

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

CAPITULO II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

Lección 3. Competencia judicial internacional (I) aspectos generales.

I. competencia judicial internacional

1. concepto y autonomía de la competencia judicial internacional

conforme el artículo 117.3 CE y al artículo 4LOPJ, la jurisdicción es una función del estado que no queda afectada por la existencia de elementos extranjeros en el proceso.

Razones prácticas y de efectividad, así como el respeto a principios esenciales de un ordenamiento jurídico, aconsejan que los sistemas jurídicos limiten el volumen de supuestos internacionales en que va a ejercerse la potestad jurisdiccional, o bien los estados se inclinen por la celebración de Tratados internacionales que establezcan reglas comunes de competencia judicial internacional.

Estas normas tienen como finalidad la distribución de los ámbitos de actuación jurisdiccional de los distintos Estados (competencia judicial convencional e institucional) limitándose cuando su origen es interno, a establecer si dicho estado puede insertar un litigio concreto en el ámbito de actuación de sus propios tribunales, considerándose en su conjunto (régimen de competencia judicial internacional) y si se trata de reglas de origen internacional su función es distributiva de competencia, mientras que si proceden del orden interno es meramente atributiva.

Aquellos sistemas jurídicos que carecen de un sistema específico de normas reguladoras de la competencia judicial internacional suelen recurrir, no obstante, a la aplicación analógica de las normas de competencia judicial interna, específicamente de los criterios de competencia territorial.

El modelo de sistema de competencia judicial internacional diseñado por el legislador español se caracteriza por contener una regulación separada e independiente de la competencia judicial interna.

La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles es un procedimiento totalmente autónomo e independiente de los criterios distributivos que se generan en el orden interno una vez prefijada ésta.

El carácter autónomo y completo de nuestro sistema de competencia judicial internacional, repercute en el tratamiento de lagunas que se puedan presentar, ya que no es factible acudir sistemáticamente a las normas de competencia interna para auto integración del sistema, sino a los principios informadores del régimen español de competencia judicial internacional derivados de la propia CE, tutela judicial efectiva y el derecho fundamental a no quedar en indefensión.

2. Regulación de la competencia judicial internacional.

A) diversidad de regímenes.

Las normas de competencia judicial internacional pueden ser de origen convencional o institucional. Ello provoca una diversidad de regímenes de competencia judicial internacional y la necesidad de delimitar el régimen o conjunto normativo aplicable.

Dicha reglamentación se halla repartida en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, el régimen institucional del Reglamento (CE) num. 44/2001 (Bruselas II) y el régimen común contemplado en los arts. 21 a 25 de la LOPJ.

Es conveniente tener en cuenta aunque con alcance mas sectorial (*ratione materiae*) el Reglamento (CE) num. 1346/Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimiento de insolvencia, y el Reglamento (CE) num. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo del 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes (Bruselas II)

Dentro de los Convenios multilaterales hay dos grandes grupos.

Convenios sobre materias muy concretas cuya especificidad aconseja la inclusión en su articulado de alguna norma especial de competencia judicial internacional. Y en segundo lugar, existen tambien ciertos convenios de Derecho uniforme cuya misión es unificar dichas normas.

B) Normas de competencia judicial internacional.

La norma de competencia judicial internacional solo puede llevar a la afirmación o negación de la competencia del foro en la solución de los litigios derivados de las situaciones privadas internacionales.

La nota de unilateralidad, sin embargo, es privativa de las reglas del Derecho Autónomo. En regimen convencional o institucional, la característica esencial es la bilateralidad de las normas que incorporan. Los textos convencionales, proceden a repartir, distribuir o localizar la competencia judicial internacional en los distintos estados parte en dicho regimen.

Esta norma es indirecta y atributiva. En la mayoría de los casos se procede a un proceso de calificación de la acción, en orden a seleccionar la norma de competencia pertinente. Además, incorpora un criterio de conexión, denominado foro o fuero de competencia, que contiene los requisitos de vinculación o proximidad del supuesto que justifican la consecuencia jurídica de la norma: la atribución a los tribunales de un estado determinado.

Al margen de lo contenido en los foros de competencia contenidos en tratados internacionales, el juez no puede acudir a ninguna norma extranjera para fundamentar su propia competencia judicial internacional. Sin descartar la posibilidad de tomar en consideración de otro sistema.

Tratando los foros de necesidad, la competencia al amparo del *forum necessitatis* responde a la necesidad de garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia, reconocido en el artículo 24 de la CE: técnicamente, significa aceptar la competencia de los tribunales españoles en un supuesto no contemplado en normas de competencia judicial internacional, siempre y cuando dicha inaccesibilidad a la justicia no se pueda evitar a través de foros de otras legislaciones de otros países.

C) Foros de competencia judicial internacional.

Los criterios de vinculación o conexión se llaman foros de competencia, y podrán ser expresados por determinados intereses u objetivos de política legislativa del legislador y responder a distintas finalidades, por lo que el derecho comparado registra un marcado particularismo.

Podan ser de carácter personal en relación con una serie de circunstancias que pueden concurrir en el demandante o en el demandado (nacionalidad, domicilio, residencia habitual, etc.,) podrán ser de carácter territorial(lugar de situación del inmueble. lugar de ejecución del contrato, etc.,) ya foros que responden a criterios flexibles o necesidades concretas (que el litigio posea una vinculación estrecha con el foro, que en el

país de origen del extranjero encausado se de el mismo trato a los nacionales, forum necesitáis, etc.)

Cuando los foros no responden a criterios de proximidad mas o menos objetiva, sino que se asientan en criterios de conexión débiles, favoreciendo el interés privativo de un Estado del foro, se llaman foros exorbitantes, por oposición a foros normales o apropiados..

El hecho de fundamentar la competencia un uno de esos foros puede llevar aparejada una sanción indirecta por parte de los demás estados: denegación del reconocimiento de una decisión fundada en cirter9ios exorbitantes.

Cuestión esencial es la interpretación de los foros, la cual debe fundarse en los principios informadores del concreto sistema de competencia judicial internacional.

Ahora bien, determinados foros de competencia responden mas directamente, por razón de la materia, a la protección de una de las partes. Se llaman foros de protección, por oposición a foros neutros o neutrales.

D) Problemas de aplicación.

El Titulo I del Libro I de la LOPJ, se limita a regular los criterios generales de atribución de competencia, sin detenerse en las cuestiones particulares (problemas de aplicación) que se suscitan a la hora de proceder a dicha atribución: control de oficio, precisión del foro del domicilio del demandado en caso de pluralidad de demandados, elección del foro adecuado en caso de acumulación de acciones, la litispendencia.,.(la derogatio fori. Mas cuestión de regulación que de competencia)

Esta situación contrasta con la existente en el sistema convencional. Se distingue las soluciones que ofrecen los Convenios de Bruselas y Lugano, que son sumamente minuciosas, dedicando la Sección 6ª , 7ª y 8ª para estas cuestiones. El Reglamento Bruselas I mantiene, desarrolla y mejora, en algunos casos tales reglas de aplicación. Frente a ello, el resto de los Convenios callan o se limitan a reglamentar mínimamente algún problema concreto. Situación similar a la del derecho común.

3. Limites derivados del Derecho internacional Publico.

Afirmada la competencia exclusiva del estado para establecer el sistema de competencia judicial internacional que estime por conveniente, la jurisprudencia internacional se refiere a la existencia de ciertos limites impuestos por el derecho internacional general.

La protección judicial de los extranjeros constituye una de las manifestaciones del deber general de protección que incumbe a los estados respecto de los extranjeros. De ahí que la denegación del acceso a los tribunales, la exigencia de condiciones procesales abusivas, el rechazo de las vias de recurso permitentes, la declinatoria de la competencia,son consideradas manifestaciones de denegación de justicia.

La inmunidad de jurisdicción y ejecucion se erige como el limite internacional mas relevante de la competencia judicial internacional estas instituciones descansan en los principios de soberanía, igualdad e independencia de los Estados.

La practica internacional ha ido evolucionando de una concepción maximalista de la inmunidad de jurisdicción a una consideración mas matizada de la noción, cuyo punto de referencia es el imperium que revista el acto que se pretende enjuiciar.

Lección 4. Competencia judicial internacional (II). Régimen comunitario.

1. Los reglamentos comunitarios sobre competencia judicial internacional: antecedentes, base jurídica y

características comunes.

Sin duda alguna, el texto convencional mas importante en la materia es el Convenio de Bruselas de 27 de Septiembre de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecucion de decisiones en materia civil, mercantil, así como el de Lugano de 16 de septiembre de 1988.

Se planteaba la necesidad, como fuente internacional-institucional, de una interpretación uniforme. A esto responden los Protocolos de interpretación que atribuyen al Tribunal de Justicia la competencia para interpretar dicho Convenio. La necesidad de interpretar se pone de manifiesto en el propio convenio como en la Declaración común anexa al Convenio de Bruselas.

El TJCE se inclina siempre por la interpretación autónoma del texto con arreglo a sus objetivos intentando con ello asegurar la uniformidad; de hecho el recurso a una determinada interpretación nacional ha sido utilizado en puntuales ocasiones. La jurisprudencia de este tribunal cumple, pero con menos alcance, esta función con el Convenio de Lugano, como se desprende del Protocolo numero 2 sobre interpretación uniforme de convenio.

El Reglamento conocido con la denominación Bruselas I (Rgl. (CE) 44/2001 del Consejo) constituye y de los cuatro actos normativos promulgados hasta la fecha sobre la base competencial del artículo 65 TCE, tras su revision por el tratado de Ámsterdam u viene a suponer la conversión del Convenio de Bruselas en un acto normativo institucional.

El transito del Convenio al Reglamento tiene consecuencias interpretativas.

El AR. 68 contiene una limitación al planteamiento de cuestiones prejudiciales, al reservar dicha posibilidad a los organos jurisdiccionales que conocen en ultima instancia. Lo que supone una restricción en la labor interpretativa del TJCE prevista en el art.2 del Protocolo de interpretación.

En cuanto al contenido, el transito a supuesto algunas modificaciones sustanciales, dando resultado de alejamiento progresivo del texto del Convenio de Bruselas.

2. Ámbito de aplicación y relaciones con otros convenios.

El convenio de Bruselas contiene normas expresas que se refieren tanto a su ámbito de aplicación material ,temporal l y espacial, como a su compatibilidad con otros Convenios. Es preciso señalar que difiere según se trate de normas de competencia judicial, o de reconocimiento y ejecucion de decisiones.

El ámbito material del Convenio, se devine cuando dice que se aplica solo a cuestiones litigiosas que tengan carácter civil mercantil; excluidas aquellas fiscales aduaneras o administrativas, cuestiones de estado, matrimonios, sucesiones ,seguridad social. La labor delimitadora tambien se encuentra en los Reglamentos (CE) 1346/2000 y 1347/2000.

En cuanto al ámbito temporal, se regula en el art. 54.1º. El Reglamento Bruselas I tiene como fecha de entrada en vigor el 1 de marzo de 2002 (art. 76) sus reglas se aplicaran a las acciones ejercitadas a PA reír de dicha fecha, y sus previsiones sobre reconocimiento a todas las decisiones judiciales pronunciadas con posterioridad. (art. 66)

El reglamento se mantiene fiel a los cir5terios de aplicación temporal expresados en el a rt. 54 del Convenio.

El ámbito espacial es el que plantea mayores problemas. El Convenio se aplica espacialmente en todos los supuestos, tanto tenga el demandado el domicilio en un estado miembro como si no lo tuviera. Sin embargo, el art. 4 remite a la legislación de cada Estado contratante para la regulación e competencia si el demandado

no estuviere domiciliado en un estado contratante. Por tanto, las reglas de competencia judicial del Convenio (que no el convenio) se aplican cuando el demandado se halle domiciliado en un estado contratante, en tanto que regira el sistema de competencia estatal en otro caso. Es únicamente un criterio general, ya que hay excepciones y otros criterios de aplicabilidad.

El criterio de aplicación espacial de las reglas de Bruselas I sigue siendo el criterio del domicilio del demandado. La mayor parte de las reglas de competencia ajuicia del Reglamento será de aplicación cuando el demandado tenga su domicilio en uno de los Estados miembros de la UE excepto Dinamarca.

Las relaciones del Convenio con otros textos se resuelven a través de las cláusulas de compatibilidad. El convenio ha previsto la aplicación preferente de los Convenios sobre competencia judicial internacional en materias específicas entre estados Contratantes. Art. 57. Pero ello no significa que no pueda dejar de regular otras cuestiones, sin son omitidas por el convenio particular, Sentencia TJCE de 1994, estimo que cuando un convenio contiene determinadas reglas de competencia, pero ninguna sobre convexidad o litispendencia, se aplican los arts. 21 y 22 del Convenio.

El convenio formula dicha compatibilidad de forma mas abierta que el Reglamento, lo cual se desprende del art. 57.1 cuando dice llegaren a ser parte y el art. 71 BI fueren parte. restringe la posibilidad de incorporación a futuros textos internacionales, acentuando el regionalismo europeo en unas materias en que no siempre puede ser aconsejable.

La compatibilidad del convenio con otros textos que tratan con un carácter general es necesario distinguir si son intra o extracomunitarios.

El convenio prevalece sobre convenios bilaterales entre estados contratantes que contengan disposiciones generales. El criterio de prevalecía se extiende a los extracomunitarios. Se aplica preferentemente por aquellos países que tengan suscrito, además, el Convenio de Lugano, por tanto dicho convenio solo nos vincula en relaciones con Islandia, noruega, suiza y Polonia, en el ámbito de la competencia judicial, cuando el demandado esta domiciliado en cualquiera de ellos.

Finalmente el Reglamento reproduce asimismo su compatibilidad y la correspondiente prevalecía de las normas sobre materias particulares contenidas en otros actos de carácter institucional, manteniendo en consecuencia, el criterio de especialidad.

3. Foros de competencia en el Reglamento Bruselas I.

A) Estructura general.

la naturaleza de las normas y su función permite un reparto jerarquizado de competencias judiciales. Dicho reparto alcanza efectividad merced al principio de confianza comunitaria, que supone la voluntad de los Estados de no invalidar o suplantar la competencia atribuida por el Convenio a otro Estado.

Estructura de los foros en tres niveles:

–primer nivel, constituido por las competencias exclusivas contenidas en el art. 16(art. 22 del Reglamento). En determinadas materias, atribuye competencia única y exclusiva a los Tribunales de un Estado miembro.

–Si no se trata de una materia prevista en el art. 16, es preciso acudir al segundo nivel: la sumisión expresa. La voluntad de las partes, condicionada y limitada por lo dispuesto en los arts.17, 12 y 15 (13, 17 y 21 del Reglamento) atribuye competencia exclusiva a os Tribunales designados por las partes. No obstante, podrá ser modificado tácitamente mediante la sumisión por ambas partes a otros tribunales (art. 18 del Convenio y 24 del Reglamento)

–en defecto de sumisión expresa y siempre que nos e trate de alguna materia del art. 16, serán competentes indistintamente, los tribunales del domicilio del demandad, o los designados por foros especiales previstos en arts. 5 a 15 del Convenio. también en su caso los tribunales a los que se sometieron tácitamente.

B) Foros exclusivos.

Estos foros atribuyen competencia única e inderogable a los Tribunales de un estado contratante.

La diferencia en la interpretación de los criterios utilizados para atribuir competencias exclusivas, y la propia especialidad de las materias hace posible que dos estado se consideren ambos, competentes. El art. 23 lo soluciona con la siguiente formula: cuando en demandas sobre un mismo o asunto los tribunales de varios estados se declaren exclusivamente competentes, el desistimiento, se llevar en favor del tribunal ante le que se hubieren presentado la primera demanda.

Las materias afectadas son cinco.

Art. 16. 1. Derechos reales y arrendamientos de inmuebles, principio de territorialidad.

Art. 16.2 . Validez, nulidad o disolución de sociedades que fueran su domicilio en un estado contratantes. Conoce dicho estado domiciliario.

Art. 16.3 materia de valid3z de registros públicos

Materia de inscripciones o validez de patentes, marcas y demás derechos sometidos a registro. Competentes los del estado donde se hubiese solicitado dicho registro.

La prevista en el art. 16.5 sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones, que recae en los tribunales del estado contratantes del lugar de ejecución.

Estas normas se aplican con independencia del domicilio.

La presencia de un interés general o publico explica que en estos caos, el interés procesal de las partes quede desplazado po el mayor peso del primero.

El Reglamento en su art. 20.2 introduce la posibilidad de que para ciertos casos aplique las reglas de un determinado estado. El fundamento es procura que el tribunal que conozca aplique se propia ley

C) sumisión por las partes.

Cuando no exista una competencia exclusiva de un estado, las partes pueden prorrogar la competencia, tanto expresa como tácitamente.

Si media sumisión expresa, los elegidos serán competentes, con exclusión de aquellos que pudieran venir determinados por foros especiales.

Cabe la posibilidad de cláusulas de elección facultativas a favor de una o ambas partes, que no impiden la concurrencia del foro general del domicilio del demandado o de los foros especiales.

El convenio en su art. 17 diferencia tres posibilidades a la hora de aplicar la prorrogatio fori.

a) las partes se someten a los tribunales de un estado parte, y al menos una de ella tiene su domicilio en un estado contratante.

En este caso la sumisión de las partes a los tribunales de un estado miembro produce un doble efecto: atributivo(atribuye competencia al elegido) y derogatorio(respecto de los demás).

El AR. 17.I determina las condiciones formales que deben cumplir semejante convenio atributivo de competencia: por escrito o verbalmente con confirmación tacita; o en forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas; o en el comercio, conforme a usos que las partes conocieren o debieran conocer..

b) las partes se someten a los tribunales de un estado parte, y ninguna de ellas tiene domicilio en un estado contratante. Este supuesto previsto en el art. 17 II pero solo en su efecto derogatorio o pasivo. El tribunal elegido aplicara sus normas internas para determinar si es competente, y no las de convenio de Bruselas. Sin embargo se impone a los demás tribunales de otros estados el respeto de tal cláusula de sumisión que deroga su competencia, de forma que solo podrán conocer cuando el tribunal designado hubiere declinado su competencia.

c) las partes se someten a un estado no parte, con independencia de cual sea su domicilio. Este supuesto no se halla previsto en el convenio. Si las partes acuerdan la sumisión a un estado no parte, no existe obligación de los estados parte de respetar semejante derogatio fori que no actúa a favor de un socio del convenio, sino de un tercero.

Es preciso una vez delimitado los supuestos anteriores, indicar algunos limites y correctivos que modulan dicha facultad de sumisión expresa. Existen, limites *ratione materiae* . (la prorrogatio fori no opera en supuestos del art. 16 foros exclusivos; en materia de seguros. Contratos celebrados por consumidores y contratos de trabajo tampoco se aplica.

Las partes pueden incluir en sus acuerdos cláusulas de jurisdicción facultativas(los tribunales designados no lo son con carácter único y exclusivo ni impiden la utilización de otros foros, sino que otorgan la posibilidad de plantear la demanda ante unos trib determinados) o convenios atributivos de competencia a favor de una sola de las partes, aunque esta posibilidad desaparece en el Reglamento, al considerar que la sumisión expresa conlleva un foro exclusivo salvo pacto en contrario entre las partes.

El art. 18 CB, contempla la prorrogación tacita, esto es, la competencia del estado contratante ante el que compareciere el demandado. Actúa no solo como alternativa a los foros especiales por razón de la materia, sino que prevalece frente a una cláusula atributiva de jurisdicción o sumisión expresa, en su condición de acto posterior.

Como quiera que la sumisión tacita por comparecencia del demandado no es mas que una manifestación del principio de autonomía de la voluntad como criterio de atribución de competencia, podría interpretarse que el art. 18, goza, del mismo ámbito de aplicación que el art. 17.I, de forma que actúa como criterio de atribución de competencia a los tribunales de un estado parte, con efecto prorrogatio y derogatio cuando al menos una de las partes este domiciliada en un estado parte.

D) foro general del domicilio del demandado.

En defecto de los foros de competencia exclusiva o sumisión por las partes, el foro del domicilio del demandado constituye el criterio general de atribución de competencia en el convenio de Bruselas.

El domicilio del demandado en un estado contratante es, asimismo, el criterio que determina, con carácter general, la aplicación de las normas reguladoras de competencia judicial del convenio de Bruselas, a excepción de los artículos 16, 17 y 18.

El convenio no contiene un concepto uniforme de domicilio, las soluciones conflictuales previstas no se halla

exentas de problemas. La diferencia de criterios en los distintos estados miembros da lugar a conflictos positivos (la solución puede alcanzarse con mecanismos previstos en el propio convenio, litispendencia, convexidad...) y negativos. Ninguno se considera competente por no cumplir las condiciones previstas en el derecho aplicable para entender que tiene su domicilio en dicho territorio. Se invita a una interpretación del concepto domicilio flexible, que entienda impedir situaciones claudicantes en caso de conflicto negativo, y que se inspire en un principio de necesidad.

E) foros especiales por razón de la materia.

Los foros especiales por razón de la materia o foros de ataque, están contenidos en los arts 5 a 15 del Convenio. Se fundan en un principio de proximidad, procediendo a designar aquellos tribunales que, por razón de la naturaleza de la cuestión litigiosa, pueden presentar una vinculación mas estrecha con el litigio. En otros casos, si embargo, la neutralidad del principio de proximidad se sacrifica a favor del establecimiento de foros de protección, por la existencia en la relación litigiosa de una parte débil: consumidor, asegurado, trabajador,...

No tienen cabida las interpretaciones restrictivas que tiendan a confundir el foro especial con el foro general del domicilio del demandado. Cuando coincidan ambos, no se convertirá en un foro exorbitante, ya que se construye con indicios de proximidad razonables y específicos: lugar de ejecución de la obligación, lugar donde se produce el daño...

F) Competencias Derivadas.

El **art. 6 CB** (6 y 7 de BI) contempla supuestos en los que se establecen competencias derivadas , producidas por situaciones de convexidad.

En primer lugar, aquellos casos en que existe un solo demandante frente a una pluralidad de demandados, cuyas demandas guarden una conexión entre si sin necesidad de constituir litis consorcio pasivo necesario.

Se podrá demandar a los distintos demandados ante los tribunales del domicilio de cualquiera de ellos. El precepto vincula ahora de forma expresa el foro de pluralidad de demandados con el concepto de convexidad.

En el concepto de convexidad caben tanto las acciones que puedan conducir a consecuencias incompatibles y excluyentes entre si, como aquellas en que simplemente resulta conveniente la acumulación de acciones, aunque los pronunciamientos puedan coexistir(este ultimo es el caso de la pluralidad de demandados)

La aplicación se refiere a demandados que se encuentren domiciliados en estados parte del CB.

En segundo lugar, tratándose de obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, puede demandarse ante el Tribunal que estuviere conociendo de la demanda principal, salvo que ésta se hubiere formulado con el único objeto de provocar la intervención de u tribunal distinto del correspondiente al demandado. No obliga al juez nacional a admitir la demanda de garantía; éste puede aplicar sus reglas procesales para apreciar la admisibilidad de la demanda, siempre que no menoscabe las reglas del CB.

En tercer lugar, tratándose de una reconvencción derivada del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial, la competencia es del que esta conociendo de esta. Implica que la reconvencción conlleve demanda distinta por parte del demandad, y no simple solicitud de desestimación. No afecta a la plena aplicabilidad del derecho nacional para los medios de defensa admisibles. Alegación en orden a compensación de créditos no se considerara reconvencción.

Finalmente, se contemplan dos reglas especiales: si en materia contractual. Se pudiera acumular con otra acción de dº reales, conocerá el tribunal donde site el inmueble. Para acciones de responsabilidad derivada de

la utilización de un buque?

G) medidas provisionales y cautelares.

Art. 24 CB y 31 BI. El tribunal que conoce sobre el fondo extiende su competencia a la adopción de medidas cautelares y provisionales. Puede ocurrir que se de la imposibilidad de ejecutarlas en su territorio, en tal caso, se hace necesario proceder al reconocimiento y ejecución de la medida en ese otro estado.

Las medidas son las previstas por la ley interna del tribunal ante el que se solicitan. La competencia se habilita respecto de normas revisables en un procedimiento principal, puesto que su objeto es preservar derechos que constituyen el objeto de la acción principal. Se subordinarán a alguna condición (plazo, fianza) que asegure su carácter provisional. Requiere que la medida sea urgente.

4. Referencia a la estructura del sistema de foros de competencia previsto en los Reglamentos Bruselas II sobre procedimientos concursales.

5. Normas de aplicación:

A) Verificación de oficio de la competencia judicial internacional.

El convenio establece la declaración de incompetencia de oficio en dos casos: cuando los tribunales de otro estado contratante fueren exclusivamente competentes en virtud del art. 16 CB, siempre que la cuestión objeto de competencia exclusiva se haya planteado como cuestión principal.

En segundo lugar, cuando el demandado domiciliado en otro estado contratante, fuere emplazado y no compareciere, si la competencia no pudiese fundarse en ninguna de las Disposiciones del convenio. Fuera de estos supuestos no prevé la declaración de incompetencia de oficio. Parte de la doctrina ha advertido la conveniencia de extender dicho control a los supuestos del artículo 17.I en los que resulta designado por las partes e tribunal de otro estado parte, bastando con que una de las partes tuviera su domicilio en u estado contratante.

B) litispendencia

Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de estados contratantes distintos, el tribunal ante el que se formule la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se decaea competente el tribunal ante el que se interpuso la primera. Cuando el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se declara competente, el tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá a favor de aquel.

La admisión de la litispendencia tiende a evitar la coexistencia de dos decisiones sobre la misma causa incompatibles entre si y perjudiciales, por tanto, para la libre circulación de decisiones. De ahí que para que opere la suspensión y la inhibición del art. 21, no se tenga en cuenta el domicilio de las partes en ambos procedimientos.

El Reglamento aporta novedad trascendente, a cerca de cuando debe entenderse presentada la demanda. En principio, se entiende que el tribunal conoce de un litigio desde le momento en que se le hubiere presentado el escrito de demanda o documento equivalente, pero siempre que el demandante haya cumplido con posterioridad todas las medidas que se le exigieren para entregar al demandado su cedula de emplazamiento.

La suspensión e inhibición del tribunal que conoce en segundo lugar, se produce sin que quepa control de la competencia del que conoce en primer lugar. Solo si se trata de una competencia exclusiva del tribunal que conoce en segundo lugar se denegara previsiblemente la suspensión o inhibición que acarrea la excepción de

litispendencia.

En otros casos prima el principio de confianza comunitaria sobre el de seguridad jurídica. Se presupone y confía en que el que conoce en primer lugar se ha declarado competente aplicando correctamente las reglas del convenio, y su declaración de competencia basta, objetivamente, para que se inhíba en su favor el tribunal que conoce en segundo lugar.

Cuando las partes del segundo procedimiento coincidan solo parcialmente con las del procedimiento anterior, el art. 21 se aplicara, pero solo exige que se inhíba el órgano jurisdiccional ante el que se suscita el segundo procedimiento si las partes del litigio pendiente ante el mismo son las mismas que en el anterior, pudiendo continuar el procedimiento respecto de las demás partes.

La identidad del objeto debe interpretarse asimismo en términos amplios y no formales. Se trata de que en ambos procesos se dilucide, esencialmente la misma cuestión, sin importar tanto la exactitud del petitum.

C) conexidad

Se entiende por demandas conexas las vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente.

La acumulación de acciones se aconseja no siempre por necesidad, sino también por conveniencia, de tal suerte que ambas decisiones podrían convivir en un sistema jurídico, porque sus consecuencias no se excluyen mutuamente.

En la litispendencia, la identidad de las partes, causa y objeto, aun en sentido amplio, implica necesariamente una inconciliabilidad en sentido más estricto debe suponer el riesgo de dos decisiones cuyas consecuencias jurídicas se excluyen mutuamente: nulidad del contrato/ejecución del contrato.

La conexidad cubre también otros supuestos en los que no habiendo identidad de objeto, partes causa, existe asimismo riesgo de que las consecuencias se excluyan mutuamente: a título de ejemplo, un procedimiento de divorcio y otro posterior de separación, no existe identidad de objeto, ni causa, ni litispendencia, pero una decisión de divorcio es incompatible con una de separación posterior.

La solución de los problemas derivados de la conexidad obedecen a la lógica del reconocimiento o libre circulación de decisiones. El art. 22 CB faculta al tribunal ante el que se hubiese presentado la demanda posterior para suspender el procedimiento, cuando se presentasen demandas conexas ante tribunales de estados contratantes diferentes; a instancia de parte, dicho tribunal puede igualmente inhibirse, a condición de su ley permita la acumulación de acciones conexas y de que el tribunal ante el que se hubiese presentado la primera demanda fuere competente para conocer de ambas demandas.

La nueva redacción del art. 28.2 BI hace posible esta posibilidad solo cuando ambas demandas están pendientes en primera instancia.

Lección 5. Competencia judicial internacional (III). Sistema autónomo de competencia judicial internacional.

1. Aspectos generales.

A) principios informadores.

El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) se traduce en la necesidad de una

reglamentación ad hoc de las normas que examinamos, reglamentación que se contiene en los arts. 21 a 25 LOPJ. La base legal se extiende así, por obra de la constitución, al sistema de competencia judicial internacional. Se exige además, la positivación particularizada de los foros de competencia (art. 44 LECiv) .

Los principios de legalidad y de seguridad jurídica se encontrarían reforzados en las normas de competencia judicial internacional, en la medida en que cumplen la función de predeterminar e juez ordinario competente en materia de trafico externo.

El derecho a una tutela judicial efectiva se concreta en un derecho al acceso a la justicia por parte de los extranjeros y en la necesidad de que se atribuya a los tribunales españoles un volumen de competencia lo suficiente mente amplio como para que el desconocimiento no conlleve denegación de la justicia. E incluso se habilita la competencia de nuestros tribunales aun cuando la ley no lo prevea en virtud de un forum necesitáis.

