc.

La mayor o menor amplitud otorgada por un sistema de DIPr al estatuto personal está en función de intereses de política legislativa. En España, se mantiene la primacía del estatuto personal dada la inclusión en el mismo del sector más importante y más amplio del DIPr. Este perfil personalista se refleja en el art. 9.1 C.c., cuando después de señalar en su primer inciso que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad; añade que dicha ley regirá la capacidad y estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte.

2.- Ley aplicable al estatuto personal: en la Edad Media y gran parte de la Edad Moderna, la ley aplicable al estatuto personal era la ley del domicilio de la persona. Esta noción se mantiene actualmente en los sistemas de DIPr anglosajones. Sin embargo, en la práctica, la ley domiciliar originó

una polémica, ya que en muchos casos existía oposición entre el domicilio actual y el domicilio de origen de la persona. Desde el Código de Napoleón de 1804, se introduce la ley nacional como rectora del estatuto personal: el triunfo de este nuevo elemento es creciente a lo largo de todo el proceso de las codificaciones nacionales desarrollado en el siglo XIX. La consolidación de la ley nacional dio origen a una polémica entre los defensores de este factor y los partidarios de la conexión domiciliar.

Frente a esta polémica, se ha defendido en las últimas décadas una tercera conexión que es la de la residencia habitual, que ha ido adquiriendo más relevancia en los sistemas nacionales y en la actividad desarrollada por la Conferencia de DIPr de La Haya.

La residencia habitual ofrece la ventaja de situar a la persona en su medio social real, y por su carácter de criterio de factor de hecho, tiende a evitar las dificultades de la nacionalidad y del domicilio.

En España, la aceptación de la ley nacional como rectora del estatuto personal se produce en el proyecto de C.c. de 1821. Esa orientación se confirma en 1889 con la promulgación de nuestro actual C.c. Es el art. 9 el que expresamente menciona este criterio definitorio en nuestro sistema de la ley personal.

Sin perjuicio de lo expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico se ha registrado una notable apertura hacia la residencia habitual, que acompaña a la ley nacional en las más recientes reformas del C.c. como es el caso de las de 1987 y 1990. Sin embargo, esta conexión de la residencia habitual se recoge con carácter subsidiario, si bien su inserción en nuestro sistema manifiesta un intento de acercamiento hacia las soluciones del Derecho Comparado, y debe ser bien acogida aunque sea insuficiente por la identificación que el art. 40 C.c. establece entre domicilio y residencia habitual.

TEMA 19: PERSONA JURÍDICA.

ESTATUTO PERSONAL.–

1.– **Determinación de la ley aplicable: la nacionalidad de las sociedades.** En principio, se piensa en un significado distinto cuando se habla de nacionalidad de las personas físicas que cuando se alude a la de las personas jurídicas. Con independencia del enfoque elegido, la mayor parte de la doctrina reconoce que las personas jurídicas deben estar ligadas y regidas por el ordenamiento de un determinado país, por lo que la diferencia antes reseñada se reduce a determinar si puede denominarse nacionalidad al vínculo jurídico que se establece entre ese ordenamiento y la persona jurídica de que se trate.

Nuestro ordenamiento jurídico, en el art. 9 C.c. dispone que la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución o extinción. En caso de fusión de sociedades de distinta nacionalidad, deben ser observadas las respectivas leyes personales.

En esta norma cuyo contenido se debe a la reforma del título preliminar del C.c. de 1974, consagra un amplio espectro de actuación a la nacionalidad de las personas jurídicas desde que se procede al emplazamiento o vinculación de las mismas con un determinado ordenamiento jurídico que es el que les va a aportar el contenido esencial de su régimen jurídico. La calificación de una persona jurídica como extranjera tiene doble consecuencia:

- La sumisión a la normativa del país de su nacionalidad tanto en lo referente a su constitución como en el desarrollo de su vida social interna.
- Será respecto de nuestro ordenamiento jurídico, si es que opera en España, la aplicación de la legislación española que, de algún modo, limita la actividad de las personas jurídicas extranjeras, que desarrollan alguna actividad dentro de nuestro territorio.

El art. 15 C.Co. considera extranjeras las compañías constituidas en el extranjero, de forma que adopta como criterio determinante para la determinación de su nacionalidad el de la constitución de la persona jurídica conforme a una legislación extranjera.

El art. 28 C.c. establece que las corporaciones, fundaciones y asociaciones reconocidas por la ley y domiciliadas en España gozarán de la nacionalidad española siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las normas del C.c. Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados o leyes especiales. El C.c. utiliza, en principio, como criterio decisivo de la nacionalidad la domiciliación en nuestro país. En la misma dirección, el art. 5 LSA establece que serán españolas y se regirán por la presente ley todas las S.A. que tengan su domicilio en territorio español cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido.

A pesar de ello, la domiciliación no es suficiente para reconocer la nacionalidad, sino que según el art. 28 C.c., deben ser además personas jurídicas reconocidas por la ley, es decir, que sean personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del C.c. Esta exigencia supone que la nacionalidad española está condicionada siempre por la constitución de la persona jurídica conforme al derecho español.

En suma, han de reputarse personas jurídicas españolas las constituidas y domiciliadas en España de acuerdo con su legislación, así como las constituidas fuera de España con arreglo a las leyes españolas y que fijen su domicilio en territorio español. Son extranjeras las creadas al amparo de una legislación extranjera y con domicilio en el extranjero.

Al ser empleado el domicilio como criterio de atribución de la nacionalidad, es importante determinar qué se entiende por domicilio: el art. 41 C.c. consagra el principio de autonomía de la voluntad de los fundadores y el respeto de lo dispuesto en el ordenamiento que las reconoce, estableciéndose criterios subsidiarios para la determinación del domicilio. El art. 41 C.c. dice que, cuando ni la ley que las haya creado ni los estatutos de fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar donde se encuentre su representación legal o donde ejerzan las principales funciones.

En cuanto al cambio de nacionalidad de las sociedades a través de un cambio de domicilio, parece necesario que tal circunstancia se lleve a efecto con las máximas garantías. En ese sentido, la solución consiste en propiciar la aplicación simultánea de las legislaciones de los países implicados; una legislación se ocuparía de la pérdida de la nacionalidad anterior, y la otra se aplicaría en lo relativo a la adquisición de la nueva nacionalidad.

En las S.A., nuestro ordenamiento jurídico contempla la transferencia al extranjero del domicilio de la sociedad, si bien sólo podrá adoptarse cuando exista un convenio internacional vigente en España que lo permita para el mantenimiento de su misma personalidad jurídica.

TEMA 20: CAPACIDAD. RÉGIMEN DE LAS INCAPACIDADES.

CAPACIDAD DE LA PERSONA.-

1.- Ámbito de la ley aplicable: la capacidad es una parte de la personalidad del individuo. La **capacidad jurídica** es la cualidad de la persona de ser titular de las distintas relaciones jurídicas que la afectan, o bien la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La **capacidad de obrar** implica la idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos y que no corresponde por igual a todos los individuos.

La inclusión de la capacidad dentro del estatuto personal y su sometimiento a la ley personal se remonta a la época de la Escuela italiana. Se configura este estatuto personal frente al estatuto real. Dentro del personal se insertarán materias como la mayoría de edad, la capacidad para contratar o para estar, y las relaciones entre

esposos.

La inclusión de la capacidad en el estatuto personal no ha sido aceptada universalmente. Frente a la posición mantenida por los países latinos favorables a tal inclusión, los anglosajones han mantenido soluciones contrarias. Ej. EE.UU.: la capacidad se incluye dentro de la ley que rige el acto jurídico, de modo que, en materia contractual, se aplica la ley del lugar de la conclusión del contrato.

La mayor parte de los sistemas jurídicos consideran que, en razón del carácter universal del estado y de la capacidad de la persona, la ley que debe regirlos debe ser la ley personal que sigue al individuo en sus desplazamientos por su mayor estabilidad.

La **determinación de la ley personal** se hace con arreglo a conexiones diversas. Ej. En la mayoría de los sistemas eurocontinentales, el factor es la nacionalidad (España). En Iberoamérica, es el domicilio. En otros (Chile, Colombia y Perú), mantienen un sistema mixto que consiste en someter la capacidad de sus nacionales a la ley nacional, y la ley del domicilio respecto de los extranjeros.

En el DIPr, la competencia de la ley nacional en materia de capacidad o estado civil de las personas es una constante histórica. En la promulgación del C.c. de 1889, el contenido mantenía una visión unilateral cuando mantenía que las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles aunque residan en país extranjero.

El art. 9.1 C.c. establece que la ley personal de las personas físicas es la determinación por su nacionalidad (rige materias como la capacidad y estado civil). Se caracteriza por haber recogido una solución bilateral defendida por la Jurisprudencia, y por incluir algunas modificaciones técnicas de cierto interés. Se suprime la referencia a la condición por no tener un contenido propio en relación con el término estado, y por lo que se refiere a éste último, se le añade el calificativo de civil, lo que supone una mayor precisión jurídica.