El limite impuesto por el derecho a no quedar en indefensión conduce a un principio contradictorio con el anterior, a saber, que no quepa exigir una diligencia irrazonable o una carga excesiva para hacer efectivo el derecho de defensa, desde su dimensión procesal.

Se hace presente la necesidad de un principio de proximidad que garantice el conocimiento de nuestros tribunales en casos en que existan vinculaciones significativas de supuesto con el foro. Básicamente será un principio de construcción del sistema, no de interpretación.

B) estructura general del sistema.

Aunque el art. 21.1 LOPJ afirme su extensión universal *ratione personae* de la jurisdicción española, ésta queda delimitada en los litigios derivados del trafico externo mediante las normas indicadas, pues el propio precepto se auto limita a lo establecido en la presente ley

Solo cabe retener que en el orden penal, art. 23 consagra dos criterio básicos: *forum loci delicti commissi* y cuando sea de aplicación la ley penal española, el *forum regis*. En el orden contencioso-administrativo, el art. 24 fija el criterio del *forum auctoritatis*.

2. Foros de competencia judicial internacional en materia s civiles.

A) Estructura general.

Los foros exclusivos tendrían un carácter prioritario, bastando que se diera la conexión prevista en el mismo para que operase la competencia de nuestros tribunales. En su defecto se acudiría a los foros generales y, solo si éstos no fueran operativos, trataria de determinarse la competencia en base a los foros especiales por razón de la materia , aplicable en defecto de los criterios precedentes.

En el art. 22 LOPJ existen dos tipos de foros: generales y especiales. Los primeros determinan la competencia de los tribunales españoles sin hacer referencia alguna a las materias afectadas, son los del aptdo 2: sumisión por las partes y foro general del domicilio del demandado. El resto de los foros son especiales, enunciados teniendo en cuenta la materia sobre la que versan.

Puede decirse que existen dos grandes tipos de foros especiales en este orden: exclusivos y concurrentes. Apto 1, y 3 y 4 respectivamente. La diferencia entre ambos se halla en que los primeros implican una competencia exclusiva de los tribunales españoles que impide radicalmente el reconocimiento de una sentencia extranjera que ha ya conocido en tales circunstancias; los segundos son concurrentes porque no excluyen la posibilidad de reconocer una sentencia extranjera cuyo tribunal se haya declarado competente con base en tales criterios, u otros distintos siempre que se estimen razonables.

B) foros exclusivos.

La naturaleza de estos foros radica en la fuerza especial del vínculo que presenta con los tribunales españoles, atendiendo asimismo a la especialidad de la materia sobre la que versan. No solo quiere decir que son nuestros tribunales competentes, sino que lo son con carácter exclusivo. La exclusividad se hará valer cuando se pretenda reconocer en España una sentencia extranjera fruto de una competencia de tribunal extranjero que invada los supuestos que se consideran, en el art. 22.1,

Los foros exclusivos difícilmente van a poder ser alegados como fundamento de la competencia de los tribunales españoles. Se darán asimismo las condiciones para que se aplique el art. 156 del CB, y en él se fundamente la competencia judicial internacional exclusiva de los tribunales españoles.

C) foros generales

Art. 22.2 LOPJ, recoge dos foros generales, que atribuyen competencia a los tribunales españoles, cualquiera que sea la materia afectada en el supuesto de tráfico externo: sumisión y domicilio del demandado en España.

El hecho de que se admita la prorrogatio fori no implica que se aporte una regulación de las condiciones de ejercicio de dicha prorrogación. Para determinar cuando existe sumisión expresa o tácita habrá que aplicar analógicamente lo dispuesto en los arts. 55 y 56 de la LECiv. No hay inconveniente en que las partes designen expresamente la competencia de los tribunales españoles sin llegar a concretar el particular tribunal interno a que se someten. No hay dudas que la sumisión expresa puede revocarse en cualquier momento, entendiendo asimismo dicha revocación por el hecho de someterse tácitamente a nuestros tribunales.

La sumisión tácita plantea problemas singulares. La aplicación analógica del 56 LECiv lleva a interpretar que existe interpretación tácita de la parte por el hecho de presentar la demanda o por realizar del demandado cualquier gestión procesal que no sea proponer en firme la declinatoria.

Si bien parece claro un principio de inadmisibilidad de la prorrogatio fori, en el caso de que los foros especiales por razón de la materia se erijan como foros de protección.

Otro foro general es el del domicilio del demandado en España. Presenta ventajas prácticas indudables. Lo podrá utilizar el demandante y beneficia los derechos de defensa del demandado, la práctica de pruebas y, sobre todo, la efectividad de la decisión dictada, dado que el domicilio de la persona suele coincidir con su centro de actividades e intereses, y con el lugar donde el demandado administra su patrimonio. Que el domicilio esté en España se determinará conforme a las normas internas, arts. 40 y 41 CC y 50 y 51 LECiv.

La importancia de este foro dentro del sistema autónomo es relativa: una vez que se determina que el demandado se ha domiciliado en España, se cumple la función espacial por excelencia para que se apliquen normas de convenio, y se justifique en el mismo la competencia de los tribunales con base al domicilio del demandado.

D) foros especiales por razón de la materia.

Art. 22. 3 y 4 LOPJ. Cada uno de estos foros regula una materia peculiar o una institución o relación jurídica concreta dentro de una misma materia, por lo cual resulte imposible que dos foros sean llamados a determinar la competencia en una misma materia. No implica, sin embargo, que puedan producirse problemas de delimitación entre las distintas normas de competencia judicial internacional que recogen dichos foros, incluido el art. 22.1 referido asimismo a materias, aunque exclusivas.

Estos foros agotan el volumen de competencia judicial internacional. Nuestra estructura interna se inspira claramente en un principio de proximidad razonable. La competencia que otorgan estos foros, solo resultan

modulada en los que se trate de foros de protección, exigen una respuesta específica, a menudo más restrictiva, y que, como hemos visto justificaban la exclusión de la prorrogatio fori en materia de contratos celebrados por consumidores.

3. Problemas de aplicación.

A) control de la competencia judicial internacional.

El art. 39 LECiv establece un principio de control de oficio restringido a los supuestos de abstención contemplados en el art. 36.2.

Procede el control de oficio en los supuestos en que la competencia venga atribuida, exclusivamente a los tribunales de otro estado, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte. Art. 36.2.2ª. Sin embargo, cuando según CB o Lugano y BI resulten exclusivamente competentes los tribunales de un estado parte, el control de oficio vendrá previsto en las propias textos convencionales e institucionales.

En segundo lugar, está indicado el control de oficio cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia de los tribunales españoles solo se pudiere basar en la sumisión tácita de las partes se exige una comprobación de la regularidad del emplazamiento.

Se habilita para la abstención tan pronto como sea advertida la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional. Art.- 38. Contra el auto de abstención cabe apelación y reimp.

A instancia de parte, el control se hará mediante la declinatoria. La declinatoria internacional es una alternativa que puede ser necesaria en ciertos casos (impugnar la sumisión expresa a los tribunales españoles) o, simplemente, concebida como una estrategia procesal cautelar para evitar que el tribunal se considere competente en virtud de cualquier foro exclusivo, general o especial.

Presenta ventajas procesales y su estimación conlleva la emisión de un auto de abstención, sobreseyendo el proceso, contra el que cabe apelación y reimp.

B) litispendencia internacional.

Arts. 416 y 421 LEC. Regula en el plano interno el sobreseimiento por litispendencia. Para algunos autores, Los preceptos citados de la LECiv se aplicaran indistintamente a la litispendencia interna e internacional.

Para otros, la relación entre ambas, y los problemas que puedan plantear, se soluciona excluyendo los efectos del proceso abierto en el extranjero sobre el proceso abierto en España, negándose por tanto la virtualidad de la figura de la litispendencia internacional. Dicha negación no es extensible a regímenes convencionales, CB, C Lugano; BI, recogen disposiciones que dan efecto a la litispendencia internacional.

En defecto de tratado que expresamente lo prevea, todo apunta a una conclusión negativa de los efectos de los procesos abiertos en el extranjero sobre litigios suscitados en España con identidad de partes, objeto y causa, no admitiéndose, la litispendencia internacional.

La objeción fundamental al funcionamiento de la litispendencia radica en la propia razón de ser de su situación: evitar contradicción de sentencias capaces de tener efecto de cosa juzgada. Tal principio solo es predicable de las dictadas por los tribunales españoles, toda vez que las sentencias extranjeras precisan ser reconocidas para que produzcan efectos.

Hay numerosas crítica doctrinales en cuanto a la inadmisión de la litispendencia, se pone de manifiesto las consecuencias negativas: favorece la conducta fraudulenta consistente en demandar en el estado en que se

quiere evitar el reconocimiento y provoca duplicidad de procedimientos y costes. La necesidad de reconocimiento de la sentencia extranjera no debe ser interpretada solo como obstáculo, sino como medio habilitante para conseguir el efecto de cosa juzgada.. De esta forma, se muestra favorable la suspensión del procedimiento cuando exista base legal y suficiente para considerar que la sentencia extranjera obtendrá positivamente el reconocimiento en España.

D) derogatio fori.

El art. 22 LOPJ no contiene ninguna norma expresa acerca de en que supuesto carece de competencia judicial internacional.

La derogatio fori consiste en la exclusión por las partes de la competencia de los tribunales españoles. Atribuyendo esta a uno extranjero.

Los problemas se plantean cuando una de las partes, plantea declinatoria por considera que los tribunales españoles carecen de competencia con ase en el acuerdo de sumisión a uno extranjero, o incluso, dicha parte no comparece, sustanciándose el procedimiento en rebeldía. La cuestión trata de dilucidar si un tribunal español debe declinar su competencia en caso de derogatio fori. Es decir, determinar si la voluntad de las partes, sometiéndose a uno extranjero, puede producir un efecto derogatorio de los criterios de competencia de los tribunales españoles positivizados.

La doctrina se pronuncio a favor de la admisibilidad de la derogatio fori, pero con limitaciones. El argumento de mas peso utilizado es el que fundamenta la derogatio fori en la aplicación analógica del principio de autonomía de la voluntad previsto art. 22.2 LOPJ, si la voluntad de las partes atribuye competencia a los tribunales españoles, ha de servir para atribuírsela a los extranjeros, derogando los españoles.

Las tesis defensoras de la derogatio fori plantea limites infranqueables: cuando se trata de competencia exclusiva de los tribunales españoles o la materia es de un foro de protección.

D) incidencia del factor tiempo.

DERECHO APLICABLE.

Lección 6. Derecho aplicable (I). Pluralidad de técnicas de reglamentación.

1. El método de localización.

A) El paradigma conflictual: concepto.

120. Una vez con la certeza de la competencia judicial de unos determinados tribunales, es hora de preguntarse ¿con arreglo a que criterios y a que normas va a resolver el órgano jurisdiccional la pretensión litigiosa.? Por ejemplo, por el hecho de haber sido competentes los tribunales españoles, la situación litigiosa no ha perdido su característica peculiar: sigue siendo una situación privada internacional, necesitada de normas que contemplen esta especialidad.

La respuesta a la cuestión del derecho aplicable a una situación privada internacional ha girado, en torno a diversas opciones. Desde mediados de siglo, dicha respuesta se ha construido en torno a un paradigma científico: la norma de conflicto multilateral, que aun subiste como tal. Frente al enfoque dominante de las doctrinas estatutarias que partían de la ley del foro para determinar su ámbito de aplicación en el espacio, **Savigny** parte de la relación jurídica y, mas concretamente, de su naturaleza, para conforme a ella, determinar cual es la sede de dicha relación, esto es, localizarla en un ordenamiento determinado.

Existe una prelación en la orientación metodológica de cada escuela o tendencia doctrinal. Es indudable que corresponde al haber de Savigny el hecho de erigir a la norma de conflicto en el paradigma normativo.

121. Su estructura, si bien suele hablarse de un elemento específico (el punto de conexión) el supuesto de hecho es una categoría o institución jurídica, en la que queda contemplada una determinada situación privada internacional. La misión del punto de conexión es dotar de relevancia jurídica a un elemento o circunstancia fáctica o jurídica que puede encontrarse en el supuesto de hecho, fijando a través de él la localización de la relación jurídica en un determinado estado, cuya ley va a ser aplicada.

B) caracteres.

122. La norma de conflicto es una técnica de reglamentación indirecta. Sus características son:

–su grado de generalidad o abstracción,(como consecuencia del grado de generalidad se deriva inmediatamente su carácter abstracto o, por decirlo de otro modo, su alejamiento de las circunstancias concretas que presentan los diversos supuestos litigiosos. La generalidad constituye una opción de política legislativa, que puede hallarse justificada en determinados objetivos materiales. Evitar la fragmentación del supuesto, a través de normas de conflicto generales, se asegura en cierto modo la coherencia de la regulación final de una institución, sometiéndola a los mismos principios rectores, colmando lagunas y desechando eventuales desajustes)

–su rigidez (hacen del método una ciega y pesada máquina de solución de conflicto de leyes, alejadas de las particularidades del caso concreto. Si la generalidad de la norma de conflicto depende directamente de la formulación del supuesto de hecho, su rigidez se halla vinculada indisolublemente al punto de conexión elegido. La opción por una conexión única, determinada en el tiempo, confiere a la norma de conflicto una rigidez absoluta) y su neutralidad (su propio objeto, la localización del supuesto litigioso en un ordenamiento determinado, tendría como consecuencia la ausencia de consideración del contenido material del derecho extranjero y, en general, de los derechos en presencia.

Caracteres que en ocasiones devienen en defectos o deficiencias que propiciarán, como veremos, soluciones correctivas o sustitutivas del método de localización.

125. La consecuencia de la norma de conflicto es designar la aplicabilidad de un determinado derecho estatal, localizando allí el supuesto, por lo que la norma de conflicto se caracterizaría por nacionalizar las situaciones privadas internacionales. Normalmente se trata de aplicar unas disposiciones igualmente aplicables a supuestos de tráfico interno.

2. Soluciones correctivas.(ver anexo I, pág. 3)

A) normas localizadoras especiales.

127. La generalidad del método conflictual puede corregirse, desde el propio método, a través de la formulación de normas de conflicto con supuesto de hechos más específico. La tendencia a la especialización de las normas de conflicto es, un elemento de combate frente a la generalidad, cuyo recurso es especialmente aconsejable en determinados sectores del derecho privado, caracterizados por la especificidad de los tipos de las relaciones jurídicas y de las situaciones litigiosas a las que pueden dar lugar.

B) flexibilización del método conflictual.

128. Junto a la flexibilización permitida en la interpretación de la norma de conflicto, debe señalarse la posibilidad de que dicha flexibilidad se introduzca en la propia formulación de la norma, a través del llamado principio de proximidad, determinando genéricamente la aplicación de una determinada institución o relación

jurídica de la ley mas estrechamente vinculadas, dejando en manos del juez la valoración de los índices materiales, subjetivos u objetivos del supuesto lignoso para proceder a determinar cual es el ordenamiento mas estrechamente conectado. Para completar la norma el legislador puede recurrir a una cláusula de excepción que opera cuando exista eventualmente una ley mas estrechamente concertada que la ley designada por la presunción.

129. Las cláusulas de excepción obedecen a un principio de justicia conflictual. La corrección de la norma general no puede fundamentarse en la consecución de un resultado material mas ajustado o convincente, sino en la mayor proximidad o vinculación del supuesto con una de las leyes en presencia, independientemente de su resultado material. Sin embargo, no significa que no tenga esta una significación sustancial o no se trate de un medio para alcanzar una solución justa. Esto solo es así si se comparte una visión formalista y neutral del principio de proximidad y de la tecnica conflictual. La proximidad es solo una imagen. La conexión es la primera expresión de ajusticia, pero no puede ser mas que una regla general, una suposición que no opera con casos reales. Sólo excepcionalmente, una configuración muy especial de las circunstancias de un caso concreto puede privar de justificación a la conexión. Dicha conexión pierde proximidad pero no podríamos decir que dadas las circunstancias del caso, no se cumple el objetivo material que refleja la conexión.

La norma de conflicto general es ilimitada, provoca un vacío legal de excepciones, que se cubre mediante reducción teleologica. Hechos desiguales deben ser tratados de forma desigual. La norma de conflicto general no asume dichas diferencias, provoca lagunas ocultas que no se compadecen con el principio de proximidad que subyace en la norma de conflicto. En esa sustitución de la conexión, en esa reducción teleológica, lo verdaderamente importante no son los contactos, sino la traición al plan de reglamentación, a los objetivos materiales que tales contactos representaban.

C) orientación material de la norma de conflicto.

La norma de conflicto no es en si misma ajena a consideraciones materiales, en la medida en que los objetivos de política legislativa vienen incorporados en la conexión, y se deducen de una perspectiva funcional del método de localización.

Anexo I. Apuntes míos de clase: **critica a la norma de conflicto diseñada por Savigny, y soluciones correctivas en un nuevo método** (puntos 2. A , B, C, del programa)

El nuevo método tiene 3 características, que van solapadas dos a dos con respecto al supuesto de hecho, punto de conexión y consecuencia jurídica respectivamente.

Especialización: (Supuesto de hecho) Savigny partía de categorías muy generales, por ejemplo, sucesiones, etc. Si lo hacemos así perdemos de vista a otras categorías mas especificas. Con las categorías especificas podemos buscar la sede natural de esta especificad concreta, a través de una fragmentación previa del genero tan amplio. La fragmentación, supone un crecimiento en el numero de normas respecto a una materia genérica. Supone fragmentar el supuesto de hecho y buscar la sede natural mas adecuada.

En España, hasta 1986 no había normas internacionales a este respecto, las que habían eran las del legislador interno, y había muchos problemas de interpretación. Hoy día el Dº Internacional Privado es de fuente internacional. Los tratados no derogan normas del legislador, sino que prevalece. Hay prevalecía y no primacía. Esta especialización ha venido de las Tratados Internacionales, con la nueva tecnica de la codificación.

Flexibilización: el modelo de Savigny era rígido, solo contenía un punto de conexión. El vehículo de remisión daba lugar a lo que se llamaba la maquina ciega, ya que a veces no era justo.

Las nuevas técnicas, utilizan puntos de conexión alternativos que implican que puede elegirse cualquiera de

ellos para lograr un resultado adecuado y justo. El ejemplo, normas de conflicto que protegen a la parte débil, las normas que rigen el contrato de trabajo: Convenio de Roma, la parte podrá elegir el punto de conexión para que la norma sea la mas adecuada a los intereses de trabajador. La elección permite obtener un resultado mas justo.

En España, el art. 11 CC, era una norma como las de Savigny, el resto de contratos firmados fuera de esta previsión eran nulos, la norma era rígida. Le actual art. 11 CC, afirma en su primer apartado, lo mismo, pero dice no obstante serán tambien validos los.....celebrados conforme a... hace una lista especifica otorgando mas puntos de conexión, para otorgar la validez del negocio jurídico.

Materialización: supone que el resultado de la operación es la búsqueda del ordenamiento mas justo, que mejor se acomoda a la realidad. Hoy día esta es la tendencia de los legisladores, además han penetrado las doctrinas norteamericanas, el ejemplo mas significativo que afecta a todos los contratos, esta en la comparación entre la norma que había sobre obligaciones y la que tenemos ahora.

Antes, el art. 10.5 CC, norma antigua, como la de Savigny. La aplicación era la autonomía de la voluntad, que ha de ser expresa y con relación con el negocio. Las partes podían elegir cualquier ley pero con estos dos limites. Si no hay voluntad expresa, se estará la ley nacional común de las partes (norma rígida propia de Savigny), si no se estará a la ley de residencia (tambien obligatoriamente), no a la ley del lugar del contrato.

Estas conexiones son sucesivas, NO alternativas, el modelo es rígido.

Ahora, tras el Convenio de Roma de 1980, que prevalece sobre el art. 10.5 CC, el art. 3 del Convenio de Roma señala la autonomía de la voluntad pero tacita, expresa y no tiene porque tener conexión con el negocio, es decir, es autonomía total. El art. 4 se establece el proper law, la ley mas adecuada, la que tenga vínculos mas estrechos con el contrato. Este derecho mas apropiado al contrato será el de la residencia de la parte que realice la prestación característica del contrato. El juez indagará para ver es prestación característica, a través de unos indicios, ya que no se le ofrece la solución, sino la necesidad de crear una norma.

En definitiva, y a lo expuesto en el análisis anterior, podemos afirmar que estamos ante un proceso de transformación, que va desde la norma concebida por Savigny. Hacia una concepción mas próxima a la figura de proper law.

D) análisis en dos escalones.

134. Las soluciones correctivas analizadas hasta el momento tratan de resolver los problemas derivados de la generalidad, rigidez o neutralidad del método de localización. Sin embargo, ninguna de ellas lleva ievita la justicia implícita en el propio método consiente en remitir a normas nacionales, pensadas para supuestos internos, para la regulación de situaciones privadas internacionales, obviando la desigualdad sustancial que introduce la internacionalidad de supuesto. El análisis en dos escalones permite atenuar este efecto de nacionalización o desinternacionalización del método conflictual, sin renunciar al instrumento de localización. Permite así mismo corregir la generalidad, rigidez y neutralidad del método. Parte de respetar la consideración de un elemento diferente esencial del caso concreto: la internacionalidad del supuesto; y suministrar una respuesta material ajustada a dicha particularidad, variable según sea el grado de internacionalidad o heterogeneidad del caso. La localización será el primer escalón, el segundo escalón, la aplicación del derecho material de un estado determinado, exige reintroducir en la respuesta el elemento internacional del caso.

3. Soluciones sustitutivas.

A) normas materiales imperativas.

135. El concepto de normas materiales imperativas responde a la necesidad de orientar materialmente la

cuestión del derecho aplicable en orden al respeto de tales valores o intereses públicos primordiales.

No todas las normas que poseen un carácter imperativo en el derecho material son de imperativa aplicación al tráfico externo. Las normas materiales imperativas participan normalmente, en el derecho internacional privado, de la imperatividad más estricta y excepcional que se define en la noción de orden público internacional, frente al orden público interno.

Estas normas agrupan aquellas disposiciones de la ley del foro cuyo interés para la sociedad estatal es demasiado relevante para que puedan entrar en concurrencia con las leyes extranjeras. Su finalidad: es un interés del estado en la conformación, modulación y orientación, según un determinado fin, de la actividad jurídico-privada.

Es preciso delimitar las especies o subespecies que se inducen del conjunto de normas materiales del foro imperativamente aplicables a supuestos de tráfico externo.

136. En primer lugar, las del art. 8.1 CC, las leyes penales, las de policía y seguridad pública obligan a todos los que se hallen en el territorio español. Responden a un tratamiento uniforme tanto de las situaciones internas como las internacionales conectadas con el territorio del foro.

137. En segundo lugar, no todas gozan del mismo grado de imperatividad. Sino que depende del grado de conexión con el supuesto del foro.

Existen normas materiales imperativas absolutas, cuya aplicación no puede hacerse depender del grado de vinculación del supuesto con el foro. Son aquellas que garantizan el respeto a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

138. Por otro lado existen normas materiales imperativas relativas, cuya imperatividad radica en la atención de un resultado material favorable a determinadas personas o situaciones, su aplicación solo se justifica, si la ley extranjera que designa la norma de conflicto no resulta tanto o más favorable que la ley española a la consecución del dicho objetivo.

B) Normas materiales especiales.

139. Constituyen una alternativa tanto a la generalidad de la norma de conflicto, como a su efecto nacionalizador o desinternacionalizador. Caracterizadas por dar respuesta directa y material a un supuesto de tráfico externo. Están pensadas para la especialidad que introducen las situaciones de tráfico externo, y contienen el elemento de extranjería en su supuesto de hecho. Determinan una consecuencia jurídica, arbitran una respuesta sustancial distinta a propia del derecho material del foro para supuestos del tráfico externo. Estas optimizan el principio de especialización de las normas de Dº IP.

140. La situación prelación internacional va a recibir una respuesta distinta a la fórmula por el derecho del foro para idénticas situaciones, cuando son internas.

Hay normas necesariamente especiales regulan realidades incomprensibles fuera de su dimensión internacional, sin parangón posible en situaciones internas: el pago por crédito documentado requiere una regulación especial, ya que su regulación no se concibe para el tráfico interno,.

141. Otras normas son las dependientes (el tribunal del foro solo dará aplicación a sus normas materiales especiales si la ley designada por la norma de conflicto es la ley del foro) o independientes (tienen la virtud de excluir la aplicación de la norma de conflicto, aplicándose de forma directa).

143. Las normas materiales especiales, constituyen soluciones sustitutivas del método conflictual de alcance

meramente parcial. Se trata mas de corregir que de sustituir al método

Tienen un campo de acción limitado: su adopción precisa un grado de madurez y experiencia jurídica muy elevado. La creación de normas materiales especiales a través de convenios, leyes o precedentes jurisprudenciales tiene un campo de acción limitado, por la dificultad de anticipar y prever los conflictos, mas allá de supuestos muy determinados.

C) normas de extensión.

144. Cumplen la función de espetar, para determinados supuestos, la solución general contenida en la norma de conflicto, en atención a los particulares intereses de política legislativa del legislador del foro, o por la especial conexión de tales supuestos con el ordenamiento del foro.

Delimitan la aplicación en el espacio de la ley del foro, proyectándola determinados supuestos conectados con el foro, a la vez que se erigen como una excepción a la solución general establecida en una norma de conflicto. Presenta una formulación unilateral como las de conflicto, con la diferencia de que las primeras no son susceptibles de vil aterrizarse y éstas ultimas si.

4. Interpretación de las normas sobre derecho aplicable:

A) flexibilidad interpretativa y valor seguridad jurídica.

147. Es aconsejable facilitar el desarrollo judicial del derecho internacional privado, flexibilizando sus soluciones.

Las soluciones correctivas y sustitutas anteriormente analizadas ponen de relieve la necesidad de un razonamiento argumentativo, no demostrativo, que permita orientar las soluciones concretas hacia los valores y criterios de oportunidad retenidos en el ordenamiento jurídico.; exigen un plus de motivación.

148. Este sector de derecho, se caracteriza por la escasez de normas y su carácter principal abierto, por lo que la interpretación goza de unos márgenes de flexibilidad sin parangón en otras ramas del derecho, lo que exige plantear el alcance del valor seguridad jurídica. Por tanto previsibilidad y efectividad constituyen dos valores de singular importancia.

La seguridad jurídica como principio busca un equilibrio frente a la flexibilidad. Son exponentes del valor justicia y ambas tratan de eludir la arbitrariedad. Exige objetivamente una corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ord.), y una corrección funcional (cumplimiento del derecho por los destinatarios y organos de aplicación). Además presenta una exigencia subjetiva: la certeza del derecho, o posibilidad de reconocimiento por los operadores de las consecuencias de sus actos.

Ahora bien, la flexibilidad de las soluciones no es, en principio, contraria a la previsibilidad de las soluciones. Al contrario, la cláusula de excepción es un expediente que permite someter un caso determinado a la ley mas próxima y, en esta medida, la mas razonablemente previsible para las partes. Uno de los elementos o valores claves de la justicia conflictual tener o busca conexión que tenga en cuenta las expectativas de las partes, la previsibilidad del derecho. La cláusula de excepción cumple como elemento que no sol impide, sino facilita, semejante previsibilidad.

Lección 7. Derecho aplicable (II). Determinación indirecta de la ley aplicable.

1. Imperatividad de la norma de conflicto.

A) Carácter dispositivo o imperativo de la norma de conflicto.

154. No han faltado autores que ha defendido la conveniencia de una interpretación dispositiva de la norma de conflicto, en el sentido de que las partes pueden optar, al menos en determinadas materias, entre la *lex fori* o el derecho material designado por la norma de conflicto, para evitar la justicia de menor calidad derivada de las dificultades prácticas de aplicar el derecho extranjero.

La doctrina científica mayoritaria se ha mostrado a favor de la imperatividad de la norma de conflicto. En primer lugar, un carácter dispositivo de la norma implicaría indirectamente la posibilidad de que los interesados seleccionasen a su conveniencia la ley aplicable, conlleva a una reducción de la función de las normas de conflicto: la expresión de su concepción de la justicia en el sector de tráfico externo.. En segundo lugar, llevaría al absurdo de que casos idénticos fuesen resueltos de manera diversa en un mismo estado, incluso por un mismo tribunal.

La norma de conflicto adquiere una naturaleza y un alcance diverso según que el punto de conexión lleve a la aplicación de la ley del foro o de una ley extranjera. La norma de conflicto resulta obligatoria si somete la solución del supuesto concreto a la ley del foro, en tanto que conserva un carácter meramente dispositivo si selecciona la ley extranjera.

B) la solución en el derecho español.

155. El artículo 12.6 del CC se inclina a favor de la imperatividad de las normas de conflicto al establecer que los tribunales y autoridades aplicaran de oficio las normas de conflicto del derecho español

2. Sucesión en el tiempo de normas de conflicto.

157. El supuesto más frecuente se refiere a la sucesión en el tiempo de normas de conflicto de fuente legal. Y dentro de éste la sucesión de normas de conflicto de carácter convencional. Ha dado pie a la proliferación en el texto de los convenios de cláusulas de compatibilidad entre tratados y provoca arduos problemas de interpretación.

158. Como solución han sido muchas teorías las implicadas, desde las tesis intermedias, que distinguen entre situaciones instantáneas o perfectamente localizadas en el tiempo conlleva la irretroactividad de la norma y la reglamentación de efectos jurídicos unidos a una situación duradera y permanente, lleva aparejada la aplicación de la última norma.

Se tiene a introducir el principio de especialización en la solución de los supuestos de sucesión en el tiempo, en una triple dirección:

–atendiendo a la especialidad del carácter indirecto de la norma de conflicto en la adopción de soluciones transitorias;

–resaltando las particularidades de la rama del derecho considerada y de las pretensiones litigiosas en concreto.

–determinación expresa de normas transitorias en cada ley de modificación del sistema de derecho internacional privado.