La norma actual contienen respecto del texto originario una innovación de fondo como es la referencia al término de capacidad, y no a la capacidad legal.

En el sistema español de DIPr, la ley nacional rige tanto la capacidad general de la persona como su capacidad especial para realizar determinados actos jurídicos. Ej. La capacidad para emanciparse, capacidad para contraer matrimonio, o la capacidad para ser adoptado, para contratar, etc. Se trata de las capacidades especiales.

2.– Problemas de aplicación de las normas de DIPr sobre capacidad: los principales problemas que pueden darse son:

a.– Conflicto de calificaciones: se refiere a que el concepto de capacidad tiene un contenido amplio; a pesar de lo cual los distintos sistemas no suelen coincidir en cuanto al alcance o extensión, lo que supone que a veces se produzcan eventuales conflictos de calificaciones. Existen ordenamientos que, dentro del concepto de capacidad, incluyen no sólo aspectos propios de la misma como la aptitud general del goce de derechos, sino también otras figuras relativamente más alejadas de la capacidad como sucede con los derechos del *nasciturus*, con moriencia, ausencia, etc., materias que en todo caso los referidos ordenamientos someten a la ley personal.

Frente a esta posición, la mayoría de los sistemas como el español excluyen del concepto de la capacidad figuras como las citadas, excepción hecha como la aptitud para el goce de derechos. En estos sistemas, tales cuestiones están sometidas a regímenes distintos de la ley personal. La inclusión o no de estas figuras dentro del término capacidad puede condicionar la determinación del derecho aplicable previa elección en el foro de una u otra norma de conflicto.

b.- Orden público: la opción del orden público ha sido importante en el ámbito de la capacidad. El orden público interviene en distintos aspectos parciales, de manera que se consideran contrarias al mismo las leyes extranjeras que establezcan incapacidades basadas en discriminaciones raciales, religiosas o políticas.

c.- Reenvío: la discrepancia de los distintos sistemas en orden a la ley aplicable a la capacidad porque en unos sistemas se dispone como aplicable la ley nacional, y en otros la ley domiciliar genera frecuentes situaciones de reenvío.

3.- La excepción del interés nacional: el interés nacional o general es un correctivo que entraña la sustitución de la ley personal generalmente competente en materia de capacidad por la ley del lugar en que se ha celebrado el contrato. Esta sustitución excepcional se prevé con el fin de salvaguardar la buena fe o de proteger la seguridad jurídica.

El interés nacional se limita a establecer que el extranjero es capaz para un determinado negocio jurídico pese a que, con arreglo a su ley personal, no lo sea. Para que la sustitución de la ley personal por la local se produzca, se requiere que el extranjero sea incapaz según su ley nacional y no lo sea según la ley del lugar de celebración del acto, es decir, que la ley del lugar de celebración del acto resulte más favorable que su ley personal para la conclusión del negocio jurídico correspondiente.

Así pues, el correctivo del interés nacional se integra en una estructura en la que operan dos normas de conflicto: la 1ª ha sido establecida por el legislador para la capacidad de obrar general, remitiendo bien al derecho de la nacionalidad o al del domicilio o al de residencia habitual; la 2ª, especialmente prevista para la capacidad contractual o cambiaria del extranjero incapaz según su ley personal, remite al lugar de conclusión del contrato o de emisión (si es un asunto cambiario) de una declaración cambiaria.

Con la reforma del Título Preliminar del C.c. de 1974, se incorporó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el interés nacional. El art. 10.8 C.c. establece que serán válidos a efectos del ordenamiento jurídico español los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero.

En este precepto se aprecian tres dimensiones:

- **Subjetiva o personal:** para que se pueda apreciar el interés nacional, se requiere que la legislación extranjera reguladora de la causa de incapacidad sea más restrictiva que la ley española para la validez del negocio jurídico. El interés nacional beneficia a toda persona sea o no nacional del foro, que contrate con un extranjero incapaz. Para nuestro ordenamiento jurídico, es irrelevante la buena fe del contratante capaz o el que ambas partes sean connacionales.
- **Objetiva o material:** en Derecho Comparado, el interés nacional opera en las relaciones contractuales generalmente onerosas, de modo que quedarían al margen los negocios jurídicos familiares, los sucesorios, o los contratos sobre inmuebles situados en un país extranjero. En el sistema español, el interés nacional sólo es aplicable a los contratos onerosos que no tengan por objeto un bien inmueble en el extranjero. Dentro de este ámbito, el interés nacional funciona en nuestro sistema con independencia de la mayor o menor importancia del contrato.
- **Territorial o espacial:** el art. 10.8 C.c. alude a contratos onerosos celebrados en España, por tanto nuestro legislador contempla únicamente el supuesto de extranjeros que contratan en España, y no por ejemplo el de españoles que contraten en el extranjero, ni tampoco el de extranjeros que contraten con extranjeros fuera de España.

INCAPACIDADES.-

1.- Aspectos generales: en toda sociedad existen individuos que no tienen posibilidad de valerse por sí

misimos, tanto en lo concerniente a su persona como a sus bienes; por ello, todo sistema jurídico en mayor o menor medida dispone de una serie de mecanismos de protección para procurar la defensa de estos intereses.

La incapacidad es una situación negativa de la capacidad de obrar, que no afecta a la capacidad jurídica. Dentro del régimen de las incapacidades, se pueden ver dos dimensiones fundamentales:

- La determinación de la ley aplicable a los distintos supuestos de incapacidad.
- El examen de las medidas de protección de los incapaces.

Generalmente, estos dos puntos del problema han sido contemplados en el ámbito del estatuto personal, al considerarse que, igual que la capacidad, tanto los supuestos de incapacidad como las formas de protección se han regido por la ley personal del interesado.

Sin embargo, se debe tener presente, por una parte, que la acción de la ley personal no es absoluta, y, por otra, que en estas dos dimensiones del problema, junto a la cuestión de determinar cuál es la ley aplicable para la determinación de la incapacidad y las formas de protección, adquiere una gran importancia precisar la autoridad competente al respecto.

Si se pretende realizar un catálogo de supuestos de incapacidad desde la perspectiva del derecho español, merece señalar la modificación del C.c. con ocasión de la Ley 13/1983, de 24 de octubre en materia de tutela, y concretamente, la reforma suprimió el contenido del art. 32.2 C.c., que, hasta ese momento, era la norma de obligada referencia para verificar en nuestro ordenamiento las distintas restricciones a la capacidad. A partir de esa reforma, hay que dirigirse dentro de esta materia a los arts. 199 y ss., y 314 y ss. Sobre la base de estos preceptos, nos encontramos con las siguientes figuras:

- Un supuesto de incapacidad de carácter autónomo: la minoría de edad.
- Un supuesto dependiente de una situación jurídica anterior, y concretamente la emancipación.
- Supuestos declarados judicialmente atendiendo a las causas legalmente determinadas, como son, según el art. 200, la enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, que impiden a la persona gobernarse por sí misma.

2.- Examen de supuestos:

a) Minoría de edad: art. 15 CE: los españoles son mayores de edad a los 18 años; art. 315 C.c.: la mayor edad comienza a los 18 años cumplidos. La edad es una cualidad de la persona que es tomada en consideración por el derecho para determinar su aptitud en relación con determinados actos jurídicos. En el DIPr español, la mayoría de edad comporta la adquisición de la plena capacidad de obrar, a cuya situación se contraponen la minoridad, como un estado de la persona en el que existe no una incapacidad general en sentido propio, sino una capacidad de obrar restringida o limitada. Esta situación conduce al establecimiento de un sistema de protección del menor por medio de la patria potestad, tutela, etc.

En cuanto a la ley aplicable para apreciar la existencia de una situación de incapacidad derivada de la minoridad, o para apreciar los efectos de los actos realizados por el incapaz menor de edad, debe seguirse en nuestro ordenamiento jurídico la ley nacional del interesado (art. 9.1 C.c.) por tratarse de una materia tradicionalmente incluida en el ámbito del estatuto personal por afectar a la capacidad y al estado civil de la persona. La ley nacional del menor es la competencia para establecer la intervención de las personas que deben completar o suplir la capacidad limitada o restringida de aquel.

La acción de la ley nacional no es limitada. A este respecto, la STC de la Corte de Apelación de París de 1976 puso de relieve hasta qué punto la acción de la norma de conflicto puede quedar mediatizada por las normas materiales imperativas. En este caso, el juez francés se negó a aplicar la norma material alemana a la que se había remitido previamente la norma de conflicto francesa, en la que se consideraba capaz plenamente a un

joven alemán para alistarse en la legión francesa. Para ello, el juzgador utilizó la norma material francesa sobre reclutamiento, que exigía una edad mínima de 20 años para alistarse en el ejército.