3. El supuesto de hecho de la norma de conflicto: el problema de la calificación.

A) delimitación entre normas de conflicto.

159. La pluralidad de métodos de reglamentación así como la diversidad de Fuentes hace posible que en un mismo supuesto de hecho se halle en todo o en parte regulado por varias normas, o sea susceptible de serlo. Se

recurre a un proceso de delimitación. La interpretación que supone elegir una norma de conflicto supone un proceso de acotación del ámbito de aplicación material de las distintas normas de conflicto del foro.

160. No siempre es una operación formal o conceptual; dicha operación es previa a la aplicación o puesta en funcionamiento de la norma de conflicto, e incluso cabe realizarla al margen de la pretensión litigiosa concreta.

La relimitación funcional de las normas debe partir de un análisis de las categorías empleadas en su formulación, procurando integrar el interés de política legislativa que refleja el punto de conexión.

161. La delimitación se orientara funcional y materialmente. Aunque la relimitación sea, en un plano lógico, previa a la calificación, el órgano de aplicación solo se plantea esta posibilidad ante un caso concreto. Por ejemplo, la capacidad de la mujer casada. Es fácil que en ese caso la operación de delimitación halle preordenada por determinado resultado material: si el juez pretende favorecer la plena capacidad de la mujer casada elija la norma de conflicto que designe aquel derecho material más favorable a tal efecto.

B) el principio de calificación ex lege fori.

162. El supuesto de hecho de este tipo de normas queda constituido a través de categorías jurídicas de mayor o menor amplitud (sucesiones ,relaciones entre cónyuges, obligaciones contractuales.) la operación de calificación consiste, entonces en subsumir los hechos de supuesto en una categoría o concepto jurídico determinado. Se hará con arreglo a la ley del foro tal como dispone el art. 12.1 CC.

La justificación de la calificación ex lege fori, frente a la posibilidad de aplicar a la misma, eventualmente, la ley extranjera designada por la propia norma, la *lex causae*, es múltiple y variada, pero son dos los argumentos que abogan por la calificación conforme a la ley del foro: el carácter interno de la mayoría de las normas de conflicto conlleva por sí mismo el carácter nacional de la calificación; si la clasificación sirve para la determinación de la norma de conflicto eventualmente aplicable, se desconoce de antemano la ley aplicable, resultando por ello incongruente pretender utilizar la calificación conforme a la *lex causae*.

C) Correcciones al principio de calificación ex lege fori.

163. problema fundamental que puede suscitar dicho principio es el de la calificación de una institución desconocida para el foro, nacida al amparo de un ordenamiento extranjero. Las soluciones irían desde instituciones totalmente desconocidas, hasta otras aparentemente conocidas, por ejemplo, la adopción, pero que en la forma y contenido en que la crea el derecho extranjero presentan más problemas de contacto con otro tipo de instituciones del foro, como tutela, acogimiento familiar, etc.,.

164. Para instituciones conocidas por el *dº* del foro, pero con contenido distinto en el *dº* extranjero, se articula la calificación en dos fases: en primer lugar, tratar de determinar ante qué tipo de institución o relación jurídica estamos; en segundo lugar, la fase de decisión, determinando conforme a la ley del foro, a qué categoría del ordenamiento del foro corresponde la institución analizada previamente conforme al derecho extranjero en que ha sido creada.

165. Para instituciones desconocidas en principio para el foro. La única vía de solución consiste en incidir en su función social. Se trata de la técnica de transposición de instituciones, fundamentada en el principio de equivalencia de instituciones. El fin es transportar o transponer dicha institución a otra conocida por el foro, con el fin de garantizar la continuidad y el reconocimiento de la institución. Ambas instituciones guardarán la suficiente correspondencia. Para proceder a la transposición basta, que la *lex fori* conozca y actúe una institución funcionalmente equivalente, para eliminar la razón de orden público que pende sobre la técnica de transposición.

4. El punto de conexión

A) concepto y clasificación de los puntos de conexión

.

168. Consiste en una circunstancia fáctica o en un elemento jurídico que permite atribuir a una categoría jurídica la aplicación de una concreta ley (nacionalidad, domicilio, lugar de situación del bien,)

169. Clasificación.

–puntos fácticos (lugar de situación de un bien, residencia habitual..) y puntos jurídicos, que no se refieren a una situación de hecho, sino de derecho (lugar de celebración del contrato,)

–puntos mutables (nacionalidad) y puntos inmutables (lugar de celebración de un acto)

–se contraponen los puntos subjetivos, referidos a los sujetos de la relación jurídica (nacionalidad, domicilio....) a los puntos de conexión objetivos, relativos a circunstancias de la relación jurídica independientes de sus sujetos(lugar de celebración del acto)

–por el grado de flexibilidad que introducen en la norma, serán puntos cerrados, rigidez, y puntos de conexión indeterminados o abiertos, que confieren a la norma cierta flexibilidad

B) el problema de la determinación del punto de conexión.

170. Cuando son conexiones fácticas no se plantean problemas, en cambio si suscitan problemas los puntos de conexión jurídicos(nacionalidad, domicilio, lugar de celebración del contrato) y en determinadas conexiones abiertas(vínculo mas estrecho) en las que corresponde al órgano de aplicación valorar los contactos del supuesto de hecho concreto con uno u otro ordenamiento, y en concreto la calidad de los mismos. El interprete puede moverse con mayor facilidad para orientar materialmente su elección hacia un resultado favorable a determinados actos, personas o efectos.

171. Los puntos de conexión jurídicos suscitan mas problemas si la lex fori y la ley eventualmente aplicable difieren en su precisión. Como ocurre igualmente con la calificación del supuesto de hecho, corresponde a la lex fori la determinación del punto de conexión conforme a sus categorías. La nacionalidad obliga a establecer una excepción; solo si conforme a la ley española el sujeto detenta la nacionalidad española, podrá determinarse el punto de conexión ex lege fori. Si no es así, para determinar la nacionalidad extranjera del sujeto es necesario recurrir al Dº del Estado cuya nacionalidad se pretende.

C) alteración ocasional del punto de conexión: el conflicto móvil.

172. Conflicto móvil es la alteración del punto de conexión en el tiempo(cambio residencia, nacionalidad, situación de un bien...)estos puntos, por tanto, requerirán una precisión temporal.

173. La ley anterior a la modificación del punto de conexión regirá las situaciones instantáneas agotadas antes de dicha modificación, en tanto que la nueva ley pasará a regir el contenido y los efectos duraderos permanentes de dicha relación. Este es un criterio excesivamente formalista y no tiene en cuenta que el conflicto móvil no genera ningún conflicto de leyes en el tiempo, sino un conflicto de leyes en el espacio.

Debe resolverse conforme a los criterios de conflictos de leyes en el espacio. No puede tener una solución general sino particular. La precisión temporal de la conexión debe hacerse a favor de aquella ley que mejor refleje la finalidad u objetivo del legislador. La solución del problema de la ley aplicable depende del grado de

permanencia de la relación o aspecto litigioso y se centra en muchas ocasiones en un problema de adaptación de ambas leyes o de transposición de determinadas instituciones, por lo que resulta más acertado recurrir a la especialidad del caso concreto.

D) la alteración fraudulenta del punto de conexión.: el fraude a la ley.

174. El fraude a la norma de conflicto consiste en la utilización de medios lícitos con el fin de alcanzar un resultado ilícito. Se desvirtúa, mediante el empleo de una norma, la función propia de otra. La peculiaridad estriba en la eventualidad de burlar la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto del foro.

175. El Art. 12.4 CC establece, se considera fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir la ley imperativa española. Critica en dos sentidos:

Se limita a describir el fraude, sin incluir en su formulación la sanción correspondiente, y no menciona el fraude que puede hacerse a la ley extranjera. Estas dos lagunas se podrían cubrir a partir de una aplicación analógica del art. 6.4 CC, que prescribe que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideraran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubiere tratado de eludir. Combinándolo con el art. 12.4 CC, la sanción vendría dada por la debida aplicación de la norma, con independencia de la alteración fraudulenta del punto de conexión.

176. Respecto de la sanción del fraude a la ley extranjera, se puede seguir la misma conclusión. Se admite la imperatividad de la norma de conflicto, ésta no deja de ser una ley imperativa española y, evitando la aplicación de la ley extranjera, estamos defraudando, la mitad de la norma de conflicto, que siempre mantiene su carácter de ley imperativa española.

Lección 8. Aplicación de la ley extranjera (I): aplicación del derecho material extranjero.

1. introducción.

A) Lex fori versus lex causae.

178. La consecuencia de la norma de conflicto puede resumirse en una disyuntiva: aplicación de la ley del foro o de una ley extranjera. La práctica demuestra la aplicación prioritaria del derecho del foro: la distorsión del proceso de localización del ordenamiento extranjero a través de una calificación preordenada por el resultado, o la prevalencia de la nacionalidad del foro si concurre con otra nacionalidad extranjera, etc.,...

La crítica a las teorías extremistas partidarias de una aplicación prioritaria de la ley del foro como mejor norma, radica en la extrapolación que llevan a cabo de las consideraciones de justicia implícitas en la ley material del foro para las situaciones de tráfico interno a unas situaciones radicalmente diversas.

Resulta indiscutible que la ley del foro no se sitúa en un plano de igualdad respecto a la ley extranjera, sino en una relación de predominio. Incluso cuando la ley del foro no es aplicable, sus categorías jurídicas presiden las operaciones de calificación y delimitación, y los valores del ordenamiento del foro impulsan la aplicación de las normas de conflicto materialmente orientadas.

B) el problema general de la aplicación del derecho extranjero.

179. La consecuencia jurídica de la norma de conflicto exige ciertas matizaciones previas en relación con la eventualidad de aplicar un derecho extranjero.

En primer lugar, la norma de conflicto puede conducir a la aplicación de la ley extranjera, y el término ley es

utilizado por la mayor parte de normas de conflicto de nuestro sistema. La referencia a la ley debe entenderse referida a la norma jurídica, al ordenamiento o legislación en sentido en general, y no a la ley, en sentido formal. La norma de conflicto remite al derecho extranjero, comprendiendo todas las fuentes del mismo.

180. La remisión al derecho o a la ley extranjera, no cubre todas sus normas jurídicas, sino aquellas que merecen ser calificadas como generales. Las normas de alcance particular generan una cuestión de reconocimiento y no una cuestión de derecho aplicable.

181. Debe diferenciarse la aplicación del derecho extranjero de otros supuestos que conllevan no la aplicación si al menos una toma en consideración como simple dato, como mero hecho determinante o condicionante de la aplicación de las normas de derecho internacional privado del foro.

182. No existe ninguna limitación especial a la aplicación de las normas de un sistema extranjero, según su carácter público o privado. Actualmente predomina con claridad una posición favorable a la aplicación de las normas materiales extranjeras de derecho público, que cobra mayor proyección en el sector patrimonial de la contratación internacional.

2. Aplicación del derecho material extranjero.

A) el conflicto de calificaciones y el problema de la a datación

B) conflicto de calificaciones: delimitación de supuestos y técnicas de solución

183. El conflicto de calificaciones en sentido estricto se produce exclusivamente en relación con la norma de conflicto y en un momento ulterior en el que se plantea el problema de la calificación del supuesto de hecho de la norma. Es una vez determinada la norma conflictual aplicable al supuesto, cuando el sistema de atribución del foro, por medio del punto de conexión, nos remite a una ley extranjera concreta. Una vez dentro de ella, el litigio se puede insertar en el contexto de una categoría distinta a la que corresponde a la ley del foro y que dio base a la selección de la norma de conflicto.

El art. 12.1 soluciona, ignorando la calificación ex lege causea, el conflicto de calificaciones, sin embargo, es claro que este precepto se refiere a la denominada calificación-subsunición, es decir, a la operación de calificación del supuesto de hecho necesaria para determinar la norma de conflicto aplicable y, en consecuencia, opera la remisión al derecho extranjero en cuestión.

Sea como fuere, el papel de la norma de conflicto concluye con la localización o determinación del derecho extranjero aplicable. La solución del caso concreto es una cuestión que no atañe al derecho del foro, de la misma forma que ocurre en el supuesto de remisión a un estado plurilegislativo.

En la práctica, los conflictos solo se producen en supuestos de inadaptación que conllevan la aplicación de varias normas de conflicto y a su través, de varios derechos materiales. Es en estos supuestos donde cabe apreciar el juego decisivo de las categorías y de las normas de aplicación de la ley del tribunal que conoce.

C) supuestos de inadaptación y sus soluciones.

185. La técnica conocida de ajuste o adaptación responde al problema de la incompatibilidad de normas pertenecientes a diversos sistemas jurídicos. Puede resultar necesario aplicar a distintos aspectos de la situación privada internacional leyes distintas, ya sean todas extranjeras o bien una o varias leyes junto a la *lex fori*.

La sustitución y la transposición se refieren a la búsqueda de una equivalencia entre la institución/ley extranjera y la institución/ley del foro en sendos supuestos, de cuestión previa o conflicto móvil.

La adaptación en sentido estricto se plantea en todo caso en que, por resultar aplicables varias leyes diferentes a un mismo supuesto, se produce un desajuste o una incoherencia en el resultado final.

186. Y ofrece dos opciones: una consistente en jerarquizar las dos o mas normas de conflicto que, eventualmente, una vez aplicadas las normas materiales reclamadas, dan lugar a la adaptación, o bien en derogar pura y simplemente, para el caso concreto una de ambas normas; la otra opción es intentar compaginar el tenor de derechos materiales en presencia, extrayendo de su observación una reglamentación ad hoc, una normativa particular que resolviese la inadaptación.

D) la cuestión previa.

187. Se suscita si al enjuiciar una situación regulada por determinada norma de conflicto aparece una cuestión jurídica que presente una autonomía propia, pero que precisa ser resuelta previamente para abordar la cuestión principal. Con carácter general, cada cuestión queda regulada por su propia ley.

188. La existencia de problemas de adaptación entre las leyes rectoras de la cuestión principal y de la cuestión previa plantea la conveniencia de aplicar a ambas cuestiones una misma ley, a saber la ley rectora de la ley principal

189. En algunos sistemas jurídicos, las relaciones entre la cuestión previa y la cuestión principal se han analizado como una cuestión de aplicación del derecho internacional privado extranjero. Dicha cuestión no se regiría por la ley determinada en la norma de conflicto del foro, sino por la ley prevista en la norma de conflicto del ordenamiento aplicable a la cuestión principal. Esta situación carece de fundamento en el derecho español: la aplicación del derecho internacional privado extranjero es excepcional (art.12.2).

3. El conflicto internacional transitorio.

190. Es un problema derivado de la modificación en el tiempo de las normas materiales del derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto del foro.

191. Dos vías para solucionarlo:

Una consistente en aplicar los principios del derecho transitorio de la *lex fori*, en atención a su carácter de norma de aplicación general.(criticada por conllevar una desnaturalización del ordenamiento reclamado por la norma de conflicto del foro, y por ello se ha defendido la aplicación de las disposiciones transitorias del derecho extranjero. Este es un recurso mas acorde con el principio de integridad del derecho material extranjero y con un papel limitado atribuido a la norma de conflicto del foro, cuya función concluye con la designación del derecho extranjero reclamado, siendo éste (la *lex causae*) el encargado de concretar la norma material que ha de aplicarse al supuesto.

192. La aplicación de las normas de derecho transitorio de la *lex causae*, admitida como principio general, cederá a favor de la aplicación de los criterios transitorios de la *lex fori* cuando sea materialmente imposible determinar el contenido de las disposiciones transitorias de la ley extranjera, o bien cuando sean susceptibles de contrariar el orden publico internacional del foro.

De clase: la norma de conflicto remite a un derecho extranjero. En e derecho extranjero se puede producir un conflicto inter normativo de carácter temporal no resuelto. Y obliga a juez a solucionar un problema acaecido en el derecho extranjero.

La solución que debe adoptar el juez ante problemas temporales, el juez debe sumergirse en su totalidad en el derecho extranjero, debe trasladarse y operar como si fuera un juez extranjero siempre y cuando tal indagación y aplicación del derecho extranjero no sea contraria al orden publico.

4. La exclusión de la ley material extranjera: la excepción de orden publico.

193. Orden publico es el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. En su aspecto positivo se confunde con las normas materiales imperativas. La dimensión negativa se utiliza como correctivo funcional frente a la norma de conflicto; se elude la aplicación de la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto.

194. El orden publico internacional es un concepto mas restringido que el utilizado en el art. 12.3, hace referencia a aquellas normas o principios esenciales, o de imperatividad reforzada, que impiden la aplicación de una norma extranjera que pueda derogarlos.

195. Se afirma la relatividad en el espacio del orden publico: a mayor conexión, mayores posibilidades de aplicación del orden publico. Por definición, el orden publico económico requiere, para actuar, una determinada conexión espacial del supuesto con el ordenamiento del foro, pues no tendría sentido utilizarlo si la aplicación de la ley extranjera no produce efectos nocivos en el mercado nacional.

196. Características: excepcionalidad: la ley extranjera ha de implicar una contradicción manifiesta con los principios jurídicos fundamentales; particularismo o territorialidad: el rechazo del derecho extranjero se produce como resultado de su contrariedad con el orden publico del foro; relatividad en el tiempo,

197. Los principios y valores esenciales que integran el concepto de orden publico encuentran su rigen, en primer termino, en el derecho estatal, y , dentro de éste, en el derecho constitucional.

De clase: la norma de conflicto española remite al derecho extranjero, y la institución extranjera reclamada en el derecho de ese país, esta en duda su constitucionalidad, ¿debe el juez hacer la labor que debería hacer un TC?

No, aunque debe tener en cuenta el problema; tendría que esperar a que el propio TC de ese país se pronuncie.

El problema es cuando NO haya pronunciamiento. ¿podrá intervenir o no?

5. La exclusión de la ley material extranjera: imposibilidad material de su aplicación.

198. El órgano de aplicación puede encontrarse en la tesitura de no poder, materialmente, aplicar el derecho extranjero. La imposibilidad puede ser parcial si únicamente se desconocen o exceptúan normas relativas a aspectos parciales de la situación litigiosa, en cuyo caso solo respecto de aquellas se suscita la imposibilidad material de aplicar el derecho extranjero.

199. Una solución hipotética consistente en rechazar la demanda, con el inconveniente de la denegación de justicia.

Otra sería aplicar un ordenamiento distinto. Ofrece varias posibilidades, una consistiría en dejar en manos del juez la determinación de los principios generales comunes a los sistemas en presencia.; tambien se podría elegir el ordenamiento mas próximo: en el caso de imposibilidad material de aplicar el derecho reclamado por la norma de conflicto, se acudiría a un ordenamiento de la misma familia jurídica, también sobre la base del derecho comprado; tambien se podría aplicar la lex fori: en primer termino, con base a una presunción de identidad y a merced de la competencia general o residual del derecho del foro: la norma de conflicto del foro nos remite a la ley material extranjera, pero, caso de faltar ésta, es el propio derecho del foro encargado de completar el vacío con sus propias normas materiales.

De clase: el tema se vincula al reconocimiento de estados y de gobiernos, es decir cuando el derecho a que nos remite la norma ha desaparecido. Un ejemplo, la aplicación del derecho zarista a unas alhajas aparecidas en

Paris. Cuando hay dificultades de aplicación porque la remisión de la norma de conflicto lo hace a un derecho inaplicable.

El TC ha dado una respuesta; aunque no total pero se pronuncia en el sentido de q UE la tesis de la competencia residual del foro se hace fuerte sobre la base de sus sentencias.

Lección 9. Aplicación de la ley extranjera (II) aplicación del derecho internacional privado extranjero.

1. Reenvio.

A) concepto, clases y presupuestos.

201. El reenvio tiene s origen en el denominado conflicto negativo de leyes, esto es, cuando la norma de conflicto del foro y la norma de conflicto correspondiente a la ley extranjera declarada aplicable se inhiben de la regulación del supuesto al estimar que ninguna de las dos es competente.

De clase: dibujamos el mapa sobre el cual se mueve el reenvio: en F1 tendremos el derecho del foro (con su sistema de normas de derecho material, su sistema de normas de derecho internacional privado, y su foro con sus puntos de conexión) al otro lado tenemos F2 que será el derecho extranjero(con lo mismo que en el anterior)

La particularidad es que el derecho extranjero no es solo derecho material, sino que tambien tiene su propias normas de conflicto. Por tanto no remitirá solo al derecho material extranjero, sino tambien a su derecho internacional privado extranjero. Como hay que aplicar el derecho extranjero en su totalidad, incluso las normas de conflicto, se puede producir un reenvio (caso forgo)

Este problema es muy frecuente en España, sobre todo con el tema de las sucesiones, que en un gran numero de países se rige por el derecho nacional, es decir por el de la nacionalidad, y en otros países, de tradición anglosajona, la solución no es la nacionalidad, sino el domicilio.

La solución mas correcta es matar el reenvio. Se hará mediante una norma que remitiera al derecho material extranjero.

El reenvio surge como solución a la rigidez de la norma de conflicto.

202. Junto al conflicto negativo de leyes, implica tres presupuestos: la diversidad de puntos de conexión utilizados por las normas de conflicto del ordenamientos que concurren en un supuesto de trafico privado externo; la consulta de la norma de conflicto extranjera o, si se quiere, consideración del derecho extranjero en su integridad, tanto derecho material como el conflictual; y por ultimo, la remisión de la norma de conflicto extranjera a otra ley. Si dicha norma remite a la ley del foro, estaremos ante un supuesto de reenvio de retorno o de primer grado,; si al contrario, remite a una tercera ley, se tratara de un reenvio de segundo grado.

B) el art. 12.2 CC y las distintas modalidades de reenvio en el sistema español.

203. La redacción del art. 12.2 CC se desprende que nuestro sistema no admite con carácter general mas que el reenvio de retorno a la ley española. El art. 12.2 ha tenido una aplicación jurisprudencial muy limitada.

De clase: en el art. 12.2 se dice que la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvio que su norma de conflicto puede jacer a otra ley que no sea la española.

El reenvio de retorno es una solución para no aplicar el derecho extranjero. El art. 12 admite el reenvio de retorno o de primer grado. El TS ha matizado el reenvio: la norma al decir sin tener en cuenta, no significa

que obligatoriamente te tenga que aplicar el derecho español.

Si la norma de conflicto esta recogida en un convenio, se aplicara la norma de orden publico de ese Convenio.

En el ámbito convencional el art. 15 del Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, excluye expresamente el reenvio.

En otros convenios parecen excluirlo implícitamente por dos razones: a) al designar la ley aplicable, se refieren a la ley interna del estado en cuestión; b) al indicar las posibilidades de exclusión de la ley declarada aplicable, únicamente te refieren a la excepción de orden publico.

Hay otra posibilidad, considerada como reliquia histórica, se hizo a nivel europeo, una ley uniforme de letra de cambio y del cheque; en España se iba a incorporar, pero con la Republica quedo olvidado. Posteriormente se recoge la recepción a ese derecho cambiario ginebrino de 1930 en la ley Cambiaria y del Cheque 19/1985, que en sus arts. 98 y 162 admite el reenvio.

Es necesario volver sobre el mapa en el que nos movemos para hablar de otro reenvio, tenemos F1, que remite a F2, y éste nos manda en su totalidad a u tercer derecho llamémosle F3. Cuando la norma de conflicto envía a un derecho extranjero, y ese derecho extranjero, a otro derecho en el que se vuelve a enviar, estamos ante el reenvio de 2º, es decir aplicar un tercer derecho.

En definitiva, queda excluido el reenvio en materia de contratos, en las demás materias se admite el reenvio de primer grado, con la salvedad recogida en la Ley Cambiaria i y del Cheque, que se admitirá el reenvio de segundo grado.

Otra modalidad, se da en el derecho anglosajón, el juez ingles utiliza el doble reenvio para solucionar problemas.

Si en el derecho extranjero reclamado, se admite el reenvio, se aplicara el derecho extranjero, si al contrario, no se admite, se aplicara el derecho ingles.

2. Remisión a un sistema plurilegislativo

Lección 10. Aplicación de la ley extranjera (III). Aplicación judicial y extrajudicial del derecho extranjero.

1. Invocación y prueba del derecho extranjero por las partes.

A) el principio de alegación por las partes.

213. El principio *iura novit curia* no opera, en principio, par el derecho extranjero. Sin embargo, tampoco el derecho extranjero tiene la consideración procesal de un simple hecho, al menos en todas las hipótesis. Los hechos una vez probados siguen siendo hechos, sin embargo, el derecho extranjero debidamente acreditado se erige en autentico derecho. El derecho extranjero tiene una consideración procesal peculiar, viene a ser un *tertium genus* entre el derecho y los hechos.

El art. 281.2 LECiv, confirma este carácter procesalmente híbrido del derecho extranjero tambien serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero.

214. Se parte de un principio de alegación y prueba del derecho extranjero por las partes.. El art. 282 debe ser interpretado en el marco de una nueva normativa procesal que refuerza el principio de justicia rogada, acentúa el carácter dispositivo del procedimiento y deja a las partes la responsabilidad de fijar en la demanda los hechos y fundamentos juridicos que sustentan sus pretensiones y del debate procesal.

El derecho extranjero exige de la parte un principio de prueba y del órgano jurisdiccional una participación activa que garantice una tutela judicial efectiva, colaborando en la gestión y obtención de los elementos probatorios.

215. Se exigirá además de medios estrictos de prueba, la certeza absoluta del contenido del derecho.

B) carga de la prueba.

217. La solución más correcta es que la parte a quien beneficie o interese la aplicación del derecho extranjero debe acreditar su contenido o sufrir las consecuencias de su falta de prueba, ya se trate del actor o del demandado. Se puede plantear asimismo la posibilidad de que la parte alegue una norma de conflicto extranjera, suscitándose una cuestión de reenvío. La parte que invoca la aplicación del derecho extranjero solo debe acreditar la vigencia y contenido de su derecho material; corresponde a la contraparte demostrar, que en virtud del reenvío de retorno, no es de aplicación el derecho extranjero, sino la legislación del foro.

C) objeto de prueba.

218. La regla jurisprudencial dominante se expresa con claridad al exigir la prueba de la interpretación y aplicabilidad al caso del derecho extranjero.

219 y 220. Plantea dos problemas que se pueden dar, de un lado que la regulación invocada proviene de un estado no reconocido por el foro, en donde tendrán que ponderar si las situaciones de derecho internacional público deben o no condicionar de forma absoluta los derechos de los particulares) y de otro plantear problemas de inconstitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico del que dimanen. En el caso de que el derecho extranjero contemple una técnica de control de constitucionalidad, el juez del foro debe tener en consideración el problema de la constitucionalidad de la ley extranjera.

D) momento procesal oportuno para la alegación y prueba.

221. La nueva LECiv parece clarificar el momento de preclusión de la invocación del derecho extranjero. Resulta claro que la invocación solo es posible en los primeros posicionamientos jurídicos de las partes, en la demanda y en la contestación a la misma.

E) Medios de prueba.

222. Prueba documental: se revela como la más operativa. No es admisible a través de documentos privados o generales, colecciones legislativas, obras doctrinales, etc., sino a través de documentos públicos o intervenidos por fedatario público pudiendo expedirse a través de certificaciones. Éstas son rápidas y fáciles de conseguir, pero el inconveniente es que no pueden determinar el alcance y contenido de la norma extranjera, sino su texto literal.

223. Prueba pericial: una jurisprudencia reiterada ha venido exigiendo el testimonio conforme de dos jurisconsultos del país extranjero en cuestión. Debe extremarse el control de la capacidad e independencia del perito, e incluso debe tenderse al nombramiento libre del perito por el juez, teniendo en cuenta las garantías de capacidad e independencia que ofrece.

2. Indagación y aplicación de oficio del derecho extranjero.

225. Es posible que, ante la pasividad de las partes el juez anteponga su propio conocimiento privado acerca del derecho extranjero. Sin embargo, no quiere decir que el juez pueda suplir la prueba del derecho extranjero merced a su propio conocimiento. Lo que sí que puede hacer es tomar la iniciativa para recabar los medios probatorios suficientes para confirmar el contenido de derecho extranjero, independientemente de que lo

conozca o no, evitando así una resolución que pueda ser arbitraria.

226. Si la parte invoca el derecho extranjero sin que ésta hay acreditado suficientemente el contenido del derecho extranjero, el juez esta obligado a una colaboración activa que facilite la aplicación del derecho extranjero. En determinados supuestos el juez no solo puede, sino debe adoptar medidas tendentes a la plena acreditación del derecho extranjero.

227. Si las partes no invocan el derecho extranjero, el juez no puede suplir la falta de alegación del mismo, procediendo a aplicarlo y probarlo de oficio.

(Los puntos 3,4 y 5 del programa apenas tomaron importancia en la explicación de clase, la referencia a ellos se encuentra en esta pagina. El punto 3 no se aborda en la explicación de clase .El punto 5 no se aborda pero trata de arbitraje internacional.)

De clase: en definitiva hay que quedarse con las siguientes ideas:

El principio iura novit curia implica que existe una limitación: la propia frontera. El juez español conocerá nuestro derecho, el derecho común, el derecho foral, es un principio procesal básico de conocimiento del derecho.

Hay, aunque no es frecuente, peritos juristas que conocen varios derechos.

Como el limite, en principio, es la frontera, no tiene porque saber derecho extranjero, por lo que hay que acreditar en juicio, a través de los cauces procesales. Se trata como un simple hecho, y quiebra el principio de igualdad del derecho del foro y del derecho extranjero

¿qué hay que acreditar? ¿cómo hay que acreditar ?El contenido, la vigencia y la aplicación de ese derecho, al caso concreto. Estos tres extremos, difícilmente te prueban únicamente por la prueba documental, ya que se completara con la prueba pericial. Solo se considerara probado si existen dos certificaciones de juristas de la nacionalidad del país cuyo derecho queremos probar.

Hay otras soluciones, en Alemania o suiza, hay institutos de derecho comparado, donde están las fuentes de varios derechos y donde hay especialistas. El juez cuando tiene que indagar, solicitará un dictamen a estos institutos.