Dada la diversidad de los ordenamientos en cuanto a la edad que pone fin a la minoridad, suelen ser frecuentes los conflictos móviles debidos al cambio de nacionalidad. Existe unanimidad en considerar que al individuo se le debe aplicar siempre la regla más favorable. Si una persona ha adquirido la mayoría de edad según su ley nacional anterior, no la pierde por adquirir la nacionalidad de un país que fije tal mayoría en una edad superior.

En consonancia con este criterio clásico, el art. 9.1.2 C.c. establece que el cambio de ley persona no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.

b) Emancipación: existen procedimientos para acelerar y anticipar la independencia del menor, el reconocimiento de una capacidad similar a la mayoría de edad. Ello suscita muchos problemas en el DIPr porque los ordenamientos estatales se caracterizan por un particularismo, que va desde la carencia de estos procedimientos hasta aquellos que los regulan expresamente bajo el enunciado de la emancipación. Junto a estos supuestos extremos, existen otros intermedios, de modo que por ejemplo en los países anglosajones se reconoce a los menores a partir de cierta edad una capacidad de hecho, o por ejemplo países como Alemania o Suiza, en los que se establece la declaración de mayoría.

A tenor de esta diversidad, la opción del orden público es muy importante en este tema. En el sistema español, la emancipación lleva consigo unas limitaciones para el menor; el art. 323 C.c. establece que el menor emancipado no puede tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin el consentimiento de sus padres y el de su tutor.

Ante la existencia en nuestro ordenamiento de una pluralidad de tipos de emancipación, y ante el hecho de que ésta aparezca en ocasiones con un carácter dependiente de otras relaciones jurídicas, se plantea la interrogante de si este problema debe situarse en el marco del estatuto personal o bajo la órbita de otros estatutos que serían de aplicación a otras relaciones jurídicas. La respuesta tradicional de nuestro sistema refrendada por el art. 9.1 C.c., se inclina por una solución unitaria que es la aplicación de la ley nacional del menor que debe regir la capacidad para ser emancipado, así como las causas de emancipación y sus efectos. Así, la Resolución de la D.G.R.N de 26 de febrero de 1972 estableció que, a partir de esta regla, hay que mencionar los distintos **tipos de emancipación** en nuestro ordenamiento jurídico:

- Emancipación por matrimonio, que requiere la validez de éste, lo cual implica que, en caso de nulidad, se produciría en principio la nulidad de la emancipación, si bien cabría dar entrada a la institución del matrimonio putativo del art. 79 C.c.
- Emancipación por concesión de los que ejercen la patria potestad (art. 317 C.c.). Puede resultar cuestionable si se realiza en país extranjero según la ley del lugar, sobre la base de una hipotética aplicación del art. 11.2 C.c. en materia de formalidad. Para que la emancipación tenga lugar, es necesario que se formalice en escritura pública, o comparecer ante el juez encargado del Registro.
- Emancipación por concesión judicial (arts. 320 y ss. C.c.).
- Emancipación que se obtiene por la vida independiente del menor (art. 319 C.c): se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo menor de 16 años que, con el consentimiento de los padres, viviere independientemente de ellos. Los padres podrán revocar este consentimiento. Como este tipo de emancipación tiene un carácter de hecho frente a los anteriores, la doctrina ha considerado que esta posibilidad para la emancipación se puede extender para los menores extranjeros que residan habitualmente en España con independencia de lo que disponga su ley nacional; esta emancipación puede ser revocada en cualquier momento. El beneficio del menor puede justificar la consideración de este precepto como norma material imperativa.

TEMA 21: FORMAS DE PROTECCIÓN DE LAS INCAPACIDADES.

PROBLEMAS DE LAS FORMAS DE PROTECCIÓN.–

Las formas de protección se pueden clasificar atendiendo a dos criterios. Por una parte, la edad de la persona necesitada de protección, lo que nos conduce a separar las formas de protección de los menores de la de los mayores, y, por otra parte, la modalidad de la protección que separa la ejercida dentro del ámbito de la familia, de aquella que pertenece a una autoridad pública.

Hay que analizar por separado la protección de los menores y la de los incapaces mayores.

En cuanto a la protección de los incapaces mayores, hay que tener en cuenta lo siguiente: tradicionalmente, se ha estimado que la protección de los incapaces era una materia que incumbía por completo al Derecho Privado. El bien jurídico protegido y su reglamentación en los Códigos Civiles eran elementos que avalaban este punto de partida. Sin embargo, actualmente se asiste a una importante intervención del Estado en este ámbito. El art. 39.2 CE hace expresa referencia a la responsabilidad de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, que son iguales ante la ley con independencia de su filiación; o la Ley 13/1983 de 24 de octubre de reforma del C.c. en materia de tutela.

La norma más reciente a este respecto es la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en la que se establecen distintas medidas y compromisos de la autoridad pública para su protección.

En el plano interno existe un movimiento paralelo en el tráfico privado externo. Tradicionalmente, la inclusión de esta materia en el ámbito del estatuto personal se justificó por razones históricas y doctrinales. Frente a esta posición, la dimensión social del Derecho Privado es un elemento que agudiza la crisis del estatuto personal, en el que se habían incluido las formas de protección. El interés del menor y la amplia autonomía concedida al juez son elementos fundamentales en la protección de los menores tanto en el ámbito interno como en el internacional.

El enfrentamiento existente entre formas de protección centradas en el plano civilista y las medidas de carácter público que se determinan, se traduce en el sector del DIPr en la dialéctica existente entre normas de conflicto y normas materiales imperativas. Estas disposiciones legales afectan a los intereses de los hijos y de la comunidad.

El intervencionismo del Estado en el ámbito de las formas de protección ha influido en el tráfico externo, dotando a esta materia de una autonomía propia, al sustraerla al régimen de la capacidad. Dicha autonomía se advierte en el sector de la ley aplicable y en la determinación de la autoridad competente.

PROTECCIÓN DE MENORES.–

1.– Patria potestad y protección de los menores: la protección del menor a través del ejercicio de la patria potestad encierra una doble dimensión que pone de manifiesto el art. 154.2 C.c., que dice que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos comprendiendo los siguientes deberes y facultades:

- Velar por los intereses de los menores.
- Tenerlos en su compañía.
- Alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- Representarlos y administrar sus bienes.

De estos deberes y facultades se distinguen por una parte los de naturaleza personal, y por otra los de carácter patrimonial.

Unos y otros están dentro del ámbito de aplicación de la ley rectora de la patria potestad, que es la ley nacional del hijo (art. 9.4 C.c). Las relaciones paterno – filiales se regirán por la ley personal del hijo, y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la ley de residencia habitual del hijo. Este régimen legal es el que determina el contenido de la patria potestad y las atribuciones de las personas encargadas de la protección del menor, tanto en lo referente a su persona como a sus bienes. Esa ley se aplicará en lo relativo a la representación del menor.

La aplicación de la ley personal del hijo como rectora de las relaciones paterno – filiales y de la patria potestad encuentra a veces ciertos factores de especial incidencia en este ámbito. El interés del hijo (art. 39 CE), la igualdad de sexos (art. 14 CE) o el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) hacen que determinados aspectos de esta materia queden desgajados del ámbito de la ley rectora *a priori* o como consecuencia de la acción del orden público.

La progresiva especialización de las normas de conflicto y la asunción de obligaciones internacionales en este sector propicia que determinados aspectos que en principio deberían formar parte del estatuto personal, cuenten sin embargo con una regulación autónoma.

Al margen de la ley rectora de la patria potestad, son aplicables directamente las normas que establecen en nuestro sistema una protección de la infancia abandonada o en peligro respecto de cualquier menor que esté en territorio español con independencia de su nacionalidad. El empleo de las normas materiales imperativas se justifica en cuanto que, ante las deficiencias a que puede dar lugar la protección familiar, el Estado debe intervenir para salvaguardar el interés del menor en cuanto a su educación y cuidado (art. 9.6 C.c.).

El **orden público** se mostrará muy operativo tanto si el contenido de la patria potestad regulada por la ley extranjera no cubre las medidas mínimas de educación y cuidado del hijo como si dicho ordenamiento extranjero permite unos métodos de corrección contrarios a la dignidad de la persona.

También operaría el orden público cuando la ley extranjera contemplase unas causas de privación de la patria potestad basadas en la discriminación por sexo.

La intervención pública que preside el régimen de la protección de menores se traduce en la necesidad de una especial vigilancia por parte de tribunales y autoridades en todo lo referente a la patria potestad, pudiendo incluso llegar a privar de la misma a sus titulares.

Respecto del orden público, el art. 22.3 LOPJ atribuye competencia a nuestros órganos jurisdiccionales en materia de filiación y de relaciones paterno – filiales cuando el hijo tenga residencia habitual en España. A esta competencia debe sumarse la que se atribuye en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados cuando éstos tengan residencia habitual en España.

2.- Tutela y otras instituciones de guarda de los menores: para aquellos supuestos en que el menor no puede obtener protección a través de la patria potestad, los ordenamientos establecen una serie de instituciones que tratan de garantizar su cuidado, su representación y su defensa.