En España no se distingue el derecho comparado del derecho extranjero, ya que el primero es un método, una indagación en el derecho extranjero que obtiene un resultado.

Hay mecanismos de cooperación internacional en dos convenios, en el Convenio de la Comunidad Europea, de Londres de 1968, sobre Indagación y Formación a cerca del Derecho Extranjero, (prácticamente todos los países de Europa, y algunos de América latina) y el Convenio de Montevideo de 1979, a cerca del Derecho Extranjero.

Se establecen las Auditorias Centrales, cada país designa un único órgano de recepción, que es el encargado de recibir las peticiones de los países extranjeros que solicita información sobre su sistema jurídico. Una vez obtenida respuesta, esta se remita al correspondiente órgano de recepción del otro país, a través de los organos de transmisión, que pueden ser varios o encomendarse a su labor al propio órgano de recepción de cada estado. en España el Mº de justicia, (la secretaria general tecnica)con la mision de enviar a otros países requerimiento de juez extranjero y viceversa, a cerca de la certeza del derecho

Volviendo a la prueba del derecho, cabe decir, que el juez puede valerse de esta prueba, pero no es obligatorio, sino potestativo. Las pruebas se practican a instancia de parte. Si el tribunal no colabora, no

dicta estas medidas, esta actividad no podrá ser revisada por otros tribunales mayores. Si el que alega el derecho extranjero es una autoridad estatal (por ejemplo un notario)funcionario, no es necesario acreditarlo con un dictamen de dos jurisconsultos.

RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS.

Lección 11. Reconocimiento de decisiones judiciales y laudos arbitrales (I): relimitación de regímenes.

1. Aspectos generales.

239. El ejercicio del poder jurisdiccional es una consecuencia inmediata de la soberanía estatal. Se trata de una potestad que no viene atribuida, en principio, a órganos jurisdiccionales extranjeros. Sin embargo, De no aceptar una vía para reconocer las sanciones vertidas por un sistema extranjero a determinadas relaciones jurídicas, el tráfico externo y el comercio internacional resultarían poco viables frente a la inseguridad e imprevisibilidad del derecho.

La ausencia de un reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras abocaría a situaciones claudicantes y a una negación de la función propia del derecho internacional privado: la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio. El problema del reconocimiento de decisiones requiere a su vez, el uso de técnicas de cooperación internacional que faciliten el reconocimiento de cuestiones jurídicas ya sancionadas.

241. El reconocimiento hace referencia a la posibilidad de conseguir en el foro, el efecto constitutivo, obligatorio o de cosa juzgada material, ejecutivo registral de una decisión extranjera. Asimismo, no todas las decisiones susceptibles de reconocimiento presentan un carácter jurisdiccional. Existen actos públicos o administrativos que constituyen auténticas decisiones gubernativas susceptibles de producir efectos extraterritoriales.

2. Reconocimiento de decisiones judiciales. Relimitación de regímenes.

242. La autonomía del régimen convencional y su primacía jerárquica deriva directamente de la ordenación de fuentes en nuestro sistema. El reconocimiento de decisiones se presta al establecimiento de cauces de cooperación internacional, que explican el complejo tramado convencional que preside el sistema español de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, que provoca múltiples supuestos de concurrencia.

La solución entre los conflictos, destaca la aplicación del convenio más favorable. La ratio de los instrumentos convencionales es favorecer el reconocimiento (favor executions) de ahí que algunos textos convencionales hayan previsto expresamente una excepción a su aplicación a favor, no solo de otros convenios, sino del propio régimen común del estado requerido, cuando éste sea más favorable al reconocimiento.

Podrá ser factible que el reconocimiento siga un régimen convencional, mientras que las condiciones sustantivas se sujeten a otros distintos.

La comunitarización de la cooperación judicial en materia civil a partir del Tratado de Ámsterdam ha alterado sensiblemente la relimitación de fuentes en este sector. Conlleva a una limitación de la facultad de los estados miembros en orden a la ratificación de nuevos convenios en la materia, quedando condicionada la política de negociación de convenios interaccionales a la política común de la Comunidad Europea.

A) régimen comunitario.

243. CB de 27 septiembre 1968. Su ámbito de aplicación material coincide con el de las propias normas del convenio sobre competencia judicial internacional. Ello permite que tras su entrada en vigor, mantengan vigencia y aplicabilidad a tales decisiones los convenios bilaterales suscritos con algunos países comunitarios

que quedan desplazados en las materias incluidas en el CB.

Para su aplicación espacial, basta que se trate de una decisión procedente de un estado contratante, sin UE sea necesario ninguno de los requisitos adicionales exigidos para la aplicación de las normas de competencia judicial internacional del convenio (domicilio del demandado en un estado miembro)

245. A partir del 1 marzo de 2002, la entrada en vigor de BI, provoca la sustitución del CB en las relaciones entre los Estados miembros de la Comunidad europea. Las sentencias dictadas a partir de la fecha señalada serán reconocidas a través del mecanismo reglamentario.

246. Mayores problemas de delimitación suscita el Reglamento BII relativo a reconocimiento de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad sobre hijos comunes. Su problemas de aplicación y compatibilidad se suscitaran en relación con convenios internacionales de origen extracomunitario.

B) regimen convencional multilateral.

247. El regimen convencional multilateral se cifra, en las cláusulas aisladas referidas a aspectos de reconocimiento que se contienen en determinados textos multilaterales.

Destacan los convenios multilaterales específicos de reconocimiento sobre materias concretas.

Algunos convenios internacionales sobre materias especifica incluyen normas sobre reconociendo de decisiones, al lado de una reglamentación de aspectos de competencia judicial.

248. Resulta de interés la regla de compatibilidad incluida en el art. 57.2 b) CB, que otorga prevalece a las reglas de reconocimiento de los convenios sobre materias especificas, aunque permite aplicar las disposiciones del CB relativas al procedimiento de reconocimiento y ejecucion. Esta salvedad es importante, ya que los Convenios especiales regulan el reconocimiento y sus tipos, pero no incluyen una reglamentación concretar del procedimiento de reconocimiento y ejecución.

Algunos convenios especiales establecen cláusulas de compatibilidad abiertas, permitiendo la aplicación de cualquier otro texto convencional aplicable, incluso del derecho autónomo, si resulta mas favorable l reconocimiento.

En el caso del reglamento BI, la compatibilidad solo se produce respecto de los convenios en los estados miembro fueren parte y no de aquellos en que llegaren a ser parte

C) regimen convencional bilateral.

D) regimen común.

250. El regimen común se encuentra diseñado en los arts. 951 a 958 LECA, que ee encuentra en la disposición derogatoria 1.3ª LEC 1/2000.

251. Nuestro derecho interno articula dos regimen ordenados asimismo jerárquicamente. En defecto de convenio, opera en nuestro sistema el regimen de reciprocidad, regulado en los arts. 852 y 953 LECiv. Si la reciprocidad es negat. A, esta circunstancia actúa como una excepción al reconocimiento en el regimen común.

252. Art. 952 perfila el regimen de reciprocidad en su aspecto positivo, con ciertas carencias conceptuales.

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, sino que las sentencias de ese país se someterán en España a idénticas condiciones que las exigidas para las sentencias dictadas por nuestros tribunales. La reciprocidad hace referencia a las condiciones de reconocimiento exclusivamente, y no a otros particulares. El procedimiento en España es el exequátur.

La reciprocidad positiva es un régimen más gravoso que el régimen del art. 954 LERCV, y que resulta aplicable en defecto de reciprocidad. Estas son condiciones mínimas, el régimen de reciprocidad se prevé en beneficio de quien se opone al reconocimiento. Al solicitante siempre le interesa más el régimen de condiciones mínimas del art. 954. La parte que se oponga deberá probar que concurre dicha reciprocidad, prueba que puede ser bien documental, a través de certificaciones consulares, bien pericial, mediante dictamen de dos jurisperitos. En concreto, la prueba de la reciprocidad debe acreditar tres aspectos, especialidad, bilateralidad y actualidad.

253. Régimen del art. 954: las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes:

1. Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia de una acción personal
2. Que no haya sido dictada en rebeldía.
3. Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y que las leyes españolas requieren para que haga fe en España.

En la práctica jurisprudencial se aplican ambos regímenes interrelacionados.

Si existe reciprocidad positiva, la especialidad de esta solución obliga a imponer las mismas condiciones que para los mismos casos se prevé en el sistema extranjero, no exclusivamente las previstas en el régimen de cierre.

Las condiciones mínimas del art. 954, se vinculan a exigencias constitucionales o sustantivas (orden público, garantías procesales, control de competencia) y mínimos requisitos formales y de congruencia del sistema jurídico (autenticidad, cosa juzgada..) el carácter irrenunciable de estas condiciones las hace siempre exigibles, incluso cuando proceda aplicar el régimen de reciprocidad positiva.

Por eso señalamos el carácter obstaculizador del reconocimiento, y la necesidad de que sea la parte que se opone al mismo quien asuma la carga de su alegación y prueba.

3. Efectos de reconocimiento.

254. El reconocimiento implica dejar valer en el foro los efectos que esa decisión tiene en el país en que se dictó, siempre que no sean incompatibles con nuestro sistema. Para conseguir dicho efecto, siempre resulta necesario recurrir a un procedimiento de ejecución.

255. El reconocimiento procura en el foro la obligatoriedad o efecto de cosa juzgada material. La cosa juzgada material solo despliega sus efectos tras el reconocimiento, si bien los derechos de las partes deben retrotraerse a la fecha de la sentencia extranjera.

256. Otro efecto es el constitutivo. Las sentencias constitutivas se caracterizan por la producción de un cambio o modificación en una situación jurídico-material. El interés de las partes puede ser hacer valer, simplemente, el efecto constitutivo de la decisión y no, propiamente, su efecto de cosa juzgada.

257. Otro efecto es el registral. El reconocimiento es preciso para lograr el efecto registral de decisiones. Consiste en el acceso al registro de la decisión extranjera como título para practicar la inscripción registral.

258. La decisión extranjera puede producir, efectos probatorios al margen del reconocimiento, si cumple las condiciones previstas en los arts. 144 y 323 de la LECiv. En la legislación registral se contempla tal valor probatorio de las sentencias extranjeras, permitiendo la anotación a título informativo de las mismas, aunque no hayan sido reconocidas.

No existe inconveniente alguno en que la decisión extranjera, sirva de elemento de prueba acerca de los hechos en ella dilucidados. Ello excluye el efecto de cosa juzgada y el efecto ejecutivo de la decisión extranjera.

De clase: **eficacia de actos realizados al a amparo de otro ordenamiento jurídico.**

La regla es que tales actos, pasaran un control, una homologación. No hay, en principio libre circulación de actos.

Un acto jurídico generado en un ámbito de soberanía distinto, y que se quiere que tenga validez en el derecho del foro, es decir, el país receptor.

Para que tenga validez es necesario una homologación.

La regla general validez se encuentra en el art. 11 CC. **Locus regim actum** Los actos jurídicos emitidos en el extranjero, salvo los del espacio europeo, se realizaran de acuerdo a la forma prevista en el país donde se ha emitido.

; esta regla no es única, sino que se ha dulcificado, y también son válidos los contratos otorgados en el extranjero, conforme a **la ley que rige el fondo del contrato.**

También será válido si la forma que elige esta en **la ley nacional común.**

Si el acto versa sobre un inmueble, **lex rei sitae**

Parrf. 3 art. 11, contiene la regla **auctor regit actum**. El actor rige el acto, si otorga acto jurídico frente a una autoridad española que presta servicios en el extranjero (cónsul, embajador,) la norma que regula el acto es el derecho español.

Parrf. 2 art. 11. Cuando para la validez se exige **formalidad especial**, si el acto se otorga ante la autoridad extranjera dicha autoridad debe respetar esta especialidad. Todo acto jurídico para que sea válido en el extranjero debe respetar lo anterior.

La legalización: es como un sello, estampillado, que se pone al documento para que tenga validez.

La Convención de la Haya de 1961 sobre legalizaciones, establece a determinadas autoridades facultades para otorgar, apostilla que pone la autoridad del país de origen del documento y a partir de la apostilla se otorga la legalidad.

En España hay 3 tipos de autoridades para poner la apostilla.

- si el documento es notarial, corresponde al decano del colegio correspondiente.
- si es documento administrativo, la otorga el delegado del gobierno
- si es documento judicial, es el secretario de gobierno de los TSJ

Requisitos: Cumplimiento de formalidades legales en el país de origen (los requisitos de legalización no se dan cuando estamos en el espacio judicial europeo BI y BII acaban con la legalización, ya que es espacio europeo común, se trata, en definitiva de eliminar formalidades.

En España hay dos sistemas de reconocimiento con peculiaridades según sea el acto.

a. Sentencias dictadas por tribunales extranjeros. B actos de jurisdicción voluntaria. C ejecucion de laudos arbitrales extranjeros.

En cuanto a las primeras, se distingue el origen (ya que con cada país hay distinto tratamiento)

Si la sentencia proviene de Europa, no hay homologación, sino reconocimiento automático. BI reconoce la posibilidad de recurrir si el juez no lo reconoce, primero ante la Audiencia provincial.

Si la sentencia no es de Europa, es necesario un procedimiento de homologación denominado exequátur (no se ha cambiando con la LECiv sino que esta en la LECA, obedece a razón de política legislativa. La LECA dice en su art. 951 que las ejecutorias dictadas en países extranjeros tendrán eficacia con los tratados internacionales. Establece un regimen de distorsión: hay que saber con que países tenemos convenio, con 12 países, con distinto alcance, las diferencias estriban en el órgano al que hay que someter la homologación.

Normalmente te hace ante la sala 1ª TS, pero hay otros que dicen que se homologa ante el Juzgado de 1ª instancia. También hay diversidad porque hay convenios del S XIX con suiza en el año 1826 y tambien Convenios del S. XXI, año 2002, y además hay que señalar que España, hasta la fecha, no ha tenido el modelo de convenio que quería, sino que ha sido otros países los que nos lo han impuesto.

Al margen del convenio, es decir, del espacio judicial europeo, se aplica la LECA, un régimen de condiciones o regimen común.

Hay otro elemento nuevo, los convenios multilaterales no basados en el origen del país, sino en la materia, hay tres materias: alimentos (Convenio Haya sobre reconocimiento en esta materia) menores, (Convenio de Luxemburgo 1990, guarda y protección de menores), costas procesales (convenios de la Haya de 1954 y 1970)

Para saber si se aplica un tratado hay que hacerse necesariamente unas preguntas:

¿qué país son parte? ¿desde que momento se aplica? ¿si la materia del caso se contempla en el tratado? ¿si esta afectado por otros convenios?

Controles:

Procedimiento de exequátur: persona que demanda en el extranjero y otra que a sido condenada, y vive en España. Con la sentencia, acude a la sala 1ª TS y presenta un escrito, en el que se adjunta la sentencia legalizada y traducida, y el TS remite al Mº fiscal, éste hace un informe y examina los requisitos/controles dando como resultado otro informe.

Se remite a la parte condenada y el demandado tiene 20 días para oponerse a la ejecucion, argumentando que adolece de vicios que estime oportuno. El TS dicta auto, art. 958 LECiv.

El TS remite al Juzgado de 1ª Instancia para que ejecute. Hay por tanto una fase de reconocimiento ante el TS y otra de ejecucion en el Juzgado de 1ª instancia.

4. Decisiones susceptibles de reconocimiento.

A) sentencias.

259. la jurisprudencia española ha utilizado un criterio funcional para englobar entre estas decisiones, objeto de recondimento, a cualquier resolución judicial adoptada en un procedimiento contencioso, siempre que se trate de una resolución firme. En contrapartida, el regimen convencional suele abarcar un mayor numero de decisiones judiciales, y suele utilizar conceptos amplios y vocablos mas abiertos.

260. El requisito de firmeza como condición para el reconocimiento de sentencias dictadas en procedimientos contenciosos aunque existen excepciones notables. El art. 525.2 LECiv establece con claridad la improcedencia de la ejecucion provisional de las sentencias extranjeras no firmes, sin perjuicio de los dispuestos en los convenios internacionales. La firmeza hace referencia a la noción de cosa juzgada en sentido formal, esto es, la impugnabilidad de la sentencia dentro de un mismo proceso. Corresponde al derecho procesal extranjero determinar como y en que condiciones una decisión no es susceptibles de ulterior impugnación o recurso en un mismo proceso.

Frente a esta postura, prosperan las tesis docenales y jurisprudenciales partidarias de entender el requisito de firmeza en sentido lato, come sinónimo de decisión no revisable en el mismo procedimiento, y no como sentencia con efectos de cosa juzgada material.

La excepción al requisito de firmeza, se encuentra en los Convenios de Bruselas y de Lugano de 1968. Incluyen sentencias provisionales siempre que sean ejecutivas en el país de origen si bien ello ha obligado a establecer correspondientes cautelas.

Asi, el tribunal de un estado contratante al que se hubiese solicitado el reconocimiento de una resolución dictada en otro estado contratante, podra suspender el reconocimiento si dicta resolución fuese objeto de un recurso ordinario en el estado de origen.

B) actos de jurisdicción voluntaria.

262. Se definen en la LECiv como aquella intervención del juez en la que no están empeñadas ni se promueve cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. Los distintos actos de jurisdicción voluntaria presentan una naturaleza muy dispar y reflejan un alcance muy variable en la intervención de la autoridad. Que participa unas veces con carácter constitutivo, algunas con una mision protectora y otras con un carácter de mero fedatario.

263. En los actos en que la autoridad desarrolla una función receptora de declaraciones de voluntad privada, actuando mas como una condición de eficacia formas del negocio que como un administrador de derecho privado (protocolización de un testamento), su eficacia depende de la solucion de un problema de ley aplicable, integrándose como una cuestión de estricta forma de los actos.

264. En los actos en los que la intervención tiene carácter constitutivo, dicho efecto constitutivo es el objeto de reconocimiento. En sentido amplio, decide, interpretando y aplicando la ley, valorando y sancionando en un sentido o en otro la constitución del acto y los derechos derivados, (expediente de adopción en nuestra legislación)

En nuestro regimen tenemos dos posibilidades: el reconocimiento material, consiste en cumplir los requisitos del art. 144 y 323 LECiv. No son requisitos exclusivamente ad probatióne, sino también exigencias de fondo relativas a la capacidad, la forma y la adecuación al orden publico. Este carácter permite afirmar que su simple aplicación conlleva un reconocimiento material del efecto ejecutivo, o en este caso, constitutivo del acto, mas allá del meramente probatorio.

La segunda opción es aplicar el exequátur Art. 951 a 958 LECiv. Pero se enfrente con la exigencia de firmeza

requerida a las decisiones susceptibles de exequátur. Un concepto amplio del requisito de firmeza permitiría incluir estos actos de jurisdicción voluntaria entre aquellos susceptibles de exequátur, que si son firmes en términos de cosa juzgada formal.

El regimen convencional, tanto multilateral como bilateral, incluye a menudo los actos de jurisdicción voluntaria entre las resoluciones susceptibles de reconocimiento, resultando aplicables, por analogía, las normas previstas para el reconocimiento de sentencias y otras resoluciones judiciales

C) laudos arbitrales.

Hacemos referencia a la ley de arbitraje(desde la perspectiva internacional, olvidando su ley de acompañamiento)

En España, el arbitraje no ha sido utilizado demasiado. Hubo una animadversión incomprensible por parte del poder judicial, hacia el arbitraje.

La primera ley de 1953, fue calificada como le antiarbitraje, por las dificultades que introducía. Prohibía que hubiera instituciones administrativas de arbitraje. La situación se mantuvo hasta 1988. Fue una época sin arbitrajes en España y el TS se negaba a reconocer laudos arbitrales extranjeros.

Con la CE 1978, art. 117 establece el monopolio jurisdiccional del estado; el art. 38 establece el principio de libre empresa , junto con otro valor del ordenamiento jurídico que es el principio de de la autonomía de la voluntad; con estas tres variables a tener en cuenta nos hacemos la siguiente pregunta ¿qué ocurre cuando un particular atribuye a un tercero la solución de una controversia? En principio vulnera el monopolio jurisdiccional.

Cuando se hizo la ley de arbitraje de 1988, estaban presentes intereses distintos: los colegios de abogados querían arbitraje, las organizaciones empresariales también (decían que muchos contratos no se podían realizar en el extranjero) ,las cámaras de comercio también; y por otro lado el interés de los jueces que se negaban.

La ley tuvo muchos recelos al arbitraje, el ministro de justicia en aquel momento era magistrado. Internacionalmente nadie hablaba del arbitraje español. (todo esto cambiara con la aparición estelar en el juego del gran catedrático don Fernández Rozas, y sus clases magistrales, y la referencia a su persona como centro del mundo y universo)

Había muchos interés por controlar el arbitraje, se llevo a cabo una practica judicial incorrecta al respecto.

Hoy en día, el arbitraje se explica delimitando tres franjas necesarias, como si de un edificio se tratara y tuviera tres plantas en las cuales se hacen cosas distintas, pero encaminadas a un mismo fin. Las plantas son la negociada contractual y jurisdiccional.

Negocial: cuando se va a dictar el laudo, en el procedimiento, las partes ven si pueden ganar lo no. Pudiendo para el procedimiento y negociar llegando a un acuerdo. A veces el arbitro entra en l negociación, lo que no es recomendable según Fdez. Rozas.

Contractual: parte de un contrato con una cláusula compromisoria (de renuncia a jurisdicción y sometimiento) si se inicia un procedimiento concluirá en un laudo arbitral. Los plazos son civiles. Tiraremos de derecho civil y mercantil.)

Jurisdiccional: . Acentúa las relaciones entre el juez y el arbitro. Cuando surgen problemas.(desacuerdo para nombramiento de árbitros, practicas de prueba,) la nueva ley refuerza el papel del auxilio. (se auxilia la

arbitro para rellenar la laguna de imperium(que es lo que no tiene el arbitro, sin embargo, el juez si, pudiendo hacer requerimientos a testigos... Y otras medidas que se pueden hacer efectivas por mandato judicial.)

Y a su vez, tambien refuerza el papel de control(lo hace la audiencia provincial) se puede anular por causas tasadas en la ley. La nueva ley abrevia los plazos para que la audiencia dicte resolución y se permiten la ejecución provisional.

Todo lo anterior, este edificio esta en el estado de la sede del arbitraje. El estado A. Si se tiene que ejecutarse en el estado B, se llega a un procedimiento de exequátur . Los árbitros son controlados en el país de sede y serán también en el país donde se quería ejecutar el laudo.

Ventajas del arbitraje(las bondades del arbitraje):

–rapidez: (en el piso contractual, dura 6 meses) el plazo es prorrogable. La ley introduce que al final se prolongue unilateralmente por los árbitros. Esto ocurre si las partes aceptan el arbitro. Si no es así, se establece la ejecución provisional. Normalmente dura un año y medio, pero se suele dilatar algo mas.

–secreto: las empresas no quieren que las demás se enteren de su situación. Los árbitros guardan secreto profesional. Los laudos no se suelen publicar y menos si son ad hoc.

–especialización de los arbitros: frente al carácter generalista del juez, los árbitros son expertos en una materia concreta.

–economía: para ver los costes del arbitraje hay que ver la Web de la CCI (cámara de comercio internacional de Paris) suelen ser un porcentaje de la cuantía litigiosa.

Relaciones entre el juez y arbitro:

1– hasta la fase donde se dicta el laudo, el juez tiene función de auxilio, suplirá el imperium del arbitro. Cuando hay que solicitar una diligencia en el extranjero. No son aplicables los convenios de auxilio judicial(este auxilio judicial es otra cosa). Tendrá que dirigirse por mediación del juez del país.

Formalización judicial: las partes no se ponen de acuerdo en el nombramiento de los árbitros, implicaría que no tuviera lugar el arbitraje. Para evitar estas tácticas delatorias (como recusación de árbitros...) la ley prevé la intervención judicial, que implica que si se da esta circunstancia, la parte que quiere el arbitraje acude al juez de primera instancia para designarlo.

2– intervención en el control: (aquí ya hay laudo) en España es el juez de la audiencia provincial.

Antisuit injunction: intervención judicial, medida anteproceto, posibilidad que tiene el juez de intervenir en el !piso de arriba e impedir el arbitraje (típico del derecho anglosajón) la eficacia de la decisión de impedir el arbitraje, la eficacia extraterritorial, no los contempla nuestra ley, pero si la posibilidad de introducirlo. En España no se contempla porque su sistema, controla lo que se haga mal, al final del procedimiento, el control el a posteriori.

3– la nueva ley faculta a los arbitro a dictar medias provisionales (se articula mediante una cooperación del juez para suplir el imperium que éste no tiene)

Fase de control: Como controla el juez lo que hace el arbitro.

La ley tiene unas causas por las que se puede anular el laudo (no podrá ser recurrido, no hay apelación) lo que hacen los árbitros puede ser anulado total o parcialmente, a través del recurso de anulación ante la AP.

Las causas:

1- invalidez de la cláusula arbitral (no hay voluntad inequívoca de las partes) cláusula patológica. Cuando el tribunal al que se somete no existe o ha dejado de existir.

2- competencia o incompetencia del tribunal arbitral. Se abre un tramite incidental(es como la declinatoria) se produce un procedimiento que da lugar a un laudo interlocutorio (seria como un auto)

El art. 24 de la ley reconoce: la potestad para dictar medias cautelares a los árbitros, es potestativo, el juez de oficio no lo hará, sino que l pedirá la parte. L otra parte podrá impugnar la medida

Procedimiento arbitral: no esta regulado en la ley. Se rige por el principio de la autonomía de la voluntad. Hay dos modalidades de arbitraje, ad hoc o administrado: aquel en el que el tribunal arbitral tiene asistencia administrativa que realza funciones similares a las de una secretaria judicial. Se puede llamar arbitraje institucional o ad hoc si se crea el órgano o secretaria para ello. (no hay que confundir la secretaria de los que es el Secretario del Tribunal arbitral)

Arbitraje institucional: hay cuatro protagonistas: partes; institución arbitral; tribunal arbitral; juez.

A. Se presenta la demanda dirigida a la institución arbitral. La comisión especializada analiza si se ajusta a la institución. Se exija caución de 1500\$. Se examina y se decide a cerca de su admisión o no.

B. Se le devuelve la demanda al demandado, que incluye la propuesta de arbitro. El demandado tambien designa otro o bien empieza el momento de la recusación si procede.

C. La entrega del expediente al tribunal arbitral en la primera reunión se ha ce un documento Acta de Emisión donde se fija el objeto de la controversia y se desglosa las cantidades de la cuantía a efectos de conceder algo. Cuantía del arbitraje es igual a cuantía demanda + reconvencción).

Tambien se fija el lugar del arbitraje. Implica que si elegimos un país, el juez que va a controlar es el de ese país, admitirá o no las medidas provisionales. La ley procesal es la del país, con carácter supletorio. Tambien se fija el idioma, los plazos(fase declarativa, prueba y conclusión). En ocasiones se fijan los puntos litigiosos sobres lo que se va a tratar; a Fez. Rozas le perturba porque dice que encasilla mucho)

D. Se firma el documento y se envía a la Institución Arbitral y revisa el acta. (Aquí surgirán los tramites incidentales). Se les da plazo a las Partes para que vuelvan a presentar demanda y contestación proponiendo prueba (la fundamental será la documental) aquí aparece el auxilio jurisdiccional del juez,(en tanto dicta medidas que el arbitro no puede por falta de imperium) y fija día para la vista.

D) medidas provisionales y cautelares.

275. La ausencia de firmeza, siguiera en sentido lato, impide su reconocimiento en el regimen común español. No se extiende al regimen convencional de Bruselas y Lugano, ni al derivado de los reglamentos comunitarios, ni al regimen de determinados convenios específicos en materias como los alimentos o la protección de menores. Asimismo, algunos textos bilaterales admiten el reconocimiento de medidas provisionales y cautelares de conformidad con el regimen de reconocimiento contenido en ellos.

E) transacciones judiciales.

276. La transacción es un contrato por el cual las partes, dando prometiendo o reiterando cada alguna una cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen termino al que había comenzado. La sujeción de la transacción a las causas de invalidez de los negocios juridicos, impide reconocer a las transacciones judiciales

efectos de cosa juzgada. La asimilación entre transacción y decisión judicial opera, preferente pero no únicamente, en aquellos textos en que se prevé un reconocimiento automático e incidental.

f) condena en costas

Lección 12. Reconocimiento de decisiones judiciales y laudos arbitrales (II) tipos y condiciones del reconocimiento.

1. Tipos de reconocimiento.

A) reconocimiento automático e incidental.

279 el automático es el reconocimiento sin necesidad de procedimiento especial alguno. No significa por eso incondicional, ni inmediato, sino, simplemente, sin necesidad de un procedimiento previo de homologación. No es posible en el régimen común español, que requiere un procedimiento previo de homologación o exequátur, cuyo objeto único es conceder o denegar el reconocimiento. Dicha facultad, art. 951 a 958 Leciv corresponde al TS, y sólo una vez obtenido el exequátur, el interesado podrá instar ante la autoridad competente (juzgado de primera instancia, encargado de registro.,) el efecto pretendido.

280. Frente al régimen común, el reconocimiento automático está previsto en algunos textos convencionales, CB y Clug art. 26.1 las resoluciones dictadas en un estado contratante serán reconocidas en los demás estados contratantes sin que sea necesario recurrir a ningún procedimiento (art. 33.1 BI)

El principio de reconocimiento automático no significa eficacia automática. Para evitar equívocos, sería más adecuado utilizar conceptos diversos(efecto preclusivo o prejudicial) al de eficacia de cosa juzgada inmediata

Al margen del convenio de brúñelas, en el sistema español el reconocimiento automático opera en algunos convenios multilaterales específicos y en el marco bilateral también.