Estas instituciones no tienen el mismo contenido en los distintos ordenamientos jurídicos. Ej. Frente a lo que sucede en los países latinos en los que se gira básicamente en torno a la órbita familiar, en los países germánicos o anglosajones se contempla la tutela de autoridad, que pertenece a un organismo público cuya función es controlar la protección del menor en nombre de la comunidad.

Dentro de la dicotomía existente en el Derecho Comparado, la reforma de la Ley de 24 de octubre de 1983 contribuyó a desplazar a nuestro sistema del primer grupo de Estados hacia el segundo, aunque sin conseguirlo plenamente. Esta reforma ha supuesto pasar de la unidad institucional basada en la tutela a una pluralidad de formas de protección. La reforma del C.c. de 1983 no afectó apenas a las relaciones privadas

internacionales por la previsión del art. 9.6 C.c. sobre la tutela y demás instituciones de protección del incapaz.

Sin embargo, nuestro sistema ha tenido una discordancia frente a un Convenio de La Haya sobre Tutela de Menores de 12 Años, de julio de 1992: alejado de la realidad actual, quedó prácticamente en desuso, por lo que en cierta medida fue sustituido por el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores. Con este texto se trataron de eliminar las deficiencias del Convenio de 1902, y su parte central reposa no en el conflicto de leyes, sino en el conflicto de autoridades, determinándose que la competencia corresponde a la autoridad de la residencia habitual del menor.

Asimismo, el Convenio de 1961 ha perfeccionado el mecanismo de cooperación entre autoridades, estableciendo unos cauces de información mutua y un reconocimiento recíproco de sus actuaciones. La reforma del Título Preliminar del C.c. de 1964 introdujo un sistema que responde a las líneas generales del texto convencional.

En cuanto a la ley aplicable a la constitución y desarrollo de la tutela, debe significarse que en nuestro DIPr, como consecuencia de las obligaciones internacionales contraídas, existe una pluralidad de regímenes:

- **Régimen común:** el art. 9.6 C.c. es una norma de conflicto que establece la regla de base en cuanto a la ley aplicable a la tutela y demás instituciones de protección del incapaz, utilizando una conexión única que es la nacionalidad del incapaz. El supuesto de hecho de esta norma es amplio porque habla de tutela y demás instituciones, por lo que ofrece la ventaja de solucionar o evitar un conflicto de calificaciones. En caso de que el incapaz no tenga nacionalidad o ésta sea indeterminada, será la ley de su residencia habitual la aplicable. Las materias incluidas en esta norma son amplias: cuestiones sobre organización, terminación y control de las instituciones de guarda, alimentos derivados de la relación tutelar, y la representación legal del incapaz.
- **Régimen convencional:** Convenio de 5 de octubre de 1961. Conciernen sólo a los menores que tengan la nacionalidad de los Estados parte de este Convenio. No se dirige al conflicto de leyes, sino al conflicto de autoridades.
- **Situación de urgencia y provisionalidad:** no existe una plena coincidencia dentro de nuestro sistema entre el régimen común y el convencional. El Convenio de 1961 soluciona este problema conforme al criterio de la autoridad competente, y su art. 9 establece que en todos los casos de urgencia, adoptarán las medidas necesarias de protección las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el menor o los bienes que le pertenezcan. Frente a ello, nuestro régimen común se decanta por una respuesta distinta que es la aplicación de la ley de residencia habitual del incapaz. El art. 9.6.1.2 C.c. dispone que las medidas provisionales o urgentes de protección del incapaz se rigen por la ley de residencia habitual del incapaz. Esta solución coincide con el criterio utilizado también por nuestro legislador en el ámbito de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales. El art. 22.3 LOPJ establece la competencia de nuestros órganos jurisdiccionales en materia de protección de la persona o bienes de los menores o incapaces sobre la base de su residencia habitual en España.
- **Formalidades de la organización de la tutela:** el art. 9.6.2 C.c. establece que las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán según la ley española. Nuestras autoridades en este caso deben observar las formalidades del Derecho Procesal español, incluso aunque tales formalidades no existan en el ordenamiento del Estado del que es nacional el menor.

El régimen de la **tutela consular** es la establecida por los cónsules sobre los menores de su Estado no sometidos a patria potestad en el territorio en que se encuentran. Viene regulado en el Convenio de Viena de 1963, sobre Relaciones Consulares, estableciendo su artículo como función consular la de velar dentro de los límites que imponga la legislación del Estado receptor por los intereses de los menores nacionales del Estado

que envía, en particular, cuando se requiera instituir para ellos una tutela.

La ley aplicable a la tutela consular es la ley nacional del menor, lo cual se ratifica por distintos tratados bilaterales suscritos por España. En caso de que la tutela sea organizada en el extranjero por un cónsul español, su validez en cuanto a la forma debe determinarse según la ley española aplicable según lo previsto en el art. 11.3 C.c

3.- Protección de los menores y medidas de asistencia educativa y educación protectora: la práctica comparada ha demostrado que en este punto operan las normas materiales imperativas frente a la regla general constituida por la ley nacional del incapaz. Así, el art. 9.6.3 C.c. establece que será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en España. Se trata de una norma cuyo supuesto de hecho está conectado con el ámbito territorial de nuestro ordenamiento y cuya consecuencia jurídica se caracteriza por la aplicación imperativa de la ley española.

Tan sólo es preciso resaltar que nuestro ordenamiento restringe tales situaciones cuando se trata de menores o incapaces abandonados. Tal limitación supone sustraer de esas medidas de protección a todo extranjero sometido a una institución protectora.

El Convenio de 1961 establece un sistema de notificación e información de cualquier medida adoptada entre las autoridades del Estado donde el menor tiene su residencia y las del Estado del que es nacional. En el Derecho material español, debe ponerse de manifiesto el mandato constitucional previsto en el art. 39.4 CE, que ha guiado la política más reciente de incorporación a los textos internacionales en la materia. Establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Como consecuencia, España procedió en 1990 a la ratificación de la Convención de la ONU sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. También cabe destacar la LO 1/1996, de 15 de enero sobre Protección Jurídica del Menor, en cuyo art. 3 dice que los menores gozarán de los derechos que les concede la CE y los tratados internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño.

El art. 10.1 LO 1/1996 reconoce expresamente a los menores su derecho a recibir de las Administraciones Públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto.

PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES MAYORES.-

Aunque la protección de los incapaces menores ofrece numerosas coincidencias con la de los menores, existen determinados problemas específicos derivados de la diversidad con que los Estados reglamentan esta materia.

- Atendiendo a un examen comparativo, encontramos Estados que introducen tres medidas de protección: tutela, curatela y consejo judicial. Ej. Francia, Bélgica y Suiza.
- Otros Estados (Alemania, Portugal) se limitan a dos medidas: tutela y curatela.
- Estados como Austria, los países escandinavos, etc., en los que se contempla una sola institución: la tutela o la curatela.

Esta variedad de soluciones tiene una repercusión sobre las relaciones privadas internacionales, suscitándose como problema principal la determinación de la ley aplicable a tales medidas.

En el DIPr español, a partir de la reforma del C.c. por la Ley de 13 de mayo de 1981 y la Ley de 24 de octubre de 1983, la protección de los incapaces mayores se puede realizar a través de varios cauces.

El art. 171 C.c. hace referencia a la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. La prorrogada procede en los casos en que se haya producido la incapacitación del hijo menor. La rehabilitada procede

cuando la incapacitación se produce en la persona de un hijo mayor de edad y soltero, que vive en compañía de sus padres. En los demás casos, habrá que acudir a la tutela o a la curatela según el supuesto.

En cualquier caso, la norma de base desde el punto de vista conflictual de nuestro sistema de DIPr se encuentra en el art. 9.6 C.c., siendo de aplicación la ley nacional del incapaz, y subsidiariamente la ley de su residencia habitual.

En cuanto a la competencia judicial, de acuerdo con el art. 22.3 LOPJ, tendrán competencia nuestros tribunales o juzgados cuando el incapaz tenga su residencia habitual en España.

TEMA 22: OBLIGACIONES CONTRACTUALES (I).

FUENTES: EL ART. 10.5 C.C Y EL CONVENIO DE ROMA DE 1980 SOBRE LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.-

Desde la reforma del Título Preliminar del C.c. de 1974, el art. 10.5 constituía la norma central del sistema español de DIPr en materia de contratos. Sin embargo, la publicación del Convenio de Roma de 1980 cambió radicalmente el panorama normativo. Desde la entrada en vigor para España de este Convenio, son sus normas y no el art. 10.5 C.c. las que constituyen el centro de nuestro sistema.

Aún así, si tenemos en cuenta que este Convenio se aplica sin condición de reciprocidad. Así, por ejemplo, no es preciso que el otro Estado vinculado con el contrato sea o no parte de dicho Convenio.