218. La propia naturaleza del reconocimiento automático justifica que siempre venga acompañada de la posibilidad de la posibilidad del reconocimiento incidental de la sentencia extranjera. De esta forma, si se ventila, por ejemplo, una cuestión sucesoria ante un juzgado de primera instancia en España, éste tiene competencia para reconocer incidentalmente una sentencia de divorcio dictada en un país extranjero que puede ser decisiva a la hora de atribuir derechos sucesorios a unos u otros.

Si ante un juzgado español se inicia un procedimiento ya resuelto por sentencia firme en un país extranjero, el demandado puede oponerse interponiendo una excepción de cosa juzgada apoyada en la decisión extranjera. Si existe posibilidad de reconocimiento automático, el juez español valorará si la decisión extranjera cumple las condiciones convencionales para el reconocimiento; siendo así, aceptará la excepción. Su resolución acepta automáticamente el efecto de cosa juzgada de la decisión extranjera, pero no produce efectos más allá de procedimiento abierto ante dicho juzgado de primera instancia.

B) reconocimiento autónomo: el procedimiento de exequátur.

282. El reconocimiento automático tiene el manifiesto inconveniente de su provisionalidad. Es un reconocimiento que carece de fuerza vinculante, por lo que existe la posibilidad de posturas contradictorias entre diferentes autoridades judiciales y administrativas respecto de una misma decisión. Con el fin de solventar esta provisionalidad, se ha abierto la posibilidad de que, en caso de oposición al reconocimiento o para evitar la disparidad de criterios, el interesado pueda entablar un procedimiento autónomo o especial, en que se declare el reconocimiento con efecto vinculante, esto es, produciendo el característico efecto de la cosa juzgada material.

283. El objeto del procedimiento de exequátur cuyo objeto específico es el reconocimiento con efectos de cosa juzgada de la decisión extranjera. El procedimiento regulado en los arts. 955 a 958 LECiv es aplicable tanto para el régimen de reciprocidad como para el de condiciones. Es un proceso autónomo, lo diferencia del reconocimiento automático o incidental. No es un procedimiento de ejecución, sino un procedimiento de reconocimiento u homologación; esta es la causa pretendida. Aunque se pretenda el efecto ejecutivo, el procedimiento de exequátur se erige como un presupuesto de ejecución (declaración de ejecutividad), pero no la lleva a cabo; simplemente transforma la decisión extranjera en un título de ejecución.

El procedimiento de exequátur se caracteriza, por OTR parte, por los principios dispositivo, documental y de aportación de parte. La legitimación no viene regulada en la Leciv, si bien estima que están legitimados para solicitar el reconocimiento quienes fueron parte en el proceso extranjero y sus derechohabientes.

El procedimiento termina a través de un auto firme. No cabe siquiera la vía de un eventual recurso de amparo ante el TC. La cuestión se ha suscitado en torno al reconocimiento ante una irregularidad del procedimiento llevado a cabo en el extranjero

284. En el régimen de Bruselas y Lugano junto al reconocimiento automático e incidental, es posible acudir, en caso de oposición, a un procedimiento específico de reconocimiento con efectos de cosa juzgada (art. 26.2) es el mismo para solicitar el efecto ejecutivo de la decisión extranjera. El reconocimiento es suficiente cuando de lo que se trata es de hacer valer el efecto prejudicial, el efecto constitutivo o el efecto registral de una decisión. Pero si se trata de una sentencia de condena, se requiere una actividad judicial o procesal. Para la ejecución de la decisión extranjera, es imprescindible, se o no firme, resulte ejecutoria según la ley del país de origen, es decir, que tenga efecto ejecutivo o lleve aparejada ejecución. Que sea ejecutada dependerá en segundo término de que se cumplan el resto de condiciones previstas en el convenio y se cumplan los requisitos previstos según la ley del estado requerido en el procedimiento de ejecución de sentencias.

La solicitud de reconocimiento o ejecución se presenta en España ante el Juzgado de 1ª Instancia del domicilio del demandado o, en su defecto, del lugar de ejecución. La solicitud debe venir acompañada obligatoriamente de una copia auténtica de la resolución que se pretende reconocer. Y de cualquier documento que se acredite, según la ley de origen, la ejecutividad de la decisión y su notificación. También se acompañará el documento que acredite, en su caso, el beneficio de justicia gratuita en el estado de origen.

El procedimiento de concesión de la solicitud en primera instancia es breve y no contradictorio; la parte contraria no puede en este punto formular observaciones. El juez de primera instancia apreciará de oficio si concurren las condiciones para su reconocimiento. La resolución será notificada de forma inmediata al solicitante, y en el caso de concederse la ejecución, incluirá la autorización para adoptar medidas cautelares, por lo que resulta procedente que el solicitante requiera en esta primera instancia la adopción de medidas de aseguramiento de una resolución favorable al reconocimiento.

En caso de autorizar la ejecución, la parte sobre la que se ejecuta, podrá recurrir en el plazo de un mes o de dos meses si reside fuera.

Si se desestima el reconocimiento o ejecución, el solicitante puede asimismo recurrir en apelación ante la Audiencia Provincial

Las resoluciones que dicten las audiencias provinciales podrán ser objeto de casación ante el TS.

285. BI introduce modificaciones. Aunque la competencia judicial siga recayendo en los juzgados de primera instancia, éstos solo se limitan a controlar la regularidad de los documentos, sin entrar en el fondo, de forma que el reconocimiento y ejecución de las sentencias es, en principio, obligadas. El control de las condiciones sustanciales solo se produce, a instancia de parte, mediante el correspondiente recurso ante la audiencia provincial. BI constituye un paso hacia la eliminación total del exequátur, que constituye el objetivo expreso

de las instituciones comunitarias.

En esta primer instancia el juez procede a otorgar inmediatamente la ejecutividad una vez que se aportan los documentos necesarios, sin que pueda ni deba realizar de oficio, como ocurría en CB. El juez de primera instancia solo puede denegar el reconocimiento por falta de los documentos exigidos. En otro caso, esta obligado a autorizar la ejecucion. la diré necia sustancial estriba en el hecho de que el control de condiciones competen en el regimen actual a la audiencia provincial, a través de la resolución el recurso de apelación, sustituyendo en dicho menester a la función que cumple en el convenio de brúñelas el juzgado de primera instancia. Art. 34.

El reglamento simplifica tal batería de documentos al crear un certificado normalizado que debe expedir el Tribunal de origen a instancia de parte, (anexo V) su finalidad es facilitar la a acreditación de todos estos extremos. El solicitante cumple con acompañar a su solicitud la copia autentica de la decisión y el certificado normalizado , que está asimismo previsto para las transacciones judiciales.

286. el resto de convenios no suele incluir una reglamentación específica de lrpoc3dimento de reconocimiento, remitiéndose a los respectivos derechos internos, es decir, en el caso de España al exequátur de los arts. 955 a 958 LECiv

C) reconocimiento global y reconocimiento parcial.

287. Dentro del reconocimiento parcial de los pronunciamientos civiles de una sentencia penal extranjera, caben también los referidos, no solo a indemnizaciones por responsabilidad civil, sino también a modificaciones de la capacidad de obrar. En concreto respecto de las decisiones que contienen una condena pecuniaria por responsabilidad civil, la doctrina se ha manifestado a través de esta interpretación funcional. La acción penal y la civil nacida del delito falta pueden ejercitarse separadamente, y la extinción de una no comporta la de otra, todo lo que demuestra que la indemnización civil no pierde su naturaleza.

288. El reconocimiento parcial puede servir, por otra parte, para lograr un efecto atenuado de la excepción de orden público, susceptible de afectar únicamente a una parte o a un solo pronunciamiento, y no a los restantes.

Por otra parte, la autonomía de ciertos pronunciamientos parciales (alimentos, custodia menores, etc.) ha justificado el otorgamiento y admisibilidad de solicitudes de exequátur parcial en el régimen común. La positivización de esta posibilidad ha venido dada en el régimen convencional bilateral y en los CB y Clug

2. Condiciones de reconcomiendo.

A) la ausencia de revisión de fondo como príncipe base

289. Si, como condición de reconocimiento, la autoridad de origen ha de ser competente, el fondo de la decisión no debe ser revisado, ni cabe exigir, como tal condición de reconociendo, que hubiera podido ser dictada con idéntico contenido por un tribunal español.

La mayor parte de los textos que configuran nuestro régimen convencional de reconocimiento excluyen expresa y taxativamente la posibilidad de un análisis de fondo de la decisión extranjera. El régimen común español, en principio es contrario a la visión de fondo, sin embargo, se admite una ia excepcional en virtud de régimen de reciprocidad positiva, cuando entre las condiciones que se exige en el país extranjero a las sentencias españolas se articule concretamente u n procedimiento de revisión de fondo.

B) control de las garantías procesales y control de orden público.

En el régimen común, el art. 954.2 exige que la decisión extranjera no haya sido dictada en rebeldía. Una

interpretación funcional lleva a concluir que su sentido se garantiza el principio de contradicción y la posibilidad de que el demandado haya podido defenderse efectivamente en el procedimiento abierto en el extranjero. Quedaría fuera de la condición todo supuesto de rebeldía culpable, estratégica o por conveniencia.

La obligación del TS de denegar el exequátur si comprueba que, al dictarse la resolución cuyo reconocimiento se solicita, no se han respetado las garantías previstas en la CE. Dicho respeto a la CE se extiende a otras garantías, más en especial las implícitas en el derecho a no quedar en indefensión, como son la propia existencia de fundamentación jurídica y la presencia, siquiera mínima de prueba.

291. La noción de orden público. Es condición del exequátur que la obligación para cuyo cumplimiento se hay procedido sea lícita en España, límite que es igualmente oponible en el régimen de reciprocidad. Atiende a la protección de valores fundamentales de índole social o económica del foro. Obliga al juez a utilizarlo conforme a los valores presentes en el momento del reconocimiento, no en el de dictarse la sentencia extranjera.

El límite de orden público puede afectar a cualquier otro derecho constitucional distinto de las garantías procesales.

En consecuencia el TC ha procedido a englobar en un único concepto, de significado constitucional, dos condiciones hasta ahora separadas: el control de garantías procesales y el de orden público; de esta forma, el primero pasa a ser una simple subespecie del segundo, en el que se integra.

292. El juego de ambos, plantea problemas de interpretación en los CB y Clug. Respecto a una posible interpretación unitaria de ambos conceptos o al contrario.

El debate acerca de la correcta interpretación del art. 27.1 ha quedado definitivamente zanjado a merced de la STJCE 28 marzo de 2000 que específicamente considera que los derechos de defensa o las garantías procesales fundamentales son parte consustancial del orden público al que se refiere el art. 27.1 del convenio.

293. El TJCE procura igualmente que el orden público no altere la prohibición de la revisión de fondo y se convierta en un mero control de la ley aplicada. El orden público debe operar únicamente en aquellos casos en que el reconocimiento de la sentencia choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del estado requerido, por menoscabara un principio fundamental.

C) control de la ley aplicada.

294. Consiste en supeditar el reconocimiento al hecho de que el tribunal extranjero haya aplicado al supuesto la misma ley que hubiese sido aplicada por los tribunales españoles, a menos que el resultado final coincida.. Se opta por la aplicación incondicional de la ley nacional del interesado a su estatuto personal, cuando ésta no coincide con la *lex fori* del juez del exequátur. Se trata de una condición que se circunscribe a las decisiones dictadas en procedimientos relativos al derecho de persona, familia y sucesiones.

El control de la ley aplicada no es una condición prevista ni exigible en el régimen común español.

295. El control de la ley aplicada si tiene cierta acogida en el régimen convencional. CB y Clug

La condición del control de la ley aplicada desaparece en BI, por su parte en BII ya había excluido dicha condición en la materia de estatuto personal más sensible, como es la nulidad del matrimonio, separación y divorcio, como cuestiones principales y no meramente incidentales.

296. En el régimen bilateral se recoge de manera muy diversa. Mientras en alguno el control, solo se prevé en cuestiones de estado o capacidad, en otros se extiende, de manera más concisa, a las situaciones matrimoniales,

relaciones familiares, regimen matrimonial. De forma inopinada, el convenio entre España y Bulgaria de 23 mayo 1993, introduce por primera vez en nuestro sistema el control de la ley aplicable en materias mercantiles y patrimoniales.

D) autenticidad de la decisión.

297. Constituye una condición previa que, como es obvio, opera sea cual fuere el regimen del reconocimiento. En el regimen común, la exigencia de autenticidad de la ejecutoria extranjera, solo implícita en el regimen de reciprocidad, se especifica en el artículo 954.4 Leciv .

El TS entiende la prueba de la autenticidad como un requisito previo que debe aportar quien solicita el reconocimiento, actuando al tiempo que las condiciones previstas por el ordenamiento español para que dicha ejecutoria autentica pueda desplegar en España sus efectos probatorios.

No hay que perder de vista, respecto a la traducción, que ésta viene exigida de forma perentoria, como parte del procedimiento de exequátur , al igual que ocurre con la firmeza, estamos ante una condición del exequátur que puede ser subsanada, de forma que la denegación del exequátur no produce efectos de cosa juzgada, resultando posible, en consecuencia, obtenerlo a través de una segunda solicitud, una vez subsanados tales defectos.

E) control de la competencia judicial internacional.

299. Una condición común es la que hace referencia control de competencia judicial internacional del tribunal de origen de la decisión. El control de la competencia justifica, precisamente, la elusión del control de la ley aplicable por dicho tribunal.

Los argumentos esgrimidos para justificar el control de la competencia de los tribunales extranjeros son variados: protección de la justicia procesal para el demandado, protección de las competencias exclusivas de los tribunales del foro,; reacción frente a un volumen de competencias abusivo o exorbitante del tribunal extranjero y evicción del fraude o forum doping,

300. En el regimen común español, no aparece recogida esta condición, aunque la jurisprudencia del TS ha venido exigiéndolo con claridad. En primer lugar el control ha de operar para garantizar el respeto de las competencias atribuidas con carácter exclusivo a los tribunales del foro(no se reconocerá la sentencia extranjera cuando la competencia venga atribuida exclusivamente a los tribunales españoles). En segundo lugar, el alcance del control debe extenderse a aquellas decisiones que, sin llegar a conculcar ninguna competencia exclusiva obedecen a un foro manifiestamente exorbitante.

En nuestro derecho, los foros especiales de competencia indirecta actúan únicamente en el regimen convencional, pero no existen normas de competencia judicial indirecta en el regimen común.

El carácter exorbitante del foro que determina la competencia lo podemos determinar mediante la aplicación indirecta de los foros de competencia directa, esto es, la aplicación indirecta de los foros de competencia directa, esto es, la bilateralización de estos últimos. De esta forma, se considerara normal la competencia de tribunal extranjero si obedece a los mismos criterios que atribuyen normalmente la competencia, en el mismo caso, a tribunales del foro. La bilateralización de los foros de competencia directa sostiene una utilidad innegable de cara al reconocimiento, entendido en su función positiva: es necesario admitir que si el tribunal extranjero ha conocido en base a un foro previsto para atribuir igualmente competencia directa a los tribunales del foro, no ha conocido en virtud de un foro exorbitante. No quiere decir que en el caso contrario (función negativa), el foro sea necesariamente exorbitante. La bilateralización de los foros de competencia directa sirve, pues, para confirmar que un foro no es exorbitante, pero no para determinar que lo es.

301. La regulación del control en el régimen convencional de Bruselas y lugano, es restringido. Esto es, no cabe para las competencias prevista en el art. 16 y en materia de seguros y consumidores. Fuera de este control, se confía en que la resolución proveniente de un estado parte ajuste a las normas de competencia judicial del convenio.

El regimen tambien abarca las decisiones dictadas por un estado miembro cuando el demandado no este domiciliado en un estado parte. Con lo que podria un tribunal de un estado parte fundamentar su competencia en uno de dichos foros exorbitantes, siempre que el demandado no se halle domiciliado en un estado parte.

El CB en su art. 59 permite denegar el reconocimiento, que tiene que ver con las relaciones con terceros estados, en varios supuestos, cuando la competencia del estado parte de origen solo se fundamente en foros del art. 3.2; que la decisión se dicte contra el demandado domiciliado en un tercer estado, con el que haya convenio suscrito de reconocimiento y ejecución.

Otra excepción la recoge el art. 54.II es una regla transitoria, que sirve de base para la redacción que hace BI en su art. 66.2 que dispone que si la acción se inicio en el tribunal de origen durante la vigencia de CB o Clug, e , hipotéticamente, respetando sus criterios de competencia, carece de sentido el control y se aplican sin mas las reglas del Cáp. III del BI. En todos los demás casos, esto es, si la acción se inicio antes de la entrada en vigor del reglamento y de los convenios, se activa el control de la competencia del tribunal de origen, por lo que el juez del exequátur podrá comprobar que el tribunal de origen haya respetado las reglas de competencia judicial previas en BI o en un convenio en vigor entre ambos.

F) Ausencia de contradicción con una decisión judicial o un proceso pendiente en el estado requerido.

305. El reconocimiento de una decisión judicial 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 e identidad de objeto, o sencillamente incompatible con la decisión extranjera.

Para que exista contradicción, no es precisa una absoluta identidad de objeto, partes y causa entre ambos procesos, sino una simple incompatibilidad material.

En los regimenes convencionales, el criterio es la primacía de la decisión dictada en primer lugar, con independencia del momento de inicio del procedimiento.

La inconciabilidad exige identidad de partes, pero no de objeto y de causa, por lo que incluye todos los supuestos de litispendencia del art. 21 CB

306. En algunos textos se prevé la denegación del exequátur si en el foro ha sido reconocida o ejecutada con anterioridad una decisión de un tercer estado (convenios con Checoslovaquia y china) en otros, basta con que la decisión dictada por el tercer estado sea susceptible de reconocimiento.

307. El espacio judicial europeo se suscita como cuestión particular la inconciabilidad de la sentencia dictada en el estado de origen con otra sentencia dictada anteriormente por otro estado miembro distinto al estado requerido.

308. Cuando no existe una decisión judicial firme en el estado requerido, pero si un proceso pendiente que puede dar lugar a una decisión incompatible. Nuestra jurisprudencia en la aplicación del regimen común, hace valer con carácter preferente, la decisión futura de los tribunales españoles, antes que la decisión extranjera ya dictada, aunque el proceso se hubiere iniciado con anterioridad en el extranjero.

Esta coedición no es posible en los regimenes de brúnelas y lugano , donde procede el reconocimiento de la decisión extranjera aunque en el foro se encuentre pendiente un procedimiento iniciado con anterioridad.

Lección 13. Reconocimiento de documentos y actos.

1. Ley aplicable a la forma de los actos. A) forma ad probationem y forma ad solemnitatem

309. La eficacia de un documento privado se reconduce estrictamente a la validez formal o ad probationem del acto. La eficacia probatoria, registral o ejecutiva de un documento público exige como condición previa la validez formal del acto que contiene.

Las exigencias o requisitos formales previstos en el ordenamiento jurídico para un determinado acto responden a muy distintas finalidades, que explican la diversidad de respuestas del derecho internacional privado. No es la forma en sí, sino su función finalidad, el criterio que inspira las respuestas formativas así como su correspondiente análisis. Se alude a cuatro tipos distintos de finalidades o funciones: abirritantes, ad probationem, ad solemnitatem y de publicidad. Ni las formas abirritantes, ni las condiciones de publicidad se incardinan en el concepto de forma de los actos aludidos. Se trata de requisitos de fondo relacionados con la capacidad, se prevén con el fin de delimitar la oponibilidad de un determinado acto o derecho frente a terceros, por lo que quedan regidas por la *lex causae* llamada a regir el fondo.

310. En el ordenamiento español existen ciertos actos y negocios jurídicos que, se ven sometidos a condiciones de forma que actúan no ya como condición probatoria de las declaraciones de voluntad vertidas, sino como pura condición de fondo, como requisitos de validez. Tales requisitos pueden consistir en muchos en la intervención de una autoridad pública, el art. 11.2 establece una solución que gira en torno a la *lex causae*, si la ley regadora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquellos en el extranjero.

La forma de los actos se sometería a una doble condición: el acto debe atenerse, en cuanto a su forma, a la ley del lugar de celebración, a la personal del otorgante o disponentes, a la del contenido o a la del lugar donde radica el inmueble. Art. 11.1. Ahora bien, si la ley rige el contenido del acto prevé una forma solemne, ésta debe respetarse por cualesquiera de las leyes anteriores.

Solo se trata de respetar la forma prevista por la ley del contenido, no de aplicar esa ley a la forma. Así si la *lex causae*, exige escritura pública ésta debe concurrir, pero no significa que deba otorgarse siguiendo las disposiciones del *d^a* notarial de la *lex causae*.

Lo que es esencial es que se respeten los intereses de fondo de dicha exigencia formal tenía por objeto garantizar.

311. Respecto a la validez formal, en sentido estricto, forma ad probationem ésta se sometió históricamente al principio *locus regit actum*.

El nuevo art. 11.1 CC, contempla hasta cuatro conexiones, cuyo juego es alternativo. Esta alternatividad facilita a las partes el ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya que saben de la validez formal del acto que van a realizar si ésta se conforma a cualquiera de las leyes previstas, con lo cual pueden optar por someter la forma a la ley que más les interese.

El art. 11.3 recoge el principio *auctor regit actum* respecto de las autoridades españolas que realizan sus funciones en territorio extranjero. En sí mismo, recoge un mandato de aplicación de la ley española dirigido a las autoridades españolas cuya intervención es necesaria para dar forma a un acto jurídico.

2. Efectos de los documentos públicos extranjeros.

A) efectos probatorios

312. Los documentos otorgados ante autoridad extranjera se someten a una serie de condiciones para que puedan desplegar su fuerza probatoria. No deben confundirse con los documentos públicos otorgados en el extranjero, sino que nos referimos a documentos públicos otorgados por autoridad extranjera.

313. La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros, regulada art. 323 Leciv 1/2000. Su aptdo. Primero contiene una reserva a favor del regimen convencional o eventualmente previsto en leyes especiales, en tanto que el apartado segundo diseña u régimen general para los supuestos en que no resulte aplicable un regimen especial o convencional.

Artículo 323. *Documentos públicos extranjeros.*

1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley,

2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.

El regimen se completa con la regla general relativa a los documentos redactados en idioma extranjero contenida en el art. 144 LECiv.

Artículo 144. *Documentos redactados en idioma no oficial.*

1. A todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o,

en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, se acompañará la traducción del mismo.

2. Dicha traducción podrá ser hecha privadamente y, en tal caso, si alguna de las partes la impugnare dentro de los cinco días siguientes desde el traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta y expresando las razones de la discrepancia, se ordenará, respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado.

No obstante, si la traducción oficial realizada a instancia de parte resultara ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de aquélla correrán a cargo de quien la solicitó.

312. Como condiciones par la autenticidad o fuerza probatoria, debe acotarse la exigencias previstas en los arts. 323.2 y 144 LECiv, en orden a la legalización del documentos, y en menor medida a su traducción.

La condición de autenticidad por excelencia es la legalización del documento, se tiene a suavizarse, e incluso a eliminarse, a través de **la cooperación internacional**. consiste dicho acto en la certificación por un funcionario publico de la autenticidad de la firma de un documento publico otorgado por autoridad extranjera, así como de la condición o cualificación de autoridad en cuestión.

En la practica, la legalización se muestra las mas de las veces como una exigencia burocrática engorrosa, como una traba que tiene a ser simplificada.

Es preciso señalar el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, que suprime entre los estados parte la exigencia de legalización de los documentos públicos.

El convenio se aplica a todo documento publico que haya sido autorizado en el territorio de un estado contratante y que deba ser preestrenado en el territorio de otro estado contratante, excluyéndose los documentos otorgados ante autoridades diplomáticas y consulares y los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera.

Suprime el tradicional requisito de la legalización, para limitar la prueba extrínseca de documento a la exigencia de la apostilla del documento expedida por el funcionario competente del estado del que dimana el documento, a petición del signatario o de cualquier portador del documento

315. Determinada la autenticidad del documento publico (fuerza probatoria extrínseca) su fuerza intrínseca, su capacidad como medio probatorio de la declaración que contiene, debe responder únicamente a la condición impuesta por el art. 323.1 LECiv, es decir, que se atenga a las condiciones de probationen prevista PR la ley del país donde se ha otorgado o, del país de la autoridad extranjera que lo ha autorizado. Ninguna OTR exigencia puede limitar la eficacia probatoria de la de un documento publico.

B) efectos registrales.

316. La eficacia de los documentos públicos como título para practicar inscripción en el registro se somete a condiciones similares a las descritas respecto de su fuerza probatoria en juicio. El efecto material conseguido a través de la inscripción justifica en sí mismo el sometimiento del reconocimiento a mayores controles de autenticidad y suficiencia de l documento y validez de lacto instrumentado.

317. Se permite al registrador, prescindir de traducción oficial, cuando conoce el idioma extranjero o le consta el contenido de lacto. Lo que interesa es que el documento extranjero presente garantías análogas a las exigidas por la ley española, pudiéndose complementar los datos o circunstancias oscuras o insuficientes a través de otros medios legales.

El art. 85 RRC permite prescindir si le consta la autenticidad o por haber llegado el documento por vía oficial o diligencia bastante, además de no ser exigible la legalización ulterior si consta la autenticidad de la precedente.

C) efectos ejecutivos.

El libro III de la Leciv contempla un procedimiento único de ejecución y unifica el régimen de los títulos ejecutivos, ya se trate de sentencias, laudos arbitrales, transacciones judiciales o documentos públicos. Art. 517 Leciv.

Hasta la entrada en vigor de la ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, solo cabe interpretar que los documentos públicos extranjeros que cumplan las condiciones de los arts 323 y 144 podrán fundar la acción ejecutiva en las mismas condiciones que los títulos ejecutivos españoles, siempre que tengan aparejada fuerza ejecutiva conforme a la ley de origen y su contenido no sea contrario al orden público español.

319. Los convenios de Bruselas y de Lugano prevén un procedimiento en los arts. 31 y siguientes. El documento debe ser declarado ejecutivo a través de un procedimiento que puede implicar incluso un recurso de casación, antes de proceder a la apertura del procedimiento de ejecución, resultando incomparablemente más complejo y dilatado que el régimen común. Exige simplemente la autenticidad del documento, su ejecutividad conforme a ordenamiento de origen y la no contradicción de la ejecución del documento con el orden público del estado requerido.

320. Bruselas I, art. 57, contempla la emisión por la autoridad otorgante, a instancia de parte, de un certificado que acredita extremos y condiciones formales y de ejecutividad, necesarios para el reconocimiento.

321. En el marco bilateral, en su mayoría, se mantiene una remisión al procedimiento previsto en el régimen común, por lo que cabría mantener su reconocimiento al margen del exequátur, por el propio juez encargado de conocer del juicio ejecutivo.

DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES.

I. DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES.

1. Derecho de los negocios internacionales.

1.1 Concepciones en presencia.

En España, el mundo del Derecho mercantil y el del internacional privado eran dos realidades distintas. El Derecho mercantil se construye cuando el Profesor de Derecho civil Garrigues va a Italia, donde elabora un curso de Derecho mercantil que se publica en España, siendo el primer libro en España de Derecho mercantil. Fue encarcelado. Cuando Uría le sacó de la cárcel, publicó su libro Derecho mercantil – una de las grandes

obras del siglo XX. En este contexto no se menciona la palabra internacional, y todo el Derecho mercantil que se construye es meramente natural, sobre sus caracteres objetivos y subjetivos, el problema de una dualidad de códigos,... Pero llega un momento que el comercio se internacionaliza. Las transacciones mercantiles traspasan fronteras y se contempla el comercio desde el ámbito internacional. El fenómeno es observado por Garrigues y en el año 1966 se crea la comisión de Naciones Unidas para el comercio internacional, UNCITRAL, porque ya el comercio no es solo entre Estados, sino también entre distintos países y es necesario codificar los usos mercantiles internacionales. Se le nombra representante de España en la Uncitral y se empieza a publicar trabajos de Derecho mercantil internacional.

En el año 1971 da una Lección a los alumnos que dice que el Derecho futuro es el Derecho mercantil internacional. Mientras tanto, el colectivo de Derecho internacional seguía adaptándose a la norma de conflicto para reparar las situaciones del comercio internacional.

1.2 Derecho de los negocios internacionales y Derecho económico.

Es necesario hacer ciertas delimitaciones:

–Rafael Illescas: es el Derecho mercantil uniforme que es elaborado por la Uncitral. Identifica el Derecho mercantil con la Uncitral. Esta tesis no engloba todos los aspectos.

–Fernández Rozas: es el conjunto de reglas que regulan las transacciones mercantiles internacionales jurídicas, caracterizadas por una pluralidad de sujetos heterogéneos, una pluralidad de procedimientos de producción normativa y de diversidad de técnicas de reglamentación.

Terminología: cuando se refiere a esto hay que mencionar la OMC, que es una dimensión de Derecho internacional publico, y es el Derecho económico internacional que regula el derecho de mercancías, de servicios y capitales. Al lado, hay una dimensión de Derecho administrativo, que sería el sector de Derecho administrativo económico, que se ocupa del comercio exterior y su organización. Y luego hay otra dimensión, de Derecho privado, que es el Derecho mercantil internacional o Derecho de los negocios internacionales, que repara las transacciones privadas internacionales. Hay otra expresión, que es comercio internacional, pero tras la entrada en vigor de la OMC, es equívoco, porque si esa organización regula el trafico internacional, también puede regular en ese ámbito público.

2. Rasgos del Derecho del comercio internacional.

El sector público se caracteriza:

- a– pluralidad de participantes
- b– pluralidad de técnicas de reglamentación
- c– pluralidad de procedimientos de producción normativa.

2.1 Pluralidad de participantes.

El Derecho mercantil parte de la noción de comerciante. Actos de comercio: los que realizan los comerciantes; había una nota de profesionalidad. Hoy día ya no tiene la misma relevancia, porque en el comercio internacional ya no es el principal partícipe el comerciante, sino las sociedades, que adoptan distintas formas para la penetración en el mercado internacional. Y el estudio de esas técnicas de penetración puede hacerse desde la perspectiva económica o jurídica.

La dimensión económica pertenece al marketing internacional y a partir de ahí se crea la estructura de

penetración que puede ser contractual o a través de técnicas directas (como por ejemplo crear una sucursal en otro país). Estas técnicas hacen que se tenga que tener en cuenta con quién se contrata.

Pero junto a esto, está el Estado y sus empresas, que participan del comercio internacional. Hay una diversidad de participantes; otros países han privatizado todos los servicios públicos, dejándose en manos extranjeras lo que plantea un problema entre la autoridad pública y el extranjero que se hace cargo de él.

2.2 Procedimientos de producción jurídica.

El comercio tiene cuatro dimensiones.

- internacional (OMC) Derecho internacional económico.
- comunitaria: Derecho comunitario (se concentra en libertades y política común).
- estatal: es Derecho administrativo económico. Comercio exterior.
- autonómica: si el comercio es competencia del Estado, por el ámbito de competencia es materia de ejecución, o de atribución, las CCAA tienen cada vez más competencias en la ordenación del mercado.

A estas cuatro dimensiones se le puede añadir otra más:

- el comercio corporativo.

Estudiaremos las transacciones comerciales en su dimensión privada.

Introducción histórica: en la Edad media, hay una unidad del Derecho, en la cristiandad (*ius commune*), que son comunes a todos los órdenes. Y junto a eso, está el Derecho canónico. Pero ese último prohibía a los cristianos el ejercicio del comercio, de ahí que sean los judíos los que ejerzan al margen del orden establecido, y así surge un Derecho fruto de la autorregulación de unas personas (comerciantes), con tres notas:

- autorregulación, es un Derecho espontáneo.
- gremial: profesional, que rige a una clase determinada.
- internacionalidad: se desarrolla en todas las ciudades.

A partir de estas notas, se crean instituciones que con sus matices, han llegado hasta nuestros días (letra de cambio, cheque) esta materia surge en torno al Derecho marítimo. Tenían un peculiar arreglo de las controversias, ya que los comerciantes constituían sus propios tribunales para resolver los problemas al margen del Estado. Este modelo se desarrolla cuando la sociedad de comerciantes se amplía por la reforma protestante, que quería suprimir la prohibición de comercio en determinados países. Con eso, aparecen una serie de instituciones, desarrollándose así el Derecho del comercio, siempre al margen del Estado. A mediados del siglo XIX, aparece el capitalismo. El ejercicio del comercio trae una acumulación de capital que se convierte en capital financiero, teniendo que exportarse al extranjero. En esta época, España pierde las colonias, pero sí va a exportarlo a otros países. Esta expansión va acompañada de una institución que es el principio de responsabilidad limitada, de un patrimonio separado, y ésta hace que se desarrollen las grandes compañías, sobre todo en el ámbito del ferrocarril.

Aparecen los bancos y se crea el sector minero. En otros países, también aparecen los servicios públicos. En este momento, comienza la nacionalización, interviniendo la Administración Pública en el comercio, dictando normas de protección. En España comienza a desarrollarse el capitalismo, se crean los bancos, se nacionaliza

el crédito mobiliario. Esto se traduce en la aparición de Códigos de Comercio, desapareciendo las notas de internacionalidad y de autorregulación, sólo permanece la de profesionalidad.

No en todos los países se hacen códigos. En EEUU, basado en el common law, tienen técnicas de restatements; aunque se intenta hacer un código para todos los estados. Se pasa a la nacionalización del Derecho mercantil.

3. De la primitiva lex Mercatoria a la descodificación del Derecho mercantil.

El fenómeno de la codificación mercantil es muy efímero. Natalini Irti dice que el fenómeno al que se asiste en este momento es la descodificación; y entra en crisis en el ámbito del Derecho mercantil puesto que es el ámbito que más tiende a la especialización. Del CCom sale el sector bancario, el de seguros, el de Derecho marítimo, de procedimientos de insolvencias, sociedades, consumo... Por lo que el código se reduce a la nada. El Derecho mercantil tiene una tendencia expansiva.

Hoy día, se discute sobre si se hacen códigos o no, es decir, si se hace un código de conducta regulador de las conductas de los individuos. Es una tendencia distinta a la codificación. Hay una lucha entre la codificación sectorial y la tendencia a la autorregulación. Ahora se habla de una nueva lex mercatoria, que nada tiene que ver con la ley medieval. En la ordenación de los negocios internacionales, la autorregulación vuelve a tener importancia.

II. LA MODERNA LEX MERCATORIA.

1. Retorno al internacionalismo.

1.1 Aparición de un espacio transnacional.

Hoy en día hay una nueva Lex Mercatoria, moderna. Surge de la existencia de un espacio transnacional, donde actúan operadores jurídicos distintos, con una notable tendencia a la autorregulación.

Este espacio responde al contexto socioeconómico producido tras la segunda guerra mundial. Si en el medioevo el ius mercatorum aparecía como una necesidad de la práctica de los comerciantes, en la actualidad estamos ante un proceso de creación de nuevas figuras que no fueron previstas por los códigos de comercio, sino que derivan de la práctica y necesidades del comercio, hasta el punto de que se afirma que en el nuevo contexto, los estados deberían abstenerse de dictar normas reguladoras de las transacciones mercantiles internacionales. El Estado no debe intervenir, puesto que el mercado es autosuficiente.

Parte de una serie de elementos:

- 1.- El Estado perdió protagonismo en la ordenación del comercio, hoy día lo tienen otros operadores como la OMC, el Banco Mundial, el FMI, la OCDE. No es el referente estatal.
- 2.- Se asiste a una tendencia de los comerciantes hacia la autorregulación, se suelen agrupar en círculos muy concretos y éstos manifiestan su tendencia a la autorregulación al margen de la actividad del Estado.
- 3.- Presencia y protagonismo cada vez más explícito de asociaciones profesionales de comerciantes, en cuyo seno se suele reproducir la autorregulación, a través de varios mecanismos: contratos tipo, cláusulas uniformes, etc.

Esta situación produce, en primer lugar, los estados cada vez establecen regulaciones mas similares, los ordenamientos viene eliminando el particularismo y la unificación se produce tanto en el orden interno e internacional, con la desaparición del elemento de extranjería.

1.2 Debate en torno a la lex Mercatoria.

El desarrollo de esta nueva lex Mercatoria constituye uno de los aspectos estructurales más importantes dentro del Derecho de la economía, y ha dado lugar a un debate que aún no está cerrado. En España ese debate ha tenido un contenido polémico.

Y ha dado lugar a un debate que todavía está abierto (desde hace 30 años, algunas cuestiones ya están aclaradas, pero aún se mantienen varios puntos en desacuerdo). El debate enfrenta a mercatoristas y antimercatoristas.

En España, ha tenido contenido político. Al politizarse el debate, las posiciones de izquierdas eran contrarias, pero se han dado cuenta del valor de la lex mercatoria y de las ventajas que plantean, amplio sector se decanta por esta nueva dimensión.

En Francia la división está muy clara, hay dos posiciones científicas enfrentadas, una posición clásica del Derecho internacional privado y otra posición mercatorista, neoliberal.

Cualquier intento de delimitar la lex Mercatoria no es fácil, para algunos es un conjunto de principios, para otros sale de los usos del comercio.

El debate va mas allá, se centra en 3 elementos:

a– Contenido: materias reguladas

b– Juridicidad: contenido jurídico

c– técnicas de reglamentación

a. Contenido

Hay tres posiciones, dos de ellas aceptadas y otra discutida.

La primera sostiene que este nuevo orden se nutre de normas específicas que resultan apropiadas para las relaciones internacionales que se han desarrollado consuetudinariamente y que se plasma en los principios generales del comercio internacional, entendido como un conjunto normativo que no deriva del Estado, sino que es fruto de la comparación de derechos y de las aportaciones de los convenios internacionales y de la jurisprudencia. Y a partir de aquí, afirman que el ius mercatorum es un criterio interpretativo que tienen los jueces y árbitros para resolver dudas en un contencioso.

Otra posición considera como Derecho supletorio, con un ámbito de aplicación que se circunscribe a aquellos vacíos legales o lagunas del ordenamiento estatal. Bastante utilizada en la práctica, hace referencia genérica a la lex mercatoria como supletoria.

La tercera posición, ya más discutida, dice que la lex Mercatoria es un conjunto de normas y prácticas comerciantes que surge de la sociedad de comerciantes, asociaciones profesionales de comerciantes. Por ejemplo, la cámara de comercio internacional de París.

b. Juridicidad, ¿tiene valor normativo?

Existe un Derecho anacional regulador de los negocios internacionales. Existen diversas justificaciones:

1– Todo Derecho estatal, en las transacciones coloca a las partes en una situación de desigualdad si son de

diferentes nacionalidades, porque tiende a favorecer una de las partes. En cambio el *lex mercatorum* es un Derecho neutral, adecuado a la seguridad del tráfico mercantil. Los redactores de las cláusulas tratan de no vincular el contrato a una determinada ley estatal buscando la neutralidad.

2- El monopolio del Estado para dictar normas no es tal, hay una posición filosófica que considera que no es protagonista el Estado. Parten de la idea de ordenamiento jurídico de Santi Romano. Se excluye el elemento de coercibilidad propio de Derecho estatal. Una conducta puede ser imperativa y susceptible de sanción al margen del Estado. En vez de sustentarse en la voluntad de un determinado legislador nacional, lo hace con una caudalosa fuente de prácticas comerciales, de condiciones de mercado.

Art. 7 Convenio de Roma (no se puede prescindir de normas imperativas del Estado) pero hay que tener cuidado: en el ámbito del comercio, hay una labor de marketing, a través de la cual las asociaciones son competidoras, en la totalidad, hasta el punto que lo que esconden es la publicidad para atraer operadores económicos.

La balanza del debate se inclina hacia los pro-autonomía de la *lex Mercatoria*.

Al margen de las posiciones doctrinales internacionales, es difícil pensar en un ordenamiento transnacional con autonomía propia, si quiera se ha intentado en el sector de los contratos, y menos aún en el marco transnacional donde los intereses nacionales están bien definidos; sin embargo no es contra derecho hablar de un marco jurídico transnacional basado en el peso de las necesidades de las operaciones transnacionales, que hace de él un marco perfecto y acabado.

La notoriedad descansa en el arbitraje, a través de su jurisprudencia se argumenta que el orden del *ius mercatorum* ha dado lugar a éxitos imprevistos en la solución de litigios, además se sostiene que la tendencia de las empresas multinacionales, a la hora de redactar los contratos, es huir de cualquier intervención del Derecho estatal.

Podemos sostener que aunque el *ius mercatorum* sea un sistema incompleto y basado en la concentración, y a pesar de que no pueda prescindir en todo caso de ordenamientos jurídicos nacionales, tiene AUTONOMÍA, pese a esta situación de no plenitud, de no abarcar todas las materias y su no dependencia del ordenamiento del Estado.

2. Elementos determinantes de la *lex Mercatoria*.

2.1 Perspectiva socioeconómica.

En términos sociológicos, el *ius mercatorum* surge de la práctica de los comerciantes, práctica en la que intervienen empresas de estados distintos, sujetos heterogéneos, se relacionan sistemas jurídicos de economía de mercado, de economía planificada, sistemas procedentes de países en vías de desarrollo...

Todo esto ha generado una sociedad de comerciantes caracterizada por sus intereses comunes y por su vocación a la autorregulación al margen del Estado. Esta sociedad es una de las manifestaciones de la coexistencia pacífica de los pueblos.

Se puede afirmar que los usos comerciales internacionales, contratos tipo, condiciones generales, constituyen típicos fuentes de expresión de este Derecho de producción autónoma, que podría tener su base en el Art. 2 Com.

En términos económicos, es un Derecho creado por operadores del tráfico mercantil, que hoy día conforman un evidente nivel de institucionalización, que condiciona la condición jurídica, al margen de la normativa estatal. Es un sistema de normas consuetudinarias cuya evolución es espontánea y se adapta día a día a las

necesidades del tráfico. Lo más importante es que tiende a generar reglas más eficaces de las que surgen del obrar de los estados.

2.2 Perspectiva jurídica.

Si en la Edad media, la lex Mercatoria se basaba en la práctica y usos universalmente aceptados por los participantes del comercio, la nueva lex Mercatoria se caracteriza por:

- de un lado, es tributaria de ordenamientos estatales, absorbiendo muchas de sus normas y por ende, su fuerza coercitiva.
- de otro lado, sus fuentes poseen carácter internacional hace que se separan dos planos o dimensiones distintas:

La 1ª Dimensión es la de la autorregulación al margen del Estado, y comienza con unas **Prácticas Comerciales** (que son condiciones generales, contratos tipo, cláusulas tipo, códigos de conductas,...), posteriormente se asiste a un proceso de **Institucionalización** (cuyo elemento operativo es el arbitraje), que incluso se codifica por reglas. Esto es la **AUTORREGULACIÓN**.

La 2ª Dimensión, es la cristalización de la anterior dimensión en productos normativos, las practicas se **Codifican**, (a través de textos por los que se obligan organizaciones como Unicitral, Unidroit, la Conferencia de la Haya,...) en dicho proceso participan los **estados**, y dan lugar, o bien a tratados internacionales, o bien a leyes modelo leyes uniformes,...

Caminamos básicamente en un terreno contractual, en los que los estados son deficitarios de normas, con una marcada tendencia a huir de la jurisdicción estatal y a someterse al arbitraje. Nos lleva a la autonomía de la lex Mercatoria.

Su juricidad: el problema se da cuando las prácticas se desarrollan autónomamente, ¿tiene autonomía? La lex mercatorum deriva del grado de admisibilidad y permisibilidad del Estado en orden a la autonomía material.

Si tenemos un contrato, sus cláusulas que obedecen a 3 manifestaciones de la voluntad:

- autonomía material
- autonomía conflictual
- autonomía procesal

Todas las prácticas se insertan en la autonomía material. Por la autonomía conflictual, ¿se puede prescindir del Derecho del Estado, a la hora de aplicarlo e interpretarlo? Además no hay duda que las prácticas pueden dar lugar a una desigualdad entre las partes, porque la parte fuerte puede haber elaborado cláusulas y por tanto les beneficia a ellos. Cuando la autorregulación conduce a desigualdad las cláusulas se tendrán como nulas.

Es innegable que la nueva lex Mercatoria se proyecta hacia el futuro sustentado en un Derecho espontáneo autónomo y fuerte que se aleja de las posiciones estatales dando solución a nuevos conflictos que depara el comercio.

El argumento acerca de su escasez cada vez tiene menos fuerza en la actualidad, por el contrario hay un enriquecimiento normativo permanente manifestado en las prácticas contractuales y su capacidad para absorber las enseñanzas del Derecho comparado, integrando en su seno las normas de los distintos sistemas jurídicos en presencia.

La lex Mercatoria puede incluirse en la autonomía material, y todas las prácticas, contratos tipo, códigos de conductas, usos del comercio, etc., se incluye ahí. A partir de aquí hay determinadas áreas en donde esa autonomía es más evidente. Hay una cláusula que determina el arreglo de las controversias, que es la autonomía procesal, pudiendo las partes someterse a un tribunal o a arbitraje. Ahora lo que interesa es la autonomía conflictual: el presente contrato se regirá por tal Estado. Todo contrato se somete a una ley. Hasta la fecha, la ley era la del Estado, ¿es posible que un contrato sea sometido en orden a su interpretación general a la lex Mercatoria? Para dar respuesta hay que hacer un análisis.

A principios del siglo XX, se discutía cual era la ley aplicable a los contratos. Hubo posiciones basadas en la seguridad jurídica, decían que debía basarse en circunstancias objetivas (actos se regulan con la ley de lugar donde se han realizado). Frente a esta posición, otras decían que se regulan por la ley elegida por las partes. Esta es la posición que ha triunfado.

En los años 60, se discutió si los contratos debían someterse a la ley del lugar de celebración o a la que las partes quieran.

Cando se llega a la reformar el CC, triunfaba la autonomía de la voluntad, pero limitada. Art. 10.5 las partes pueden elegir la ley que fija el contrato, pero con dos límites:

Que sea voluntad expresa y que la ley tenga alguna relación con el negocio jurídico. En caso de no concurrir estos requisitos, se aplicaba la ley nacional común de las partes, en su defecto la de residencia, y en su defecto, la ley del lugar de celebración.

En aquel momento, se estaba elaborando un texto uniforme para toda Europa, para dar respuesta a los conflictos de leyes en materia contractual: Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: es un convenio de unificación jurídica, y que se aplica a todos los contratos vinculados a la comunidad europea. Este convenio entró en vigor en 1996. Fue un convenio que solucionó las posiciones distintas ente países continentales y anglosajones.

El convenio dedica sus arts. 3 y 4 a esta materia. El primero dice que las partes pueden elegir la ley rectora del contrato, expresa o tácitamente. Se elimina la reserva de que tenga relación con el negocio. Además, se permite indagar la voluntad implícita de las partes. El otro artículo elimina las conexiones objetivas si las partes no se ha sometido a una ley se estará a la ley que estime el juez a partir de índices de localización del contrato.

La cuestión es si la ley que regula el convenio tiene que ser una ley estatal, y parece claro que cuando se redactó el art. 3 del convenio sí que ha de serlo. Si se tiene esto en cuenta, la lex Mercatoria no podría incluirse aquí. Pero las cosas evolucionan, y la conferencia interamericana viene haciendo una importante labor codificadora. En el año 1994, en México, hubo una figura destacada, un profesor alemán, que fue muy crítico con el Convenio de Roma, y creó el Convenio de México, donde se incorpora la lex mercatoria y se admite que los países sometan el contrato a esa ley.

Ventajas e inconvenientes:

La autonomía privada alcanza su máxima expresión en la posibilidad de designar el día que debe regir el contrato. Así, la autonomía conflictual ejerce una función localizadora que responde a una exigencia jurídica y certeza en el resultado. Pero en ocasiones, los países, en vez de incluir en el contrato una cláusula de elección, deciden someter el contrato a la lex Mercatoria (usos negociales, técnicas que tienen su origen en la sociedades internacionales de comerciantes). Es cierto que la lex Mercatoria puede regir un contrato supletoriamente, pero siempre con referencia a una ley estatal. Pero también es cierto que normalmente deviene ineficaz ante un órgano jurisdiccional estatal, y esto es así porque el art. 3 Convenio de Roma dice que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes, y no permite designación de la lex Mercatoria.

3. Autorregulación del mercado.

3.1 Pérdida de protagonismo del Estado.

¿Es posible que las partes sometan el contrato, en su aplicación e interpretación a la Lex Mercatoria y no a la ley del Estado? En principio, ha recibido una respuesta negativa, porque no se hacía referencia a ella. Ahora bien, si, como se ha visto, es un bloque normativo, ¿puede regular un contrato? Sobre los años 80, en Europa, el debate estaba presente, no había posiciones favorables. Además, el art. 3 Convenio Roma decía que se regularán por la ley designada por las partes. La vocación clara era que se trataba de la ley estatal. No hay referencia a los usos y prácticas.

Posteriormente, en América, se llegó a la Convención de México, arts. 7 a 9, donde no se impide esta posibilidad. El art. 7, habla del Derecho elegido por las partes y, si no puede hallar de la voluntad de las partes ningún derecho, el tribunal determinara el Derecho aplicable, teniendo en cuenta los principios generales del Derecho convencional internacional.

Se acude al método exegético, lo que implica una interpretación literal, en el contexto del bloque normativo donde esta inserta. Aplicando el art. 3 Convenio de Roma, se llegaría a la conclusión de que por ley se entenderá también la lex Mercatoria, de lege ferenda.

Fdez. Rozas sometería el contrato a la ley material y como supletoria la lex Mercatoria, de lege data.

Si la cláusula de autonomía procesal somete al contrato al arbitraje, no habría problema para que lo hiciera por la lex Mercatoria.

En la actualidad, la CCI, aplica los principios de la UNIDROIT, para solucionar conflictos. Se incorpora como autonomía conflictual.

El planteamiento en Europa es ¿por qué hacer un código de contratos europeos, si la autonomía conflictual somete las soluciones a principios y a la lex Mercatoria? Si las tendencias van a la anacionalidad ¿por qué no es la propia comunidad la que regula los contratos tipo? De alguna manera es comunitarizar.

Otra opción, es elaborar unos principios contractuales de la Unión Europea, similares a los de la Unidroit.

En España el debate es el siguiente: unos dicen que el código y otros dicen que los principios. Fdez. Rozas la codificación para la contratación está anticuada, lo que quiere decir que para ciertas materias sería necesario la codificación pero no con carácter general para cualquier materia.

Es innegable que el mercado manifiesta una tendencia general hacia la autorregulación desarrollando respuestas a sus propias necesidades (trasladar al Derecho las tesis de la escuela de Chicago referentes a la economía: el propio mercado es el que suministra las respuestas). La competencia en el mercado es una de sus características y contribuye a dar respuesta a las cuestiones que involucran a los operadores económicos, lo cual produce un bloque normativo al margen del Estado.

El comercio requiere, en todo caso, un marco institucional, toda vez que los mercados no pueden constituirse sólo con instrumentos económicos, sino también jurídicos. Esta institucionalización puede prescindir de la referencia estatal. La existencia de libre mercado trae una reordenación del papel de los poderes públicos como garantes de la libre competencia. Es un caldo de cultivo de la autorregulación.

Es difícil un equilibrio entre el Estado (tampoco puede desentenderse de este fenómeno) y el mercado (ha de ser eficaz y productivo). Ahora los poderes públicos deben ocuparse de la libre competencia y de que se cumplan los cometidos del mercado. El Estado, además, va cediendo competencias a la UE y a las CCAA.

Asimismo, el mercado mundial se mueve por entidades que cada vez tienen menor presencia estatal. Da lugar a una pérdida de protagonismo del Estado.

Dentro de la autorregulación del mercado se distinguen dos apartados:

A) Institucionalización de las sociedades de comerciantes.

B) Pérdida de protagonismo del Estado.

Hemos pasado de un estado internacionalista en el comercio a otro que no lo es tanto. Ahora las decisiones en torno al comercio las llevan a cabo organizaciones internacionales, como la OCDE, que es quien lucha contra el fraude fiscal internacional, establece las líneas generales del comercio internacional. Es el pensamiento que se conoce como la Conferencia de Washington. Hoy día, las organizaciones internacionales tienen gran presencia en la actividad de los estados. En España hay un Ministerio de Comercio, que manda representantes a la OCDE, Banco Mundial, etc... Hay una relación entre las decisiones del Ministerio de Comercio y las organizaciones empresariales.

3.2 Institucionalización de la sociedad de comerciantes.

El tránsito de una economía multinacional a una global es un fenómeno sin precedentes y su consecuencia es que los gobiernos son los que negocian los acuerdos, pero son los empresarios quienes los aplican, hay una relación directa. Los negociadores comerciales reconocen la necesidad de introducir al sector empresarial en las negociaciones. Ante esto, aparece en el comercio internacional una suerte de *soft law*, que regula toda esta materia. ¿Quiénes son estas entidades? Algunas de ellas tienen carácter sectorial (afectan a un producto, por ejemplo), otras tienen vocación más global. Algunas son asociaciones de comerciantes y otras de operadores jurídicos vinculados con el comercio.

3.3 Cámara de Comercio Internacional de París.

La más importante es la Cámara de Comercio Internacional de París. Es una entidad privada que tiene representantes de 130 países asociados. Se creó en 1919, igual que la Sociedad de Naciones, para ordenar el comercio. La CCI tiene un objetivo: defender la economía de mercado, con acciones dirigidas tanto al comercio como a los inversores. La Cámara tiene una serie de organismos nacionales con una Secretaría (en Barcelona, para España). La Cámara tiene 14 secciones que despliegan sus efectos en todas direcciones: Corte de Arbitraje. A través de estas secciones despliega sus efectos la CCI:

- Comisión de Técnicas Bancarias: hoy día este sector se condiciona sin más a sus reglas, aceptadas por los banqueros. Se regulan, por ejemplo, las garantías bancarias.
- Sector del Comercio Electrónico: reciente.
- Práctica de la competencia.
- Energía.
- Comisión de Práctica Internacional (la más importante): incorporar contratos tipo. Dentro de ella están los términos que rigen la compraventa.

Algunas de estas comisiones establecen auténticas normas, otras sólo contratos y otras códigos de conducta. Es un *soft law* con muchas proyecciones. El esquema sería el siguiente: CCI es un sistema de *soft law* que se bifurca en dos direcciones que son la codificación internacional y la regulación del mercado. La codificación internacional tiene a su vez tres apartados, UNCITRAL, UNIDROIT y Conferencia de La Haya (dimensión

convencional) y una dimensión regional (UE, CIDIP) y otra sectorial (OMI, CMI).

El soft law se divide en la regulación del mercado y en la codificación (convencional, regional y sectorial). En el fondo hay una relación directa entre los dos sectores. Cuando la materia no lo permita, se elabora un código de conducta, fijando una serie de comportamientos, que son acuerdos entre empresas, pero esto no puede ser peligroso para la competencia. El soft law es lo que se llama *lex Mercatoria*, y también sirve para unificar el Derecho mercantil. Los elementos propios de esta unificación son el tratado, la ley uniforme, la práctica jurídica, etc...

3.4 Asociaciones de operadores del comercio internacional.

Pero no sólo participa en esto la CCI, sino que intervienen diferentes asociaciones de comerciantes:

1. Asociaciones que se mueven en el sector internacional de los productos básicos: el comercio más autorregulable.
2. asociaciones dedicadas al transporte internacional (marítimo, aéreo, ferrocarril, carretera): también muy autorregulable.
3. Industria, construcción: ingeniería.
4. Bancos y finanzas.

Antes de pasar a su estudio, hay que decir que el ámbito asociativo internacional tiene cada vez más expansión. Una vez establecido un núcleo promotor, se da publicidad al proyecto y se organiza una serie de reuniones preparatorias que dan como resultado una serie de estatutos que mueven una asamblea y se pone en marcha la asociación. En la ONU hay un registro que demuestra que estas asociaciones son cada vez más numerosas.

Cuando la ONU comenzó a codificar en el año 1966, se hizo un censo de estas entidades, de carácter heterogéneo, porque no todos eran operadores comerciales que se mezclaban con entidades científicas, de abogados, etc...

1. Comercio internacional de productos básicos: abarca un comercio a escala mundial que incluye productos agrícolas, hortofrutícolas, etc. El mercado más importante del mundo está en Londres. Hay dos asociaciones dedicadas al comercio de estos productos: GRAFTA, que tiene representantes de todos los países del mundo y sus empresas, representando a 75 países y estableciendo normativa en toda la cadena de comercialización. Interviene en el 80% del comercio mundial de granos; FOSFA, que agrupa 700 miembros procedentes de 60 países y se encarga de la cadena de los aceites vegetales; ITTO, que es una organización de productos derivados de la madera. Todo este sector está regido por códigos de conducta y normas profesionales.
2. Transporte: hay una organización mundial, FIATA, que se encarga de todo esto. Es la más grande del mundo y abarca 40.000 firmas de agentes de carga. Su sede central está en Zúrich. En el transporte aéreo está la IATA, con el objeto de fomentar el transporte internacional e integra numerosas compañías aéreas. Los tribunales de España están continuamente trabajando con estas normas (transporte de pasajeros, responsabilidad del transportista, etc). En materia marítima, está la BIMCO, que agrupa a armadores y agentes marítimos con sede en Copenhague. Es la mayor organización privada en esta materia. INTERDANGO agrupa a petroleros. La OTIF es la equivalente en materia de carreteras.
3. Ingeniería: FIDIC.
4. Banca: Instituto de Derecho bancario y práctica bancaria, con sede en EEUU.

III. AUTORREGULACIÓN INTERNACIONAL: INSTRUMENTOS.

1. Autorregulación en las prácticas bancarias internacionales.

Es un sector que ha huido de las normas del Estado y de la práctica jurídica. Esta peculiaridad se debe a las propias características del negocio bancario, que pone el acento en la conducta negocial de las partes que deriva de un complejo tramado de relaciones contractuales. En la contratación bancaria hay una ausencia de textos internacionales y, en el CCom, las referencias demuestran que existen algunos contratos que pueden tener una cierta incidencia en el sector, como es el contrato de concesión y el de comisión. No se está ante contratos tipo, sino que aquí hay reglas elaboradas por asociaciones profesionales. Ha habido un debate en torno a su naturaleza jurídica, es decir, si son o no consuetudinarias. Son normas creadas por asociaciones, su aceptación depende de la autonomía de la voluntad, no de la costumbre, por tanto. Hay reglas establecidas y las partes las vinculan o no a los contratos. La consolidación de estas reglas está dando lugar a una autonomía global. Las más importantes son las que elabora la CCI, junto con entidades bancarias. Conforman un conjunto normativo de gran flexibilidad y se quieren aplicar en función de que los bancos las incorporen a los contratos que rigen sus operaciones. De esta suerte, las reglas son la puesta por escrito de usos y costumbres basados en la experiencia de los bancos comerciales y empresas exportadores e importadores que utilizan servicios bancarios.

El TS ha recordado el valor de estas reglas. STS 16 mayo 1996 entiende que el régimen jurídico del crédito documentario había quedado integrado en el contrato mediante la incorporación de las reglas que habían realizado las partes.

2. Contratos tipo y condiciones generales de venta.

2.1 Concepto y características.

Nada impide que las partes negocien un contrato en el vacío o que los representantes de los empresarios se reúnan y hagan un contrato ad hoc, para el caso concreto. La contratación internacional, sin embargo, exige tener en cuenta una serie de elementos que sólo un sector con experiencia puede determinar. Requiere especialización del sector. A partir de este nivel se observan contratos tipo o modelo, que pueden utilizarse en varios países. Su contenido da respuestas a las condiciones jurídicas que vinculan a operadores jurídicos de gran volumen. Los contratos tipo tienen su origen en Londres, en el siglo XIX. En la actualidad, se han desarrollado en ciertos sectores como el de los cereales, trigo, etc. Pero a pesar de ello, hay otros sectores sin especializar.