El art. 10.5 C.c. solamente estaría en vigor para las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio. Éste se aplica en España a los contratos celebrados después de su entrada en vigor; todos los anteriores siguen teniendo como norma de referencia el art. 10.5 C.c.

ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL CONVENIO DE ROMA EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.-

El Convenio solamente se refiere a las obligaciones contractuales derivadas de un contrato. Por ello quedan fuera del mismo las obligaciones que hayan surgido de otras fuentes distintas a la citada, como son las procedentes de actos ilícitos o de responsabilidad por riesgo.

La idea de contrato constituye un supraconcepto que, como tal, encuentra aplicación no sólo en el derecho patrimonial, sino también en el derecho de familia y en el de sucesiones.

Por esta razón, el art. 1 del Convenio de Roma de 1980 precisa el ámbito de aplicación del mismo, haciendo expresa referencia a determinadas exclusiones.

Fuera de este Convenio, quedarían todos los pactos sobre testamentos y sucesiones, derechos y deberes de familia, parentesco y matrimonio, incluidas las obligaciones de alimentos respecto de hijos no matrimoniales. Por ello, los pactos y contratos que tienen por objeto una relación de Derecho de Familia o de Sucesiones se deben regir por los ordenamientos nacionales. También se excluyen los acuerdos de atribución de competencias a tribunales de justicia; y, los contratos de seguros que cubran riesgos situados en los territorios de los Estados miembros. Tales contratos son regulados por las normas de DIPr puestas en vigor en los Estados de la UE en desarrollo de las Directivas comunitarias sobre esta materia; también se excluyen los contratos de Derecho Público.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO.-

1.–El principio de libre elección por las partes: el art. 3.1 Convenio de Roma dispone como primera solución a los efectos de determinar el régimen jurídico de la relación contractual, que el contrato se rija por la ley elegida por las partes. Esta libertad reconocida a las partes es una prolongación del principio de autonomía privada; el contrato es expresión de la libertad y autonomía de los particulares. Por eso, el DIPr concede a las partes la facultad de determinar el ordenamiento que rija su relación. Este ordenamiento elegido será el que determine cuándo es o no un acuerdo vinculante, cuáles son los derechos y deberes de las partes, y las consecuencias que comportaría el incumplimiento no justificado del mismo. Así se permite de manera anticipada fijar o elegir el marco jurídico conforme al cual se van a desarrollar las relaciones entre las partes contratantes. Las cláusulas de elección del derecho aplicable proporcionan uno de los instrumentos de producción de conflictos de leyes más valiosos, ya que aseguran que la cuestión sobre el derecho aplicable al contrato será resuelta de manera uniforme y predecible, asegurando así una estabilidad jurídica a cualquier relación contractual.

2.– Autonomía conflictual y autonomía material: la doctrina distingue la facultad de elección del ordenamiento aplicable, a la que denomina autonomía conflictual, de la libertad que tienen las partes en el marco de un determinado derecho material nacional, a la que denominan autonomía material. Para conocer el margen de libertad contractual material de que disponen las partes, se exige que previamente se haya determinado el derecho aplicable a ese contrato, porque éste establecerá los límites al ejercicio de la autonomía material.

Esta diferenciación permite:

- Separar jurídicamente las cláusulas del derecho aplicable del resto de las cláusulas del contrato para dotarlas de independencia.
- Separar las cláusulas de elección del derecho aplicable de las denominadas cláusulas de incorporación por referencia. Las primeras suponen el ejercicio de la autonomía conflictual y permiten atribuir con carácter general la regulación del fondo del contrato a un determinado ordenamiento nacional. Las segundas suponen el ejercicio de la autonomía material en el marco del derecho material elegido, y desempeña una función integrativa del contrato, supliendo lo no expresamente previsto por las partes. Ej. Remisiones que las partes hacen a determinados convenios internacionales que, aun no estando en vigor en los Estados vinculados con el contrato, pasan a integrarse como contenido del mismo; las remisiones a reglas establecidas por asociaciones internacionales como las de los comerciantes.

3.– Presupuestos de la autonomía conflictual, el carácter internacional del contrato: el art. 3 del Convenio de Roma de 1980 tiene como finalidad la regulación de los contratos en situaciones en que comporten un conflicto de leyes. Una situación de este tipo es aquella que presenta vínculos con más de un ordenamiento. La posibilidad de elegir el derecho aplicable se reserva a este contexto. En caso de relación contractual desprovista de elementos de conexión con otro ordenamiento distinto, no cabe esta selección en términos de autonomía conflictual. En tal caso, se observarán los mismos límites que en un contrato estrictamente interno.

4.– Límites a la autonomía conflictual: respecto de la vinculación entre la ley elegida y el contrato, cabe destacar que, frente a las reservas tradicionales del legislador español, que quedan patentes sobre todo en el art. 10.5 C.c., en el Convenio de Roma de 1980, el principio de libre elección por las partes se adopta sin restricciones ni cautelas, es decir, no se requiere que la ley elegida tenga conexión con el negocio o con las partes, ni que éstas deban justificar la razón de su elección. Opera por tanto la libre voluntad de las mismas.

–. Un segundo límite sería en relación al contratante más débil: en aquellos sectores en que existe una política legislativa de protección de uno de los contratantes, las soluciones tradicionales del DIPr incorporan esa política de protección adaptándola a las particularidades del tráfico internacional. Por eso, el Convenio de Roma limita el alcance de la autonomía conflictual en los contratos de consumidores y en los contratos laborales.

–. Normas de intervención de naturaleza pública. La autonomía conflictual opera en el ámbito de las acciones jurídico – privadas de los contratantes, que pueden elegir el marco jurídico que mejor responda a sus necesidades. De esta forma, se permite cierta competencia entre los ordenamientos jurídicos. En un orden distinto, se encuentran las normas de intervención de carácter estatal, que proporcionan el marco jurídico – público de la actividad privada, y que básicamente están destinadas a controlar la incidencia o eficacia externa que el contrato pueda producir sobre determinados bienes jurídicos de interés público. Ej. Sobre competencia, sobre seguridad nacional, etc.

–. Elección de ordenamientos estatales: el Convenio de Roma arranca de un presupuesto común ya tradicional en nuestro C.c. en cuanto a que la elección por las partes del derecho aplicable debe referirse estrictamente a un ordenamiento estatal. No obstante, el Convenio no prohíbe a las partes utilizar sistemas extraestatales como criterios de resolución de sus conflictos. Sin embargo, sólo la remisión a un Derecho estatal tiene valor conflictual.

.

TEMA 23: OBLIGACIONES CONTRACTUALES (II).

ÁMBITO DE LA ELECCIÓN.–

1.– Elección global y elección parcial: el art. 3.1 del Convenio de Roma de 1980 permite que, mediante la elección, las partes puedan designar la ley aplicable a la totalidad del contrato o sólo a una parte del mismo. Esta facultad resulta lógica desde que se reconoce el principio de autonomía de las partes. Sin embargo, el principal límite a la posibilidad apuntada está en la coherencia interna del contrato. En definitiva, dicho fraccionamiento sólo cabe respecto de cuestiones jurídicas que son separables sin que el contrato pierda su unidad intrínseca. Conforme a este criterio, se debe permitir en un contrato de compraventa el sometimiento de las obligaciones de las partes a leyes distintas. El contrato forma un todo unitario, de modo que sólo se puede admitir el fraccionamiento respecto de aquellos elementos que puedan ser regulados por leyes distintas sin dar lugar a resultados contradictorios.

2.– La elección como remisión material: la elección de un derecho extranjero supone la designación de su sistema de normas materiales excluyendo las reglas de conflicto. Sin embargo, puede surgir algún problema una vez efectuada esa remisión ante la existencia en el derecho extranjero reclamado como ley reguladora del contrato de determinadas normas que autolimiten negativamente su ámbito de aplicación espacial. Para solventar estas situaciones, se debe tener en cuenta determinados factores como la voluntad de las partes que han podido elegir ese derecho en razón del contenido de esa ley limitativa.

Otro factor sería el alcance formal de la autolimitación. Ésta puede suponer por ejemplo la aplicación de otras disposiciones de ese mismo ordenamiento extranjero, o reconocer a las partes una posibilidad casi plena de determinar el régimen jurídico, bien sea desde el punto de vista material o conflictual.

Incluso puede significar que ese ordenamiento extranjero no sea de aplicación al caso planteado, y que por esa razón el legislador haya establecido la aplicación o entrada en juego de las normas conflictuales.

MOMENTO DE LA ELECCIÓN. –

Las partes pueden modificar en cualquier momento una elección anteriormente fijada, e igualmente pueden elegir por primera vez la ley aplicable, ya sea en un momento anterior o posterior a la conclusión del contrato. Esta facultad aconseja distinguir el pacto de elección del derecho aplicable del correspondiente al fondo del contrato.

La posibilidad de modificar en cualquier momento la ley aplicable o de elegirla es una consecuencia del

principio de autonomía, y sirve para eliminar incertidumbres en cuanto al derecho aplicable, ya sea en supuestos en los que no resulta fácil determinar el ordenamiento competente, o en situaciones en las que un cambio de circunstancias surgidas durante la vida del contrato aconsejen su modificación. La elección posterior o su modificación están sometidas a los mismos límites y condiciones que la elección inicial.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACUERDO DE ELECCIÓN.–

1.– Naturaleza del acuerdo y organización del régimen jurídico: el acuerdo de elección del derecho aplicable tiene naturaleza de negocio jurídico autónomo, y es separable del contrato principal al que se refiere y en el que formalmente se puede integrar en una de sus estipulaciones. El Convenio de Roma regula directamente sólo algunos aspectos del acuerdo de elección, tales como la admisibilidad, forma y efectos del mismo. Fuera de estos aspectos, el resto de las cuestiones se deben resolver por remisión en el derecho material nacional designado competente.

Este sistema mixto de regular el acuerdo de elección opera del siguiente modo:

- En cuanto al régimen derivado de la norma de DIPr, los arts. 3, 5, y 6 del Convenio de Roma regulan directamente la admisibilidad de la elección del derecho aplicable, la exigencia de que exista un acuerdo real entre las partes, así como la forma y efectos del mismo.
- En cuanto al régimen obtenido por remisión a ese derecho nacional competente, el art. 3.4 del Convenio de Roma dispone la aplicación de los arts. 8, 9 y 11 del Convenio de Roma para determinar el derecho material competente a los efectos de valorar si ha existido o no consentimiento de las partes sobre la elección del derecho aplicable.
- Las condiciones derivadas del art. 3.1 del Convenio de Roma no son condiciones mínimas a las que puedan acumularse condiciones adicionales impuestas por el derecho nacional elegido.

2.– Exigencia de un acuerdo real: el art. 3.1 del Convenio exige una elección por las partes que puede ser expresa, o bien deducirse de las circunstancias y términos del negocio. El Convenio establece un doble requisito: que exista un acuerdo, y que ese acuerdo real pueda ser manifestado expresa o tácitamente. Es patente que el Convenio exige suficiente seguridad sobre la voluntad de las partes, posición lógica porque la elección de la ley aplicable es un instrumento jurídico poderoso, cuyas consecuencias para las partes son evidentes.

También es lógico que sea desde la perspectiva de la regla del DIPr o conflictual, que es el art. 3 del Convenio, desde la cual se juzgue cuándo una cláusula de elección satisface dicho criterio.

3.– Formas admisibles de expresión del acuerdo: el contrato es expresión de libertad y autonomía de los particulares, y por ello, el art. 3 del Convenio de Roma reconoce tanto la elección expresa como la tácita. Aunque las cláusulas del contrato guarden silencio, se debe comprobar si la voluntad de las partes de someter su negocio a un determinado ordenamiento se desprende con suficiente claridad de los términos del propio contrato. El principio interpretativo a seguir debe ser el principio de búsqueda de la voluntad real de las partes de someter sus relaciones a un determinado derecho nacional. Si las partes actuaron de conformidad con un determinado ordenamiento, asumiendo en consecuencia su aplicación, debe ser dicho ordenamiento el que gobierne sus relaciones.

El principio de búsqueda de la voluntad real constituye al mismo tiempo el límite a la investigación del juez, el cual debe tener suficiente seguridad de que la voluntad de las partes existió en un momento relevante que, por lo general, es el de la celebración del contrato. No son suficientes vagos indicios o conjeturas. La voluntad de los contratantes de someter su contrato a un derecho determinado se debe deducir de datos o circunstancias concretas. El juez no está autorizado a presumir lo que las partes debían haber previsto, sino a deducir con una seguridad razonable dicha voluntad atendiendo a las circunstancias y términos del contrato.

En suma, debe tratarse de una elección de las partes, pero no del juez o del tribunal.

Para el correcto ejercicio de dicho cometido, el juez debe dirigir su atención a aquellos comportamientos y circunstancias negociables que, sin tener como objeto la exteriorización de la voluntad de las partes, partan de ella. Ej. Tendrán relevancia los comportamientos de las partes anteriores o posteriores a la celebración del contrato, como determinada correspondencia cursada entre ellas, concerniente al contrato; referencias a un ordenamiento determinado; vinculación de elementos esenciales del contrato a un determinado ordenamiento jurídico; comportamientos procesales de las partes.

4.- Formación y validez intrínseca del acuerdo de elección: el art. 3.4 Convenio de Roma somete la formación y validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable a tres preceptos del Convenio:

- Art. 8: en cuanto a la ley aplicable al consentimiento y validez de fondo.
- Art. 9: en cuanto a la forma.
- Art. 11: en cuanto a los problemas de incapacidad.

De ellos, el art. 8 es el más importante. La fórmula que utiliza esta norma puede parecer a primera vista paradójica, porque, para determinar la existencia o validez del acuerdo e elección, ordena la aplicación de la ley que sería aplicable si dicho acuerdo fuese válido. En definitiva, ordena la aplicación de la ley cuya elección se discute. Frente a esta regla general, se reconoce la **función de veto** para que las partes, de acuerdo con la ley de su residencia habitual, puedan en su caso demostrar que no dieron su consentimiento a la elección del derecho aplicable. En cualquier caso, si una cláusula de elección satisface o no los requisitos del art. 3.1 que exige seguridad sobre la existencia de un acuerdo de elección, debe decidirse conforme a dicho precepto.

LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN.-

1.- El principio de proximidad y la regla de los vínculos más estrechos: la regla general el Convenio de Roma a este respecto está en el art. 4, que dispone que si las partes no han designado ley aplicable al contrato, éste se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. Este principio ha tomado en consideración dos referencias:

a.- Una referencia histórica porque ni el principio de proximidad ni la regla de los vínculos más estrechos son una invención del Convenio de Roma, sino uno criterio de la práctica jurisprudencial europea. Su génesis se justifica por la dificultad en estos casos de encontrar una solución plenamente satisfactoria en cuanto al punto de conexión que permita localizar el ordenamiento más adecuado. Históricamente, este criterio de conexión alternativo fue el lugar de ejecución cuya principal dificultad fue la de que dicho lugar podría no ser único o no estar determinado en el contrato, o no presentar suficiente vinculación con las partes o con el negocio propiamente dicho. El recurso a este tipo de conexiones rígidas generaba en las Jurisprudencias la conciencia de producir, a veces con frecuencia, resultados poco satisfactorios porque conducían a la aplicación de ordenamientos escasamente vinculados con el negocio correspondiente.

b.- Las circunstancias relevantes que deben valorarse para determinar el lugar en el que el contrato tiene una mayor vinculación. Esta valoración debe arrancar del contrato en sí, es decir, de su naturaleza, de su objeto y de su fin. En principio, no existe un catálogo de conexiones a valorar, y por ello se deben tener en cuenta todo tipo de vinculaciones con un país determinado, ya sean personales, territoriales, jurídicas o económicas. Las conexiones no tienen un valor preestablecido salvo decisión del legislador, ni tampoco un carácter inmutable, por lo que se deben contemplar a la luz de todas las circunstancias.

2.- Las reglas de los vínculos más estrechos y sus presunciones: el Convenio de Roma hace operar el principio de los vínculos más estrechos sobre la base de determinadas presunciones legales que se recogen en

el art. 4.2., 3 y 4: señala que se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en el que la parte que deba realizar la prestación característica tenga al tiempo de celebrar el contrato su residencia habitual. Si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, será la ley del lugar donde tenga su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de una actividad profesional, este país será aquel en que esté situado su establecimiento principal.

El art. 4. 3 y 4 se refiere a presunciones más concretas, cuya finalidad es concretar dicho principio transformándolo en reglas que, *a priori* y en situaciones típicas, permitan indicar el derecho aplicable. Por tanto, a través de estas presunciones, se refuerza la previsibilidad en cuanto al régimen jurídico de aplicación.

La estructura del art. 4 establece una regla general para todo tipo de contratos y su necesaria concreción en reglas más puntuales dirigidas a determinados tipos de contratación. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 del art. 4 son presunciones de derecho, es decir, no presumen un hecho a partir de otro hecho constatado, sino que presumen un derecho a partir de un hecho previamente constatado. Basta con probar que se dan sus condiciones de aplicación para que, automáticamente, se presuman los vínculos más estrechos con ese país. Ej. Si se trata de un contrato cuyo objeto es un derecho real sobre un bien inmueble situado en un determinado país, se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en el que se encuentra ese inmueble.

Para escapar de la presunción, corresponde a la otra parte alegar aquellos hechos y circunstancias del negocio que apunten hacia otro ordenamiento jurídico distinto. Una vez alegado por la otra parte y admitido, el juez debe valorar y contraponer esos vínculos nuevos alegados a la conexión prevista por el legislador y que sirve de base a la presunción para decidir si en su conjunto presenta una conexión más estrecha del contrato con ese otro país. Por tanto, la presunción como tal puede surtir tres **efectos**:

- Si no se alegan y prueban por alguna de las partes otros contactos distintos, tendría plena validez la presunción legal.
- Aunque se aleguen y prueben esos otros vínculos, en caso de duda, debe concederse plena validez a la presunción.
- El juez, en caso de estimar las alegaciones presentadas por una de las partes acerca del mayor vínculo del negocio con otro ordenamiento, debe justificar el motivo por el que se aparta de la presunción legal.