Las condiciones generales de venta y los contratos tipo se denominan también como contratos normalizados o estandarizados, siendo cada vez más numeroso su empleo en la práctica internacional. Se habla de contrato tipo de compraventa, etc... Pese a tener como única fuerza jurídica la que las partes le confieran en virtud de su autonomía, constituyen una importante manifestación de la *lex Mercatoria*, de forma equitativa, por los operadores jurídicos intervinientes en una rama específica. Hay una presunción de que esos contratos se han realizado de forma equitativa.

No se duda de que estos contratos son manifestación de la autonomía de las partes, nadie obliga a aceptar un contrato, sino que se parte de equilibrio de las mismas. Lo que ocurre es que si se hace un estudio comparándolos, hay una reiteración evidente de sus cláusulas, en los extremos derivados de la formación del contrato y también en lo referente a las licencias. Esta repetición se da en muchas ramas. Parte de un Derecho uniforme, al margen de la autonomía. Esta uniformidad puede ser:

1. Vertical: todos los contratos que se vinculan a una rama de la producción son iguales.
2. Horizontal: la compraventa, por ejemplo, reitera cláusulas a pesar de que afecta a distintos sectores de la

actividad productiva.

Las nociones de condiciones generales de venta y los contratos tipo, a pesar de tener una relación última, no son términos equivalentes. Las primeras enumeran una serie de cláusulas que las partes pueden incorporar al contrato directamente o por referencia – pliego de condiciones que pueden coger total o parcialmente. Lo segundo es un documento impreso que puede usarse como contrato si las partes lo firman o con espacios en blanco para que lo completen las partes con la negociación. Si no se lee el contrato con cuidado, surgen problemas – cláusulas patológicas.

Estamos, pues, ante un contrato en forma escrita cuyos términos han sido redactados por alguien, generalmente, una asociación u organismo internacional, dentro del Derecho internacional público. La ONU tiene comisiones regionales económicas, con el cometido principal de elaborar contratos tipo (Ginebra en el caso de Europa). Al hablar de contratos tipo, muchas veces nos encontramos con que estamos en el ámbito de la cooperación al desarrollo. La gran ventaja es que garantizan el equilibrio entre las partes, diferenciando los contratos tipo de los de adhesión, que no dejan autonomía a una de las partes, que se limita a aceptar o no. El más característico es el contrato de franquicia – se concede a los particulares que vendan ellos los servicios a cambio de un precio. La persona hace un contrato con la empresa, que le suministra el producto.

El origen negocial no se acerca a las legislaciones nacionales, puesto que éstas no suelen contemplar estas relaciones comerciales. Existe una gran demanda de contratos normalizados y no es frecuente que los empresarios prescindan de los ya existentes. Las ventajas que ofrecen son: simplificación del contrato al suprimir la fase precontractual y las suspicacias que se pueden llegar a suscitar. La negociación, por tanto, se centra en aspectos centrales, reduciendo los costes y dando seguridad jurídica. El texto tiene una redacción más clara que la que surge de una negociación ad hoc. Al estar tan desarrollados los términos del contrato, se crea un Derecho corporativo que evita que el Derecho que rige el contrato nos lleve a una interpretación imprevisible.

2.2 Perversión del sistema y corrección institucional.

Perversión del sistema: para evitarla se acude a los mecanismos correctores, de modo que el mercado no es tan perfecto como parece, ya que da lugar a desigualdad entre las partes. Se necesita una corrección institucional. Los planteamientos sobre estas técnicas garantizan la igualdad y han ido evolucionando. Los desequilibrios se establecen porque la diversidad de fórmulas contractuales esconde intereses estatales indirectamente y porque tienden a situar el contrato tipo en un orden determinado, que es el del estado hegemónico en el sector considerado, que coincide con el lugar de la sede de la institución redactora del mismo.

La técnica de los contratos tipo ha sido desarrollada por empresas multinacionales que han impulsado a asociaciones profesionales, pudiendo esconder estrategias o intereses que luego les sean favorables.

La desigualdad también se da cuando es una práctica habitual para un estado, pero no para otro, porque una parte está en una situación privilegiada – hay países con una protección del mercado insuficiente, con un sistema normativo ineficaz.

2.3 Modelos en presencia

Opciones para que no se convierta en un simple contrato de adhesión:

1.– Armonización en la estructura del contrato, con cláusulas que introducen las partes a la carta, garantizando la uniformidad estructural y del contenido de las cláusulas, que son opcionales. El inconveniente es que se pierde la uniformidad al entrar en el contrato más y más cláusulas. Hay conflictos de interpretación, en la designación del órgano que va a solucionar las controversias y en las cláusulas patológicas.

2.- Establecer guías – introducciones que explican a las partes cómo utilizar el contrato, el contenido de cada cláusula, los peligros, etc...

Los contratos normalizados en algunos sectores – grano, marítimo – son el resultado de la concentración de intereses en presencia. El problema es que sólo estén vinculados a uno de los sectores implicados. Las cláusulas son favorables al sector concreto: idioma, órgano, ley que rige el contrato... Si no se da este problema, las ventajas son para todas las partes.

Los mecanismos correctores, en los procesos de integración económica, los establece, desde hace tiempo, el propio organismo de integración, al margen de las asociaciones profesionales – al margen de las prácticas, neutralidad institucional.

En Europa, hay cuatro alternativas a elegir en el documento elaborado en 2003 y discutido ahora:

1. Código de contratación. Varios modelos: general (como el italiano, Gandolfi), de teoría general de las obligaciones...
2. Principios (Lando), de Derecho europeo.
3. Contratos tipo elaborados por la UE (referidos a bienes y servicios). Aportaciones de la sociedad de comerciantes. Neutralidad en la concentración.
4. No hacer nada. El mercado lo resuelve.

Ahora, en la Convención de la Constitución Europea, se discute el capítulo de la parte III, dedicado al espacio de libertad, seguridad y justicia (desde Maastrich). Se han comunitarizado sectores que antes sólo estaban en la cooperación política:

- Cooperación en materia migratoria.
- Cooperación en materia civil.
- Cooperación en materia penal.
- Cooperación en materia policial.

La constitución no aporta nada nuevo. En el ámbito civil, hace referencia a normas sobre Derecho de familia–leyes y leyes europeas, por mayorías, no por unanimidad. Materias demasiado heterogéneas. En los últimos siete años, se ha dado una importante labor codificadora del Derecho privado.

El Derecho Internacional Público no interviene en toda contratación, sólo cuando involucra a varios estados, con diferente desarrollo económico. Así surge el sistema de la ONU, con ÓRGANOS, con comisiones económicas regionales (CEPE, CEPAL), ORGANIZACIONES (ONUDI – UNIDO), y CONFERENCIAS (UNCTAD). La UNCTAD y UNIDO han elaborado modelos de contratación muy elaborados, para evitar la hegemonía. La CEPE surgió paralela a la UE, para elaborar un sistema de Derecho de mercado uniforme en el ámbito europeo. Primero fue el Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional y las condiciones generales sobre varios sectores. Después, sobre productos de origen vegetal y otros.

Hay correctivos de instituciones internacionales para sectores concretos o desde la propia UE (4 opciones anteriores no excluyentes).

Los contratos tipo son elementos fundamentales de la contratación, pero no viven aisladamente, sino de forma

paralela a los tratados internacionales (que son de cobertura de estos contratos). Si no hay tratado, las instituciones hacen guías. Ejemplo: contrato de ingeniería con base inamovible y otra negocial, que parte de las instrucciones anteriores. Predomina en el sector bancario – práctica financiera incorporada incluso en Directivas europeas.

Esta técnica no cubre todos los sectores, pero en los que llega, es la hegemónica, es más importante que la regulación nacional o convencional. Se da en sectores de compraventa de determinados productos, en transporte (FIATA), en el ámbito marítimo (BIMCO), en el transporte de crudo, (INTERTANKO), aéreo (IATA), ingeniería (FIDIC), asociaciones profesionales de bancos – financiación internacional, permuta, etc... Tiene éxito en la medida en que consiga que haya equilibrio entre las partes, sino sería de adhesión.

Actividad de la CCI París:

1.– Cláusulas tipo.

2.– Contratos tipo: tienden a garantizar el equilibrio de las partes. Se aplican en la contratación de intermediarios ocasionales, en franquicia internacional, etc. También en compraventa internacional de mercaderías, donde hay contratos sobre todo para productos manufacturados, perecederos, y, en general, cuando hay especialidades que se apartan de la regla general. También en contratos de distribución, agencia, societarios – como el de empresa conjunta o *joint venture*, cuando se invierte en países de economía planificada.

3. CLÁUSULAS TIPO

3.1 INCOTERMS

En el contrato hay un esqueleto común. En el caso de la compraventa, es el Convenio de Viena de 1980, es decir, que es regulación, no autorregulación, aunque favorece ésta, porque sus normas son muy genéricas. Siempre lo regula con carácter subsidiario a lo que las partes decidan autónomamente. Por eso se ofrecen cláusulas para individualizar el contrato.

La CCI ha elaborado los Términos Comerciales Uniformes – INCOTERMS. La última versión es de 2000. Son siglas que proporcionan certeza jurídica a las partes, aceptadas universalmente. Permiten concretar el significado de los términos principales utilizados en el contrato de compraventa internacional de mercancías, especificando los derechos y obligaciones de las partes de forma matizada. No se introduce la cláusula, sólo la sigla. La más utilizada es la FOB (free on board); se refiere a las obligaciones del vendedor y del comprador, es decir, el lugar de entrega, los gastos, el seguro de mercadería...

Los INCOTERMS se dividen en cuatro categorías, c, d, e y f, según sean favorables al vendedor, al comprador o repartan las cargas, que son las más usadas. También pueden clasificarse según sean propias del Derecho marítimo, del transporte por carretera, ferrocarril o multimodal.

3.2 Cláusulas de limitación y exención de la responsabilidad

Hay otras cláusulas de otras modalidades contractuales: exención o limitación de la responsabilidad. Tratan sobre los eventos que impiden el perfeccionamiento del contrato y causan su incumplimiento, generando responsabilidad. Sobre todo destaca la limitación del naviero en Derecho marítimo. Igual que en la compraventa, hay tratados internacionales sobre limitación de la responsabilidad, con un margen de autonomía para la voluntad de las partes. Polémica doctrinal. En la autorregulación destaca la cláusula Paramount – las partes asumen un régimen de responsabilidad determinado.

La cláusula *hard ship* – de excesiva onerosidad consiste en que una parte tiene que hacer un pago superior por

una circunstancia imprevisible. La cláusula de la CCI pretende renegociar el contrato para favorecer su perfeccionamiento, buscando el equilibrio.

La cláusula *Paramount* que permite la designación de un régimen para evitar conflictos de interpretación cuando hay un problema.

3.3 Cláusulas compromisorias

Las cláusulas compromisorias suponen que las partes renuncian a la jurisdicción y someten las eventuales controversias a un procedimiento arbitral. Labor de marketing de las instituciones arbitrales. A veces, no se designa una institución de arbitraje, sino que se dice que se regirá por el arbitraje UNCITRAL, es decir, que las partes elegirán a los árbitros y, entre éstos, se elegirá al Presidente, sin la intervención de ninguna institución. Sólo deberán aplicar el reglamento UNCITRAL.

3.4 Cláusulas de garantía

También es importante el material suministrado por las asociaciones profesionales y las cláusulas elaboradas por las entidades bancarias.

IV. EL DERECHO UNIFORME DEL DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES.

I. Codificación internacional. Armonización y unificación jurídica.

La globalización e integración de mercados, lleva consigo la liberalización de las barreras estatales al intercambio de bienes y servicios y a los movimientos internacionales de capital. Implica la desaparición de aranceles, de medidas parancelarias, los controles de cambio en sentido estricto.

La consecuencia es una oferta creciente y diferenciada de bienes y servicios a partir de mejores condiciones de competitividad productiva, industrial o servicios al implicar liberalización, y eliminar al estado de los intercambios, involucra una pluralidad de sujetos de índole diversa (tanto en la participación en el mercado, como en los consumidores...). El derecho internacional privado no da respuesta, no son suficientes porque el fenómeno de la globalización trae consigo un proceso de armonización y unificación de normas, al desarrollarse el ámbito de la armonización y unificación, desaparece o relega en el ámbito mercantil a derecho internacional privado.

El modelo descansa en la necesidad de perfeccionamiento y armonización de las leyes nacionales.

La armonización, frente a la unificación, es flexible y no implica necesariamente la adopción de un texto concreto, sino que computa textos jurídicos que pueden relacionarse con diversos elementos. La flexibilidad será una etapa intermedia entre la comparación de ordenamientos y la unificación propiamente dicha. Se modifican ciertos regímenes de los estados con el objeto de dar operatividad a las transacciones comerciales transfronterizas.

Partiremos de las prácticas mercantiles, pasando por el fenómeno de la autorregulación dará lugar, desde reglas profesionales, pasando por contratos tipo, cláusulas tipo, etc... Esta manifestación normativa tiene la tendencia hacia la autonomía.

Estas prácticas también da lugar a la unificación y armonización pasando por el tamiz de una institución codificadora y el resultado son tratados, leyes modelo, códigos de conducta y guías legislativas.

Se busca una cobertura, una mayor institucionalización de las prácticas. Hay una fase de mayor autonomía de la voluntad y otra normativizadora.

Lo que se armoniza y unifica será el soft law, un derecho flexible que será la cobertura de la autorregulación. Hay una relación directa entre las cláusulas tipo y los tratados, e problema es ¿quién codifica?

Las instituciones están representadas por estados, que suelen elegirse en función de su especialización. La institución tiene servicio jurídico que prepara un dossier sobre la practica que se quiere codificar (dicha practica es resultado de las asociaciones profesionales). El delator que prepara los textos será un experto, normalmente será también miembro de las instituciones de las que surgen las practicas.

Por tanto no hay una ruptura clara en el proceso de autorregulación y el de unificación.

2.- Carácter Especializado De La Unificación.

La materia mercantil ofrece mayor unificación que otros sectores del derecho privado, en los que domina el particularismo, que se evidencia fundamentalmente en el diálogo Norte-Sur y relaciones entre sistema de common law y derecho escrito. El resultado de esta dialéctica apunta hacia el triunfo del common law. El comercio está en manos de este tipo de países.

Con independencia de esto, hay una tendencia hacia el pluralismo que se evidencia en:

1.- La unificación no tiene carácter expansivo global, no se predica de la totalidad de negocios de derecho internacional, salvo en ejemplos muy concretos, no hay tendencia a elaborar un código mercantil universal y la unificación queda circunscrita a determinadas materias dentro de los negocios internacionales (derecho marítimo, derecho propiedades especiales...) El fenómeno de la unificación es sectorial.

2.- La unificación, el particularismo parte de que no necesita un método comparado, que es algo más que el estudio del derecho extranjero que regula una institución, esto significa que cuando se lee un libro jurídico, se ve que siempre hay un apartado que dice el derecho francés, alemán esto no es derecho comparado.

El derecho comparado es un método científico complejo de conocimientos que implica que a través de técnicas depuradas y los derechos extranjeros en presencia, podemos extraer consecuencias para nuestra regulación interna (por eso hay institutos de derecho comparado en muchos países que trabajan sobre la comparación: en España no hay nada de derecho comparado, en Alemania está el instituto más importante de derecho comparado en Hamburgo). En España lo que hay es un estudio de los derechos extranjeros.

El particularismo se supera con una intensificación del derecho comparado que no se da.

3.- Las técnicas de codificación que hay son rígidas o flexibles por la unificación y particularismo del derecho mercantil.

3.- Tendencias a La Armonización Internacional: Hacia Un Derecho Mercantil Plurinacional.

Frente al carácter especializado, ya Garrigues decía que el derecho mercantil plurinacional se avecinaba, por lo que era imposible la unificación total de los negocios internacionales, sino sólo de una de sus partes. Esto mismo se recoge de la resolución de la ONU de 1965, que creó la UNCITRAL. La propia denominación derecho mercantil internacional hace referencia a la decisión de establecer un ordenamiento regulador de las relaciones internacionales que figuran en la agenda de esa conferencia y hay sectores como el de las garantías o del transporte marítimo que son materias objeto de una gran codificación, pero que no abarcan la totalidad de las transacciones internacionales.

La resolución recoge esto:

1.- Crear un ordenamiento regulador de las relaciones comerciales, no de todas, sino de las que aparecen en

esta conferencia (arbitraje, garantías, etc.).

2.- La unificación afecta sólo y exclusivamente al sector del derecho privado, a las transacciones mercantiles de carácter privado, excluyéndose en principio las relaciones mercantiles que afectan a sujetos heterogéneos del derecho internacional.

3.- La unificación que se está realizando es de derecho material, no conflictual. Este fenómeno deja fuera de su contexto las normas de conflicto de leyes.

Estas 3 características conducen a la búsqueda de la uniformidad a partir de una técnica sustantivista internacional superadora de la tendencia a imponer en el plano internacional las soluciones propias de un determinado concepto estatal.

En cuanto a los métodos utilizados para realizar la unificación de derecho mercantil internacional, los más importantes son los que se refieren a:

a.- Su carácter obligatorio o no: tratados internacionales y otras técnicas.

b.- o a las bondades que ofrecen las distintas fórmulas flexibles con las que puede realizarse la investigación.

II.- Inconvenientes De Los Tratados Internacionales Como Instrumento De La Unificación.

1.- Problemas Generales.

Hasta la fecha, el desarrollo del derecho uniforme se ha realizado a partir de tratados Internacionales de carácter multilateral. La unificación del derecho mercantil se ha positivizado en tratados internacionales de carácter multilateral con ventajas: certidumbre, texto articulado que se presume obligatorio; e inconvenientes: rigidez que toda codificación a partir de tratados trae consigo por las dificultades de la adaptación de un tratado internacional a un ordenamiento jurídico interno.

Por eso, frente a lo que ocurre en otros sectores, no es muy frecuente que los estados se incorporen a tratados y convenios internacionales de derecho uniforme, que tiene escaso número de ratificaciones. Ley uniforme de Ginebra (el Tratado Internacional de 1930 que contenía la ley uniforme y prácticamente no se incorporaron a ningún estado).

La uniformidad a través del tratado internacional acusan los problemas internacionales que atañen a esta particular técnica codificadora.

Críticas al Tratado Internacional en la regulación del derecho uniforme: Inconvenientes de los Tratados Internacionales.

1.- Déficit democrático. En el proceso de elaboración participan 3 bloques de personas desvinculadas de la autoridad del Estado. Las fases de elaboración son:

a.- 1º FASE. La elaboración del convenio que se hace en una sede o foro con representantes de los estados. Los problemas son: quien los nombra y qué mandato tienen para redactar o participar en el Convenio. Hay países que nombran representantes gubernamentales para que negocien los intereses del Estado, pero esto no es frecuente, suelen nombrarse por amigos.

b.- 2º FASE. Fase de negociación: ¿quién negocia? proyecto del texto. Después hay una conferencia internacional donde se negocia el convenio.

c.- 3º FASE. Ratificación y aceptación por el estado por un departamento ministerial que apruebe el Convenio por los trámites parlamentarios, pero no todos los convenios de derecho uniforme tienen que pasar por las Cortes, aunque por lo general sí; es previo un dictamen del Consejo de Estado.

2.- Desde una perspectiva de entrada en la nueva lex mercatoria que es flexible a las circunstancias, cuando estas prácticas mercantiles se han pasado al tratado, hemos llegado a una petrificación de la materia reguladora y, por tanto, podemos obtenerlos mismos inconvenientes que con la ley interna que hemos codificado. Se da una pérdida de la calidad del producto.

3.- Como en estos foros hay intereses distintos, el resultado de un convenio es la acomodación de intereses recíprocos, por eso, el texto que sale a veces es farragoso, ambiguo, se pierde sencillez, ofrecen dificultades para el intérprete, etc.

4.- Si algo evoluciona rápido es el comercio internacional. Lo que hace que estos textos petrificados pronto queden desbordados por las circunstancias. El tratado dificulta la adaptación de normas a la evolución constante y creciente del derecho internacional e impide la acomodación de normas a un momento social determinado.

5.- Los problemas que cada ordenamiento tiene en orden a la integración del tratado. Hoy día los países tienen una tendencia unitaria a la recepción de tratados. Desde un punto de vista didáctico, convertir un tratado en ley evita los problemas inherentes y de seguridad, problemas de interpretación y aplicación. La incorporación ofrece la aparición de subsistemas.

España es un modelo monista y el art 96 Ce hace que los tratados entren en vigor en España, a diferencia de otros sistemas dualistas que convierten el Tratado en Ley. En el año 30 se negoció la entrada a los tratados de quiebra de derecho bancario, pero poco después de su publicación llegó la república y se cambió todo este sistema, olvidándose esta ley, y cuando se produce la reforma del derecho mercantil en España, se hace la Ley Cambiaria y del Cheque en el año 85, y no nos incorporamos al tratado, sino que lo transformamos en Ley, eliminando así los inconvenientes de los tratados, dando seguridad.

Problemas de aplicación e interpretación: hay países como México que no saben qué hacer con los tratados. Nadie integra los tratados en el sistema, sino que sólo se incorporan al final de los libros. En esta materia hay que alabar a la sala 3ª del TS y su jurisprudencia que ha hecho una labor brillante.

La incorporación ofrece la aparición de subsistemas. El tratado no es una Ley, y tiene un ámbito de aplicación fruto de la acomodación de intereses recíprocos, excluyéndose así muchos aspectos normativos, y esto implica que el tratado no resuelve todas las cuestiones, y por eso conviven el tratado con las leyes internas. El derecho marítimo es un gran ejemplo de esto. El Ccm regula muchas situaciones de derecho marítimo. A la vez, España se incorpora al tratado, con situaciones diferentes a las del Ccm. Así, cuando hay un pleito marítimo surge la discusión a la hora de elegir el régimen aplicable ¿cuál prima? Dependerá de la posición que se quiera defender. Esto da inseguridad. Esto hace que el derecho marítimo plantee más problemas a la hora de elegir el sistema por la confluencia de regímenes existentes.

El Tratado tiene un ámbito de aplicación fruto de la acomodación de intereses. Así, el tratado resuelve los problemas, por lo que hay 2 subsistemas, por eso, a veces un tratado no regula todos los sistemas y hay materias que se regulan por Convenio y otras por Derecho Interno. El Convenio tiene la virtud de introducir distintos subsistemas en un ordenamiento jurídico (el tema es fundamental en derecho marítimo) esto hace que se planteen más problemas de elección, el problema es pues, elegir el sistema por la confluencia de subsistemas por la existencia de distintos regímenes.

El Tratado se introduce en un sistema, pero a veces éste no es unitario, sino que tiene distintos sistemas plurilegislativos, lo que hace que el convenio al incorporarse a un estado plurilegislativo presente dificultades

para elegir el sistema.

6.- Quien puede aplicar el convenio puede ser un árbitro o un juez. El juez tiene instrumentos para manipular la aplicación del convenio por ir en contra de los intereses nacionales, por ejemplo negándose a su aplicación. También puede interpretarlo con categorías de derecho interno (cosa que puede pero no debe hacerlo) pudiendo desvirtuar así el contenido del convenio. Si contiene categorías distintas de las contenidas en el convenio se puede desvirtuar el contenido del mismo. Puede darse una interpretación distinta de lo que en principio debería ser.

7.- Las materias no se regulan por un convenio, sino por distintos convenios sucesivos en el tiempo. El problema es saber cuál se aplica, el tema no es sencillo, 1º hay que ver lo que dice el propio convenio, luego ir al de Viena, etc.... Son inconvenientes que ofrecen los tratados internacionales en este sector.

2.- Problemas De Delimitación Normativa.

Esta inadecuación de las técnicas codificadoras de los estados que no se acomodan a los negociadores ha suscitado preocupación en torno a los costes y rentabilidad del movimiento internacional en pro de la unificación del derecho mercantil que cuestionan su utilidad práctica y la propia utilidad o función de determinadas instituciones codificadoras internacionales. Al fracasar el convenio como elemento codificador, se refleja en las instituciones, cada vez hay menos entusiasmo y lo mismo ocurre con la Conferencia de la Haya porque no saben qué es lo que tienen que codificar.

Hay un artículo de un profesor de Castilla La Mancha que critica la codificación mercantil De cuando una norma mercantil vale 1 m. de €

Las instituciones de codificación están en crisis, y se están utilizando otras técnicas porque el tratado ha perdido su momento jurídico. Se cuestiona la existencia de estas instituciones. En la actualidad las instituciones deberían utilizar técnicas distintas al tratado, por ejemplo: el soft law. Los redactores del tratado pueden corregir que se planteen problemas de aplicación e interpretación. Para ello se utiliza la **cláusula ERGA OMNES**, que supone que cuando figura en el convenio se obliga al estado que lo incorpora a aplicar las cláusulas del convenio a todas las situaciones que se planteen, sustituyendo el derecho interno y las dualidades legislativas.

Es una reglamentación unitaria que sustituye a la interna. Hoy día, gran parte de los convenios la incorporan, pero plantea problemas, por ejemplo: convención de Nueva York de 1958 al que España se unió en 1977. El art. 1.3º dice que si el estado no manifiesta lo contrario en el momento de su incorporación, ésta sustituirá al derecho interno y se aplicará con independencia de que se aplique con estados miembros en el convenio.

La ley 36/86 (derogada) en su art. 59 daba una reglamentación a la materia de la convención del 58 distinta. Si aplicamos la ley posterior, deroga a la anterior, en caso de ser 2 leyes, pero al ser un Convenio no se puede. El art. 59 no puede aplicarse porque hay una prevalencia del convenio y es erga omnes.

4.- El Conflicto De Interpretaciones.

El Tratado puede chocar con conceptos que existan en el ordenamiento en el que se aplique el tratado y desvirtuar la pretensión unificadora del convenio, dando como resultado la inseguridad jurídica contraria a las necesidades del tráfico mercantil. Sin embargo esto puede solucionarse:

Hay una vía que es establecer nociones jurídicas en los Convenios, comúnmente aceptados por todas las familias jurídicas. Sería la calificación automática cuyo contenido es inequívoco para evitar el problema interpretativo por parte del Juez o Árbitro. En esta dirección, pueden definirse los conceptos y establecer en el Convenio lo que se entiende, por ejemplo, por compraventa. Sin embargo, siempre hay conceptos, como el de

domicilio, que son difíciles de interpretar: Art. 49 Cc: el domicilio es el lugar de residencia habitual, a diferencia de otros sistemas, en los que no es más que una cuestión de hecho.

Hay mecanismos correctores:

1º) Puede venir por la existencia de un órgano supranacional que interprete la cuestión que se debate. Algo parecido a lo que ocurre en la UE con la denominada cuestión prejudicial, (cuando un órgano jurisdiccional comunitario tiene alguna duda sobre la interpretación de un concepto, suspende el procedimiento y hace la pregunta al tribunal de justicia de las CC.EE que responderá sobre estas cuestiones.)

2º) No acudir a un tribunal, sino a un dictamen vinculante de los servicios jurídicos del organismo del que viniera el Convenio.

3º) Acudir a una organización internacional especializada en la materia objeto, para que asegure una interpretación objetiva y autónoma. En EE.UU cuando se creó la ley uniforme de 1913, se planteó un problema de interpretación y se creó un comité permanente para darle así una interpretación adecuada. Estas posibilidades, son hoy remotas, salvo en el caso de la UE, por lo que se vuelve a insistir en la ineficacia e ineficiencia de los tratados en derecho mercantil.

Los convenios de derecho uniforme quieren eliminar cualquier conflicto de leyes. No debe descartarse porque los conflictos de leyes se sustituyen por los conflictos de interpretación. Los sistemas jurídicos suelen dar respuestas diversas a una materia regulada por un instrumento de unificación internacional.

La interpretación de estos convenios es una de las más debatidas y es una cuestión que ofrece una enjundia teórica.

Si eliminamos las cuestiones interpretativas utilizando categorías autónomas o conceptos que tengan respuesta en derecho comparado los problemas se eliminan, por ejemplo: la palabra domicilio no es lo mismo en América latina que en España. Aquí el domicilio es el lugar de residencia habitual de las personas físicas, concepto incluido en el CC

Algunos convenios dan respuesta a estos problemas, como el art. 25 del Convenio de Varsovia de 1929 (que acaba de ser derogado). Este sistema funciona si el convenio uniforme se incluye dentro de un sistema jurídico y un tribunal interpreta los conceptos del convenio. El Convenio de Roma puede interpretarse.

Para limar los inconvenientes, el propio Convenio incluye criterios de interpretación, por ej. el art. 7.1 del Convenio de Viena de 1980 establece en la interpretación que se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. La buena fe puede ser invocada e informará toda interpretación del contrato, así como para regir la conducta y comportamiento de las partes contratantes. Esta norma no es privativa de la convención, sino que también se encuentra en la ONU sobre letras de cambio y pagarés, y también en la Convención de México.

En todo caso, están siempre las reglas generales del Convenio de Viena de 1969 sobre derechos de los tratados, del cual son parte casi todos los Estados del mundo, y que establece que el Juez ha de interpretar de acuerdo a los términos del mismo, estableciendo unas reglas para los casos en los que no exista tratado.

III. Ámbito Del Soft Law En El Derecho De Los Negocios Transnacionales.

1.- Flexibilidad en los Procesos de Producción Normativa.

Flexibilización que hoy día se observa en los procesos de producción normativa que se producen en el

derecho del comercio internacional. Esto da lugar al llamado derecho blando o Soft law, que es una técnica normativa que no es privativa del derecho del comercio internacional, sino que ha dominado otros sectores como los derechos fundamentales o el derecho del medio ambiente. Muchas veces no hay un derecho enunciado como tal, pero hay un conjunto normativo que tiene eficacia jurídica aunque no existe una norma expresa.