3.- Estudio de las presunciones. La presunción basada en la prestación característica: el art. 4 del Convenio tiene 3 presupuestos. El contrato no ocupa un lugar en el espacio, pero tiene expresión en hechos materiales y en su relación con personas y objetos. Por eso, la localización del contrato admite variadas posibilidades: elegir una conexión que por sí mismo resuma el objetivo perseguido por el principio de los vínculos más estrechos no es una tarea fácil. A pesar de ello, el art. 4.2 basa la presunción legal que recoge en la prestación característica del contrato. Esta circunstancia permitirá la localización del contrato y la determinación del derecho aplicable.

Esta presunción parte de la base de que todo contrato posee una prestación y que en definitiva sirve para diferenciarlos de otros contratos. Para determinar esa prestación, es relevante la estructura del intercambio pretendido por las partes, es decir, a tal efectos, debe ser consultado el contrato en su conjunto. En cuanto al modo de localizar el contrato, a partir de dicha prestación, el art. 4.2 del Convenio atribuye la regulación del contrato al ordenamiento del país en el que la parte que tiene encomendada la prestación característica tiene su residencia habitual en el momento de celebración del contrato. Si se trata de una persona jurídica, dicho lugar será el de su administración central.

En el caso del ejercicio de una actividad profesional, será el lugar de situación del establecimiento principal. De esta forma, la elección del lugar de residencia, sede o establecimiento de la parte que tiene a su cargo la prestación característica como criterio de conexión, favorece una localización eficiente del contrato.

Las presunciones legales operan con carácter *iuris tantum*, de forma que se dan situaciones en las que la presunción debe ser descartada en beneficio del ordenamiento de otro país distinto en el que la persona que tiene a su cargo la prestación característica tiene su residencia habitual.

Asimismo, el Convenio emplea dos **presunciones complementarias** en el art. 4:

- Art. 4.3: presume que un contrato cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario presenta los vínculos más estrechos con el país donde esté situado el bien inmueble.
- Art. 4.4: se dispone que, para los contratos de transporte de mercancías, los vínculos más estrechos se presumen con el país donde el transportista tenga su establecimiento principal en el momento de celebración del contrato, siempre que en ese país se encuentre el lugar de carga y descarga de la mercancía, o bien el establecimiento principal del expedidor.

TEMA 27: CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

EL MATRIMONIO.-

1.- Sistema matrimonial y soluciones del DIPr español: en el ordenamiento español, las soluciones establecidas por las normas de DIPr sobre celebración del matrimonio han estado condicionadas por el sistema matrimonial vigente en cada período histórico. La tensión entre confesionalidad y laicidad en el sistema matrimonial es una de las claves fundamentales para interpretar las soluciones del DIPr.

El nuevo sistema matrimonial español deriva del art. 32 CE, que reconoce que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica; la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. Los elementos más relevantes de esta ordenación legal son:

- Los arts. 42 – 107 C.c. han configurado un sistema de matrimonio civil único, con dualidad de formas de celebración, civil y religiosa. La unidad del sistema matrimonial está basada en los efectos civiles que se derivan del matrimonio, pues éstos son los mismos con independencia de la forma, civil o religiosa, de contraerlo.
- La dualidad de formas de celebración permite que el matrimonio contraído en la forma religiosa produzca efectos civiles en nuestro ordenamiento desde su celebración, lo cual entraña un reconocimiento de los sistemas jurídicos que regulan la celebración del matrimonio religioso. Sin embargo, la atribución de efectos civiles sólo se producirá si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad y consentimiento prescritos por el ordenamiento del Estado. Se reconoce eficacia en el orden civil de las resoluciones de los Tribunales de la Iglesia en materia de nulidad matrimonial, pero ello se condiciona a que tales resoluciones se declaren ajustadas al Derecho del Estado por el juez civil competente; y aun cuando el ordenamiento religioso no lo admita, el C.c. establece la posibilidad de disolver el matrimonio por sentencia de divorcio.

La preocupación central del legislador no ha sido la de establecer una regulación adecuada y completa de los problemas que la celebración del matrimonio suscita en el ámbito del tráfico externo, sino la de tratar de garantizar en este marco la dualidad de formas de celebración del matrimonio, en cuanto elemento esencial del nuevo sistema matrimonial.

Las normas de DIPr en esta materia han de ser interpretadas de conformidad con la ordenación constitucional del matrimonio, que permite determinar el contenido del orden público en esta materia.

2.- Presupuestos de validez del matrimonio y objetivos de la ordenación legal: los requisitos de un matrimonio válido son: el consentimiento de los contrayentes, su capacidad para celebrar la unión y la prestación del consentimiento en una forma determinada. La regulación de cada uno de ellos en los distintos Estados presenta divergencias. Por eso, en algunos casos habrá que estarse a la ley personal de los

contrayentes, y en otros casos, a la ley del lugar donde el matrimonio se celebra. La pluralidad de leyes aplicables ha de permitir que se alcance la certeza jurídica que requiere la creación del *status* matrimonial y el *favor matrimonii*, pues la ordenación legal existente ha de facilitar la celebración de un matrimonio válido. En cuanto a la seguridad jurídica, es obligada la aplicación prospectiva de las leyes rectoras de los presupuestos de validez del matrimonio, antes de contraerlo, pues ello permitirá asegurar a los contrayentes que sus expectativas jurídicas no han de quedar defraudadas por una posterior sanción de nulidad; y a la autoridad interviniente autorizar un matrimonio que es válido según su Derecho. Y una vez celebrado, si el juez ha de declarar la validez o la nulidad del matrimonio, ha de estar guiado en la aplicación de las normas de DIPr por el *favor matrimonii*. Determinación judicial que puede tener lugar muchos años después de celebrada la unión.

3.- Consentimiento y requisitos de capacidad matrimonial: el **consentimiento matrimonial** es el verdadero presupuesto material para la validez del matrimonio, sancionándose su ausencia cuando es sólo aparente el consentimiento, cuando no es perfecto, a causa de error, o no se presta libremente.

La reforma del C.c. de 1981 no determina cuál es la ley aplicable en esta materia: cabe estimar dos vías: que el consentimiento matrimonial se base en la voluntad de los contrayentes (aert. 10.5 C.c.) o puede considerarse que estamos ante una cuestión de carácter personal, al ser el consentimiento expresión de la libertad de los contrayentes (art. 9.1 C.c.). Ésta última es preferible. La sanción legal frente a la ausencia o los vicios de consentimiento entraña una garantía de la libertad del matrimonio, para determinar si el consentimiento ha sido prestado válidamente.

En cuanto a los **requisitos de capacidad matrimonial**, tampoco hay solución expresa al problema. Se propuso estar a la ley personal del contrayente extranjero, y los convenios internacionales proponían la ley personal de cada contrayente, si bien bastaría acreditar que reúne los requisitos de capacidad de acuerdo a la ley de la autoridad ante la que se celebra el matrimonio.

En España, cuando el matrimonio se celebre ante una autoridad española, es la ley española la aplicable a los requisitos de capacidad matrimonial, pero esta orientación es criticable. En realidad, la respuesta al problema está en el art. 9.1 C.c.: la ley personal para la capacidad y el estado civil y los derechos y deberes de familia, al tiempo de la celebración del matrimonio.

El **momento** en que ha de apreciarse que los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad es distinto según se trate de:

1.- Matrimonio celebrado ante autoridad española: serán apreciados en el expediente previo.

2.- Matrimonio celebrado ante otra autoridad (extranjera o religiosa): el momento es el de la inscripción del matrimonio ya celebrado en el Registro Civil español tras la celebración del matrimonio religiosos en España. Sin embargo, cabe la posibilidad de expedir un certificado de capacidad matrimonial, que aunque no es exigido por España, sí lo es por algunos otros ordenamientos extranjeros que pretenden contraer matrimonio según las formas de la ley local.

En cuanto a la **dispensa de los impedimentos**, se plantean dos cuestiones fundamentales:

- La determinación de la autoridad competente para otorgar la dispensa: según los arts. 2 y 3 del Convenio de París de 10 de septiembre de 1964, cuando se trate de un nacional de uno de los Estados partes de dicho convenio, la competencia corresponde en principio a las autoridades del Estado de la nacionalidad del contrayente; pero se admite que sean también competentes las autoridades del Estado de celebración del matrimonio, siempre que el contrayente resida habitualmente en este Estado.
- El derecho aplicable a la dispensa de impedimentos: es la ley personal del contrayente la que determina si es posible la dispensa, los impedimentos que son dispensables, las personas legitimadas para solicitarla y los efectos de la dispensa otorgada tras la celebración del matrimonio.

4.- Forma de prestación del consentimiento matrimonial: el C.c. establece que el Juez o funcionario, después de leídos los arts. 66 – 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá la inscripción o el acta correspondiente. Es necesario la presencia de dos testigos, como acto solemne y público que es.

La ley rectora de la forma de prestación del consentimiento es la ley de la autoridad interviniente en el acto de la celebración del matrimonio. En los supuestos de tráfico privado externo, para saber si estamos ante un matrimonio válido para el ordenamiento español, será preciso determinar si el consentimiento matrimonial se ha prestado de conformidad con el ordenamiento jurídico designado por nuestras normas de DIPr.

Los **matrimonios informales o consensuales** son aquellas uniones que se forman con el simple consenso y son reconocidas como matrimonio en ciertos ordenamientos anglosajones en virtud de una posesión de estado o por hábito. No existe intervención de autoridad alguna. La forma de prestación del consentimiento no es un elemento constitutivo del matrimonio en nuestro ordenamiento, porque el elemento esencial es el consentimiento de los contrayentes. Por eso no cabe alegar que la ausencia de una autoridad constituya un elemento que integra el orden público español, que sólo ha de operar cuando el Derecho extranjero aplicable sea manifiestamente contrario a los valores jurídicos de libertad, dignidad de la persona e igualdad de los contrayentes

5.- Derecho aplicable a la forma de prestación del consentimiento matrimonial según los arts. 49 y 50 C.c.: la forma de prestación del consentimiento ha perdido rigidez debido a la posibilidad de optar por contraer matrimonio bien por la vía civil, bien por la vía canónica, y porque la forma canónica no es la única forma religiosa legalmente prevista; además hay que tener en cuenta la importante limitación de la nulidad del matrimonio por defecto de forma. Se caracteriza por admitir la validez formal del matrimonio celebrado bien de acuerdo a la ley del lugar de celebración, bien a la ley personal de los contrayentes, con la particularidad de que la ley personal, en el caso del matrimonio religioso, comprende la *professio religionis*.

Matrimonio celebrado en España:

- En forma civil: si contraen matrimonio un español y un extranjero, o dos extranjeros, la ley válida será la del lugar de celebración del matrimonio, aunque se permite que, si los dos son extranjeros, se celebre en España de acuerdo a la ley personal de cualquiera de ellos en el Consulado del país.
- En forma religiosa: puede celebrarse por español y extranjero como por dos extranjeros, siendo válida la ley personal de los contrayentes concretada en la *professio religionis*, cuyo alcance varía de un país a otro. Si es entre un español y un extranjero, se celebra por la forma canónica, o las confesiones evangélica, musulmana y hebrea (únicas admitidas por España). Si ambos son extranjeros, se pueden casar además de por las anteriores formas, por la forma establecida por la ley personal de cualquiera de ellos, lo cual supone una discriminación para los españoles.

Matrimonio celebrado en el extranjero:

- En forma civil: entre español y extranjero, es válido si se celebra con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración; o, cuando se celebre ante autoridad consular distinta de la española siempre que esté admitido por la ley del lugar; o, ante funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero (matrimonio consular).
- En forma religiosa: es válido el celebrado en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita. Es la ley personal del contrayente español la que opera como ley válida.
- Entre dos extranjeros: será válido según la ley del lugar de celebración del matrimonio o bien de acuerdo a la ley personal de cualquiera de los contrayentes.

6.- Aspectos particulares de la celebración del matrimonio: el **matrimonio consular** tiene como ley

válida la ley personal de ambos o de uno de los contrayentes, que es nacional del Estado que envía dicha autoridad, siempre que la legislación del Estado que envía le atribuya dicha competencia; que el Estado receptor de la autoridad consular no se oponga al ejercicio de tal competencia en su territorio; que ninguno de los contrayentes sea nacional del Estado receptor, y al menos uno de ellos lo sea de Estado que envía la autoridad consular. En la actualidad, estas soluciones carecen de fundamento legal dada las soluciones de los arts. 49 y 50 C.c.

El art. 57 C.c. exige que el matrimonio se celebre ante el Juez o funcionario del domicilio de cualquiera de los contrayentes, si bien se admite la delegación a otro juez o encargado de otro Registro Civil por parte de quien era la autoridad competente. Hay que destacar:

- La carencia de domicilio en España de los dos contrayentes impide que el matrimonio pueda celebrarse ante autoridad española.
- La delegación sólo es posible si se hace por Juez o funcionario competente para autorizar la celebración del matrimonio; no siendo admisible la hecha por Cónsul de España a Juez español respecto a dos extranjeros sin domicilio en nuestro país.

7.- Prueba e inscripción registral del matrimonio: las actas del Registro Civil serán la prueba del matrimonio, sin perjuicio de que esta prueba documental pueda ser sustituida en caso de pérdida, etc. Tras inscribir el matrimonio y extender acta, se debe entregar a cada contrayente documento acreditativo de la celebración del matrimonio (certificación del matrimonio), que opera como prueba complementaria. No se puede probar la existencia de matrimonio por la posesión constante de estado.

- Matrimonios celebrados en España o en el extranjero ante autoridad española: opera la ley española en cuanto a la celebración del matrimonio.
- Matrimonios celebrados ante autoridad extranjera, en España o en el extranjero, y matrimonios consensuales: rige la ley rectora de la forma de su celebración.

Son **inscribibles** en el Registro Civil español los siguientes matrimonios:

- Todos los celebrados en España.
- Los celebrados en el extranjero siempre que uno de los contrayentes sea nacional de España, ya se celebren ante autoridad consular española o ante autoridad local extranjera o ante autoridad religiosa.

El matrimonio produce **efectos civiles** desde su celebración, aunque para su pleno reconocimiento es necesaria su inscripción en el Registro Civil. El momento de inscripción varía según el lugar donde se haya celebrado el matrimonio.

8.- Reconocimiento de la validez del matrimonio: la inscripción en el Registro Civil hace fe del acto, fecha, hora y lugar en que se contrae. Se presume la validez del matrimonio si ha sido celebrado ante autoridad española, y cuando se ha inscrito el matrimonio en el Registro Civil español aun cuando se haya celebrado ante Autoridad extranjera o religiosa. No obstante, pueden impugnarse los hechos inscritos instando la rectificación del asiento, y la sentencia judicial que recaiga será también inscrita.

TEMA 28: LAS CRISIS MATRIMONIALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

SEPARACIÓN Y DIVORCIO.-

1.- Derecho aplicable según el art. 107.1 C.c.: la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes. El

precepto parece merecer una valoración negativa, y es deseable una reforma que precise los supuestos en los que sería aplicable la ley española como *lex fori*, coordinando las soluciones sobre ley aplicable con los criterios sobre competencia judicial del art. 22 LOPJ.

2.- Ámbito del Derecho aplicable: admisión de la separación y del divorcio: el derecho aplicable determina si la separación o el divorcio pueden ser declarados por un Tribunal español, pues ciertos sistemas jurídicos no conocen la separación o no admiten la disolución del matrimonio por divorcio.

El derecho aplicable determina las causas o presupuestos que pueden ser alegados para la separación y el divorcio, la admisibilidad del divorcio o de la separación por mutuo consentimiento de los cónyuges y la eventual conversión de una previa separación judicial en divorcio, por el transcurso de un determinado plazo.

3.- Ley aplicable a los efectos de la separación y del divorcio: en nuestro ordenamiento, la separación matrimonial y el divorcio se establece mediante sentencia, cuyos efectos se producirán a partir de la firmeza de la resolución judicial. La sentencia queda regida por la ley del foro, así como también para la adopción por el Tribunal de medidas encaminadas a la comunicación de la sentencia a los Registros Civiles. La ley española también será aplicable respecto de la adopción de medidas cautelares, tras la sentencia, en relación con las personas y bienes de los cónyuges o los hijos del matrimonio; e igualmente para la modificación de las medidas ya adoptadas de acuerdo con la ley del foro.

La separación y el divorcio producen unos efectos:

- La ley aplicable a la separación es la que determina los efectos de la reconciliación entre los cónyuges sobre el procedimiento en curso o una vez concluido éste por sentencia, así como sobre las medidas adoptadas en relación con los hijos y el régimen económico matrimonial.
- Pertenece al ámbito de la ley rectora de la separación o del divorcio la eventual atribución de una pensión compensatoria a uno de los cónyuges y la obligación de prestar alimentos.
- La separación o el divorcio produce efectos sobre el régimen económico matrimonial de los cónyuges.
- También produce efectos en cuanto al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos y las relaciones paterno-filiales tras la separación o el divorcio.
- Debe excluirse del ámbito de aplicación de la ley rectora del divorcio o la separación los efectos de la sentencia en materia de pensiones y prestaciones de la Seguridad Social, que quedan sometidos a la ley aplicable a la pensión o prestación de acuerdo a las normas del DIPr español en este sector de problemas.