Es importante la acción y despliegue del soft law o derecho flexible en la unificación del derecho de los negocios transnacionales.

En el año 1971, se escribió una obra de derecho del medio ambiente, donde se desarrolló todo esto. Se produce una repercusión sobre el derecho comercial internacional, ya que este puede desarrollarse en virtud de una serie de procedimientos normativos o pseudonormativas que sirven para fundamentar una determinada decisión por parte del juez o árbitro.

Las normas reguladoras del convenio internacional incluyen actos jurídicos de carácter normativo que sirven para fundamentar las decisiones jurídicas. La flexibilización encuentra una primera manifestación en los procedimientos de producción normativa, que se ablandan para permitir un desarrollo más abierto del comercio internacional y gracias a la armonización cabe aspirar a la reducción de las controversias jurídicas que existen en los sistemas jurídicos en presencia: declaración de Naciones Unidas; Convenio Internacional y jurisprudencia de la Corte Internacional. Hay un proceso de interacción entre fuentes internas e internacionales. Hay un derecho flexible que tiene carácter obligatorio.

Ante la ineficacia del tratado surgen unos instrumentos de carácter blando o de derecho diplomático como una ley modelo que, aunque no tenga directamente carácter vinculante, ejercen una influencia decisiva en la voluntad de los operadores jurídicos.

La proliferación de leyes modelos o la propia fuerza de determinados convenios actúan como fuente en sentido impropio que no sólo pueden ser tenidos en cuenta por el legislador, sino que también le interesa al juez y al árbitro.

El soft law, respecto del legislador, configura una suerte de directiva habilitante, o un efecto de apertura a nuevas áreas de expansión de derecho. Desde el punto de vista del juzgador, contempla la posibilidad de que el juez utilice un derecho impropio no incorporado a su ordenamiento jurídico como instrumento de construcción o interpretación de sus soluciones, de ahí que esta dimensión se conozca como normas narrativas. Las manifestaciones más importantes de Soft Law son las que veremos a continuación.

2.- Leyes modelo

Es el instrumento fundamental de la unificación internacional del derecho de los negocios y ha tenido la virtud de desplazar al tratado internacional que contiene una ley uniforme.

Se parece al tratado en que es una técnica de codificación que se hace en un foro internacional y en que las fases previas son las mismas (hay unas conferencias internacionales donde se discute el texto y debe firmarse por los representantes), pero se diferencia en que la Ley queda a la eventual expectación a que los Estados la incorporen o no; no tiene Estados firmantes y plantea problemas de ámbito territorial.

Se utilizó mucho más que es tratado. El ejemplo más importante es la Ley Modelo elaborada por la UNCITRAL en 1985.

Ante la reticencia de los estados hacia el derecho uniforme, los fueros internacionales han acudido a la ley modelo o ley tipo, que juega un papel cada vez más importante como cauce para la aproximación de legislaciones a proporcionar al estado un margen de libertad a la hora de regular una materia concreta a partir

de soluciones aceptadas internacionalmente y modernizar la legislación de acuerdo con sus propias necesidades, sin desconocer que se trate de una técnica de codificación de carácter alternativo que ofrece un nivel menor de cooperación internacional, configurándose como una solución puntual que como un mecanismo genérico de codificación.

La ley modelo se elabora en un fuero de codificación internacional, la ley tipo se negocia en una conferencia internacional, y una vez negociada y aprobada, no se produce la fase de ratificación.

La ley modelo no tiene carácter obligatorio directo y los estados no tienen que comunicar al foro que lo han incorporado a su legislación interna, por tanto, detrás de la ley modelo no es necesario establecer los estados firmantes.

Un ejemplo de ley tipo es la ley modelo de arbitraje comercial internacional elaborada por la UNCITRAL en Ginebra en 1985. La UNCITRAL a partir de aquí abandona el recurso al Tratado y consideró que era mejor hacer una ley modelo. Para ver la bondad de todo esto hay que ver que Estados la han incorporado, que son casi 100 Estados. En esos años tanto el arbitraje como los procedimientos alternativos a la justicia están de moda y todas estas leyes, en sus preámbulos, hablan de la importancia de esa Ley de 1985, aunque muy pocos países la han incorporado en bloque. La ventaja que esto tiene es que el Estado puede incorporarla y modificarla, es decir, permite adaptarla yendo a la unificación del derecho.

Desde 1985 hasta la fecha, todos los países del mundo prácticamente han redactado leyes sobre arbitraje comercial internacional, siempre se ha tocado como referente esta ley.

Sin embargo, no muchos países la han incorporado de manera automática o total sin ninguna reserva como México, que incorporó la ley a su CCo. En España a partir de la ley de 2003 de arbitraje se ha utilizado en buena medida.

La ley modelo, hoy día, es la técnica dominante en la UNCITRAL, pero no ha conseguido penetrar en otros fueros de codificación.

3.- Códigos de conducta

En España tienen un tratamiento muy importante. El rápido ritmo de innovación tecnológica en determinados sectores del comercio, como el de los servicios o consumidores provoca la imposibilidad de dictar normas y que estas sean precisas, y esto hace que sea difícil prever todos los problemas sobre protección de consumidores que exigen que las autoridades nacionales vigilen a los operadores mercantiles en orden a una eficaz protección del consumidor. Las normas pronto quedan anticuadas y por eso es necesario variar la técnica.

Desde un punto de vista competitivo, las empresas tienen interés en ayudar a crear y a promover un entorno seguro en interés de los consumidores y establecer una concentración que tienda a favorecer a los consumidores o que tienda a proteger el medio ambiente. Por ejemplo: las empresas establecen un código de conducta en virtud del cual se obligan a dividir los productos peligrosos.

Del código de conducta a la práctica abusiva o colusoria hay muy poco. Hay 4 realidades distintas, aunque todas ellas tienen un denominador común, la noción de código de conducta se utiliza en foros y supuestos distintos y su origen está en el derecho internacional. Se puede decir que se clasifican, en el derecho mercantil, en 4 bloques. La autorregulación se manifiesta de formas distintas:

a.- Es cada vez más frecuente que las propias empresas en virtud de la autorregulación, establecen un procedimiento a seguir, defiendan sus códigos éticos y deseen impulsarlos y respetarlos.

Esto implica una concentración que tiene como finalidad la protección del consumidor. Las empresas establecen acuerdos con el objetivo de establecer un determinado comportamiento que beneficie al mercado.

b.– Cuando el acuerdo se da entre consumidores y empresarios para establecer pautas. El sector empresarial, las organizaciones de consumidores pueden trabajar juntos para aplicar normas de protección.

c.– Los impuestos por organizaciones empresariales especializadas. Las organizaciones no gubernamentales pueden favorecer la codificación voluntaria de autorregulación proporcionando consejos sobre cómo organizar la protección en un sector mercantil.

d.– Los impuestos por el Estado, unilateralmente, como sustituto normativo. Los estados en vez de utilizar normas pueden establecer un código de conducta que deben respetar las empresas.

e.– Los elaborados por foros internacionales para regular determinados comportamientos en las transacciones comerciales internacionales.

Ahora nos vamos a centrar en cada una de ellas:

A. – Código de conducta hecho por empresas.

El Código de conducta tiene como finalidad proteger al consumidor o bien hacer práctica concertada que falsee la libre competencia. Estos acuerdos tienen el peligro de convertirse en auténticos pactos colusorios, que bajo la aparente intención de proteger al mercado, vulneren la libre competencia.

Se dan unas condiciones y es frecuente que las confederaciones marítimas creen acuerdos, de tal modo que las compañías marítimas tienen acuerdos para regular las diferentes líneas de navegación. El tribunal de justicia de la Unión Europea considera que por el momento estos acuerdos han de respetarse, considerando que el mercado es neutral y no vulnera la competencia.

Uno de los sectores más importantes en el derecho mercantil es el derecho de la publicidad. Aquí, Cuesta Rute es especialista en esta materia. En el derecho mercantil cada autor lo explica de forma distinta.

El derecho de la publicidad es muy importante, y está vinculado al derecho de la competencia, es decir, a la ley de competencia desleal. Esta ley establece ilícitos mercantiles, una serie de tipos o conductas desleales y cuando los tribunales de justicia determinan que hay prácticas desleales a través de procedimientos se establecen una serie de sanciones, que van desde indemnizaciones de daños y perjuicios hasta la cesación de la actividad. Las conductas desleales están establecidas, pero una de las mayores modificaciones son prácticas que denigran al derecho público.

Los sistemas son distintos en el mundo de la publicidad, lo que plantea que Ley se debe aplicar en el marco del Derecho Internacional Privado cuando el ilícito se comete en un país y repercute en otro. La ley española en su art. 14 señala la teoría del efecto: se aplica la ley del lugar donde ha quedado afectado el mercado.

Para evitar todo esto, normalmente estas cuestiones se resuelven a través de códigos de conducta. Las empresas del sector reúnen y se asocian y establecen códigos. En España hay una entidad privada importante: AUTOCONTROL, que reúne una serie de firmas que deciden aceptar un código ético y las asociaciones que se integran deciden respetar dicho código; y si una de estas empresas viola este código, hace actividades desleales, se permite que de oficio esta entidad investigue esta conducta, o se investigue por denuncia de un consumidor.

Se hace un jurado de publicidad, una especie de órgano que realiza un procedimiento parecido al establecido en la ley de competencia desleal: se examina la actividad, prueba, declaraciones testificales, etc. El jurado

realiza una resolución que acaba en un fallo señalando que la empresa ha violado o no el código y los resultados se publican. Esto no impide la vía judicial. Tiene un valor precario, porque es una decisión ejecutiva y la empresa puede seguir realizando su actividad y abandonar la Asociación.

En España se ha dado una gran actividad porque se han dado muchas violaciones a los códigos, sobre todo por Leche Pascual. Lo más importante se ha dado en el sector del yogurt, un jurado de la publicidad denunció a la entidad.

Este tema no impide acceder al tribunal de justicia. El expediente se aporta al juzgado de 1º instancia. El problema es que si los jueces no aplican la ley con inmediatez, las campañas publicitarias ya han hecho el daño. La Ley de competencia desleal dice que en caso de conflicto se aplicará la Ley del lugar del mercado que se ha visto afectado. Todo esto se soluciona con modelos de autorregulación tanto en el plano interno como en el internacional.

B.- Código de conducta fruto de la concertación entre asociaciones de consumidores y usuarios y las empresas.

Esto nos lleva todo al derecho de consumo. Se da el arbitraje de consumo impropio, en el sentido de que en algunas partes forma parte del arbitraje miembros de la asociación.

C.- Códigos que establecen los Estados.

Va dirigido a los particulares. El Estado en vez de establecer normas, hace un código, como es el Código de buen gobierno de sociedades.

D.- Códigos de conducta elaborados por organizaciones empresariales.

Elaborados en el seno del nuevo orden económico internacional, en los años 60, para establecer una equiparación en las transacciones comerciales que vinculan países en vías de desarrollo. Vinculan a empresas internacionales. No se ha podido dar una normativa de control a las empresas multinacionales.

Como ha fracasado, las N.U. en el seno de la Junta ha elaborado un Código de Conducta para empresas multinacionales.

La CCI ha desarrollado muy activamente esta técnica en materias de factoring, ya que es más útil este tipo de códigos que el propio convenio de factoring al cual se han adscrito pocos Estados.

E.- Códigos de Conducta elaborados en el marco de la UE

Hace referencia a la Comunidad Europea y a sus directivas, que imponen códigos de conducta para transacciones de valores mobiliarios.

En resumen: los códigos de conducta en el marco de las transacciones privadas internacionales constituyen una serie de acuerdos sistemáticos de normas de carácter programático, que regulan la conducta de determinados sujetos de convenios internacionales en el ámbito de actuaciones determinadas.

La nota definitiva de estos instrumentos es la flexibilidad reflejada en el comportamiento voluntario de sus postulados y en la autorregulación que incluyen al margen de las legislaciones estatales.

Se emplea la palabra código como muestra de su vocación sistemática y de su vocación unitaria o de integración en su contenido. Hoy día, los códigos más importantes son los que surgen de instituciones de comerciantes, como la CCI. Son un instrumento en expansión. En el marco del nuevo orden económico

internacional, cuando la comunidad internacional está dividida en bloques económicos y políticos, se insertó esta técnica en el ámbito de la UNTAC, es un criterio para favorecer a los Estados menos favorecidos por la penetración de empresas multinacionales. Ha sido uno de los grandes fracasos de la ONU y fue suplido a través del establecimiento de códigos de conducta.

4.- Guías Legislativas.

Es una especie de folleto, un informe que elabora la institución internacional especializada para ello y que no es autónoma, sino complementarias a la Ley Modelo. Constituyen una importante manifestación del soft law, y constituyen un texto puramente indicativo elaborado por una institución internacional con objeto de evitar inconvenientes señalados de los tratados internacionales.

El empleo de esta técnica se ha generalizado en el seno de la UNCITRAL y el UNIDROIT y la Conferencia interamericana de derecho internacional privado.

La vía legislativa no suele ser instrumento aislado, ni se da en materia regulada por este cauce, sino que suele ser un complemento de la ley tipo con propósito de que resulte de mayor utilidad al legislador interno por su carácter de explicación general del texto unificado, y, por tanto, las guías legislativas tienen como destinatarios a los legisladores nacionales.

Sin embargo, las guías tienen como función facilitar la consulta del texto legal al conjunto de operadores jurídicos que integran la sociedad de comerciantes (jueces, árbitros, abogados, profesores, etc).

Un ejemplo de guía legislativa es la UNCITRAL, que ha utilizado otras técnicas en vía concursal. Son recomendaciones legislativas con el propósito de favorecer la existencia de un marco legal estable que de respuesta a las situaciones de insolvencia transfronterizas.

Otro ejemplo son las transferencias eléctricas de fondos.

UNIDROIT: se encuentra la guía jurídica sobre franquicia internacional. Hoy día, todos los operadores jurídicos que utilizan la franquicia toman como referente la vía jurídica elaborada por el UNIDROIT reconocida por la asociación de abogados como instrumento indispensable en la elaboración de esta materia

TEMA 5

MANIFESTACIONES DE LA UNIFICACIÓN EN LOS DISTINTOS FOROS.

1.- FOROS DE UNIFICACIÓN DE CARÁCTER UNIVERSAL.

2.- FOROS DE UNIFICACIÓN DE CARÁCTER MATERIAL (MATERIA REGULADA).

3.- FOROS DE UNIFICACIÓN DE ÁMBITO REGIONAL, DONDE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO SÓLO CUBRE AL MOMENTO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA.

Existen distintos foros que participan en la unificación del derecho mercantil internacional, pero, son tantas, hay tanta diversidad en esta materia, que una clasificación de todo esto, es realmente difícil, porque podrían ponerse en orden alfabético e ir analizándolos uno a uno, pero así no nos diría nada, ha que hacer una análisis desde otra perspectiva. Fdez. Rozas en la historia, hasta la Sociedad de Naciones no ha habido ningún intento de codificación, salvo lo relativo a propiedad industria le intelectual, pero nunca vinculado a organizaciones internacionales.

día 24 marzo:

A nivel universal, desde la antigüedad hubo un intento de trabajar sobre estas materias y fue la Sociedad de Naciones la que convocó en Ginebra conferencias Internacionales cuyo objetivo era establecer uniformidad en las relaciones privadas del Convenio Internacional, pero el único resultado obtenido en la codificación de este organismo fue la Ley Uniforme de Ginebra contenida en 2 convenciones; y, junto a ello, establecer un recurso para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en otros países.

El 1º de los objetivos, la Ley Uniforme, no tuvo mucho éxito, y en 1985 se incorporó a través de una adaptación a nuestra Ley Cambiaria y del cheque.

Pero España se incorporó a los tratados de la Ley de Arbitraje. España era parte del Convenio sobre arbitraje de 1923, pero nuestros tribunales no lo aplicaron nunca.

La Codificación fue bastante limitada por razón de la materia y tuvo una acogida discutible por parte de los estados.

Tras la II GM las NU., al hacer la Carta de las NU. no prestó atención específica a la Codificación de negocios internacionales, y en el órgano codificador de las NU. (Comisión de derecho internacional) a habido jueces ad hoc para casos concretos.

La comisión de derecho internacional tiene un catálogo de materias. Se planteó si la CIDI debía entrar en materia propia de derecho internacional.

España ha tenido un papel sobre la codificación de la Haya en DIP, sin embargo, la CIDI no ha tenido un papel importante.

Cuando se planteó si la CIDI iba a codificar, dijo que no, y a pesar del art. 23 de la Carta de las NU., que tenía argumentos para que la CIDI tuviera cargo de ello, no lo hizo. Se empezó a trabajar sobre ello a partir de una convocatoria de Conferencias internacionales, siendo la 1º la que dio lugar al Convenio de Nueva York de laudos arbitrales de 1958.

Posteriormente, otros órganos de las NU. han tomado en consideración aspectos sobre las relaciones privadas del tráfico mercantil internacional. El 1º que ha trabajado ha sido la GATT, que elaboró una clasificación arancelaria con incidencia en las relaciones privadas. Pero los órganos que más han aportado son:

1.- Banco Mundial: es un órgano que recibe dinero de los estados y lo destina a los estados pobres, por ello su nombre inicial era Banco Internacional de reconstrucción y desarrollo.

Tiene 2 filiales, una tiene función de distribución de fondos entre bancos menos favorecidos y otra filial con sede en Washington está dedicada al estudio de la inversión privada, colaboran en movimientos internacionales de capitales.

El Banco contribuye a los planes de inversión, y en este sentido se creó en 1965 el Convenio de Washington sobre arbitraje de inversiones entre estados y empresas privadas. El acuerdo mercantil pierde en soberanía económica frente al inversionista extranjero.

Si hay un litigio, se resuelve ante un procedimiento arbitral y sobre este convenio han proliferado en el 2000 convenios bilaterales de protección recíproca de inversiones, como APPRI.

Comisiones regionales económicas: están también dentro de las N.U. Ha desempeñado un importante papel la CEPE, que en 1961 hizo un Convenio sobre arbitraje comercial internacional, que es un convenio para Europa (España incluida), pero es un convenio abierto que permite que otros países del mundo se incorporen.

Convenios que afectan directamente a relaciones privadas entre los que están la Convención de las N.U. contra la delincuencia organizada transnacional. Se pretende que las legislaciones no sean obstáculo para todo el tráfico de capitales.

Algunas organizaciones de las N.U. prestan atención a la unificación de transacciones internacionales de carácter privado, nos referimos a la OMPI, que codifica el derecho industrial y un sector intermedio que es la protección de secretos técnicos. También la OACI tiene un papel importante en la reglamentación del transporte aéreo.

La OMI no sólo tiene como objetivo la seguridad del tráfico marítimo internacional, sino que también tiene importancia el papel al codificar el tráfico mercantil internacional.

Dentro de las relaciones entre países desarrollados y no desarrollados está la UNCTAD, que también presta atención a las transacciones privadas.

Es todo ello un mecanismo muy disperso que ha contado desde 1966 con un órgano específico que complementa la naturaleza de los órganos de la UNCITRAL, órganos de N.U. para el derecho mercantil internacional con sede en Viena que empezó a funcionar a partir de 1966.

Junto con la estructura que parte de organizaciones internacionales, sujeto de derecho internacional general que dan un derecho propio, los movimientos regionales han dado lugar también a la unificación del derecho mercantil. El Consejo de Europa (Órgano político de Europa), de alguna manera, desde 1980, ha elaborado unos 150 convenios, algunos de los cuales han afectado a la materia que nos ocupa.

En los últimos años, el consejo ha delegado la materia a órganos más especializados.

Otro órgano regional es el consejo Nórdico, que agrupa a países escandinavos, y en los años 60 hubo un intento de regionalizar el sector. Hay convenios elaborados por el Consejo Nórdico con relevancia en 1900. El BENELUX realiza actividades observadas por la UE, y el TAEM es ordenador del Convenio.

En América Latina, hay el equivalente al Consejo de Europa, que es la OEA, que agrupa a todos los países americanos, desde Canadá a Chile. Tiene su sede en Washington, y tiene un comité jurídico que hace lo mismo que el consejo de Europa, elabora convenios vinculados al derecho de personas.

La OEA tiene su tribunal de derechos humanos en San José de Costa Rica. Dentro de la OEA se ha creado la CIDIP, que está especializado en DIP, y, dentro de éste, codifica el derecho mercantil.

En África hay organizaciones vinculadas a la OUA, que tiene un organización OHADA que tiene como misión la armonización del derecho mercantil en el continente africano.

Por último, la labor de la UE, que es la más importante en el mundo sobre esta materia.

DIA 29 marzo.

Junto a la **codificación** universal está la **regional**, que es aquella que se realiza en el sistema de integración económica.

A lo largo de la historia se han dado movimientos de integración política, pero hoy día tenemos integración económica, dentro de la cual hay que distinguir realizaciones desde la perspectiva del momento en que nos movamos.

Para hablar de derecho comunitario, hay que partir de la existencia de zona de libre comercio, de aduanera.

Por tanto, hablar de derecho comunitario en zona donde no tienen característica de ello es absurdo.

El esquema general de eficacia de los movimientos de integración en la codificación nos lleva a la UE. En el resto de los sistemas cabe hablar de MERCOSUR, el cual ha dejado de desarrollarse en el objetivo 1º, que era la creación de un mercado que se ha abandonado al desarrollo de la integración económica (paso de libre comercio a la zona aduanera), pero se ha dado una acción inversa en materia de codificación del derecho. Así, cabe hablar del Protocolo de Buenos Aires y Protocolo de la Leñas, por ejemplo.

Hoy día MERCOSUR ha desarrollado una actuación completada por el protocolo señalado que intenta introducir un modelo similar al espacio judicial europeo (en América).

Llama la atención que se duplique en América la acción codificadora en distintos foros, toda vez que en todo el continente americano hay un foro común que es la OEA (Organización de estudios americanos), que es una organización internacional similar al consejo de Europa que dentro de sus funciones está la elaboración de convenios con carácter especializado en la CIDIP. Ésta ha hecho unos 40 convenios que generalmente no interesan porque son derecho procesal privado y penal, pero dentro de los 40 hay derecho mercantil que sí nos interesa.

En América, lo que ocurre es lo siguiente: en el norte hay países anglosajones (la mitad de Canadá, salvo Québec), EEUU tiene common law aunque el Estado de Luisiana tiene un código civil. En el sur hay 2 modelos de codificación enfrentados: la de los países del Cono Sur, basado en el Tratado de Montevideo, y la otra parte basada en el Código de Bustamante.

Para llegar a la codificación total, hay que tener en cuenta 3 ordenamientos distintos: el common law; el Código de Bustamante de 1918 y el Tratado de Montevideo.

Así, cuando hay una reunión de delegados en el seno de la CIDIP, hay postura enfrentadas y, además, se reflejan en la aceptación de 40 Convenios reformados; son para México, Centroamérica, y países andinos que lo aceptan, pero el resto (norte y sur) no lo aceptan.

Esta codificación hemisférica ha estado en crisis, tanto la CIDIP 5º como 6º. El rechazo de la codificación regional en América latina ha producido este movimiento por parte del sur de la codificación basada en un movimiento de integración económica, porque son países que rechazan el modelo de codificación que propugna la de estudios americanos. Incluso países que no son del movimiento de integración se incorporan a los textos, como Bolivia, que ha suscrito tratados.

Si esto es así, se da una evolución. Si los EEUU no se han caracterizado por su participación activa se debe a que el modelo no se acomoda a sus intereses; en la medida en que EEUU controle el resultado de la codificación, se incorporará a los textos.

Los elementos de los que parten los EEUU son: EEUU tiene una ley federal, pero no código federal de comercio. Los estados miembros tienen su propio sistema (common law) que lo regula. Pero en EEUU se ha elaborado un CCo uniforme con distintas versiones, pero a partir de este CCo uniforme busca una codificación, no a la usanza europea, porque parte de la práctica enumeración de reglas, etc, pero se caracteriza porque siempre prevalece ante él la autonomía de la voluntad de las partes para aplicar dicho código. De esta forma el código sólo se aplica con carácter subsidiario.

Es muy limitado en cuanto al ámbito de aplicación material, se centra en el ámbito contractual. Este CCo es uniforme, de referencia, no es una ley estatal. Schmidt señala que este CCo es una de las obras más importantes junto con el Convenio de Roma del siglo XX.

Otro elemento serían los RESTATEMENT, compilación de jurisprudencia que ofrecen a través de su

sistemática las reglas a seguir en sectores concretos. De esta suerte, unido a que la última conferencia la pujaban los americanos, es obvio que existe una proyección de poder americano.

En América, junto con los movimientos de integración económica hay un movimiento basado en el Mercado para toda América, y es que este mercado entra en vigor el año que viene, y se llama ALCA (Área de libre comercio para las Américas).

El ALCA es el modelo de tratado de libre comercio de América del Norte, basado en la libre circulación de bienes, de servicios, en regulación de propiedad industrial, pero que también incluye las inversiones. El ALCA no elimina, en teoría, el MERCOSUR. El ALCA se empezó a negociar en la época de Clinton, pero últimamente ha ido perdiendo fuerza. Comienza su negociación en 2001 y va a llegar a la firma en 2005, pero no se sabe en qué resultados. Se establecerá por períodos transitorios de 30 años. Esto va a tener consecuencias desde la perspectiva de la unificación jurídica, las tendencias del norte se van a imponer; por ejemplo, en materia contractual en ir a los principios basados en las técnicas del restatement.

El profesor percibe las tendencias de unificación jurídicas basadas en el derecho anglosajón.

En África hay una organización de unificación mercantil con 3 influencias (africano-belga; inglesa y árabe).

Día 13 abril.

Foros de codificación. (en el libro es muy extenso)

La unificación se realiza en foros de carácter instrumental. Son foros gubernamentales, pudiendo tener un carácter universal, como la UNCITRAL, o un carácter a nivel regional, por ejemplo un ámbito latino-americano o europeo.

Las entidades relevantes en la unificación del derecho mercantil, que no son de carácter gubernamental, sino de carácter privado o semi-privado son:

1.- Fundamentalmente para la unificación del derecho marítimo: Comité del derecho marítimo internacional. Fue creado en 1896 en Bélgica, está auspiciado por el gobierno belga y tiene una compleja estructura organizativa que permite la participación de comités internacionales, entre ellos el español, que juega un papel relevante.

El Comité marítimo aporta conocimientos profesionales, que han dado lugar a los textos marítimos internacionales más importantes. Son reglas que descansan en convenios internacionales.

2.- Respecto a las asociaciones de abogados internacionales, las hay mundiales y regionales. Defienden los intereses de la profesión y a sus miembros y cumplen un papel importante en la unificación del derecho mercantil porque crean comisiones para elaborar documentos que son la base de la unificación. Las más importantes son:

a.- **ABA** (American Bar Association): es americana, tiene sede en Chicago. Agrupa a 400mil miembros. Esta asociación está presente como observadora en los trabajos de la UNCITRAL.

b.- **IBA**: fundada en 1947. Tiene su sede en Londres. Tiene comisiones de estudio que desempeñan un importante papel en las Naciones Unidas. Son abogados que aportan su experiencia práctica.

c.- **FIA**: tiene carácter latinoamericano. Es la federación interamericana de abogados y tiene su sede en Washington. Se ocupa de la unificación del derecho mercantil en el ámbito latinoamericano.

d.- En el ámbito europeo están: **VIA** (francófona) con gran repercusión en la codificación de las Naciones Unidas y la **CCBE**, que ha tenido importancia en materia de codificación del derecho internacional privado vinculado a los aspectos mercantiles.

Son asociaciones de abogados con carácter internacional que incluyen el estudio desde la perspectiva internacional de la unificación del derecho mercantil. No hay que confundirlo con las asociaciones que protegen a los pequeños despachos contra grandes superficies, como ADVOC en España.

También existen asociaciones de carácter científico junto a las mencionadas anteriormente. Son:

a.- **IVI** (Institute Vendroit International): tiene su sede en Gante. Se reúne cada 2 años y se nombran ponentes para el estudio de problemas concretos. Publican actas y las ponencias se estudian en los congresos y se adoptan resoluciones.

b.- **ILA** (International Law Asociation): se reúne cada 2 años y adopta resoluciones a partir de estudios previos.

c.- **IHLADI**: existe en el ámbito latinoamericano. Se creó en España en los años 50. Es en realidad una copia del IVI. Son países latinoamericanos y filipinos. Hace resoluciones más políticas que científicas.

14 de abril

Dentro de las entidades gubernamentales hay 2 de mayor importancia: el Instituto para la unificación del derecho privado, UNIDROIT; y la comisión de las naciones unidas para la unificación del dº internacional mercantil, UNCITRAL.

UNIDROIT: también conocido como el Instituto de Roma, creado en 1926 con sede en Roma, a pesar de llamarse instituto, es un órgano gubernamental, sus orígenes están vinculados a la Sociedad de Naciones,

Sus primeros trabajos se relacionaban con la actividad codificadora de la Sociedad de Naciones y el Convenio Cambiario Ginebrino aprobado por la Sociedad de Naciones, donde el instituto establecerá las líneas generales, y presta gran atención al tema de garantías y transporte.

Dentro de esta Primera etapa, hay un segundo momento, RAVEL orientó su actividad hacia la codificación de la compraventa de mercaderías, se legó incluso a un proyecto de Ley Uniforme sobre mercaderías, y fue aprobado en 1939, pero quedó aparcado.

Tras la Segunda Guerra Mundial, en 1950, se inicia otra etapa que adquiere una categoría de organismo internacional, a partir de su estatuto orgánico, y se van incorporando hasta 1959 otros estados. Dentro de éstos están los estados europeos, soviéticos, estadounidenses, México, Cuba....

El instituto publica un Anuario, que trata de codificación de dº Mercantil y prescinde del dº internacional privado (para este menester está la Conferencia de la Haya y la Conferencia Interamericana)

El órgano supremo es la Asamblea General, representando a todos sus miembros; ésta nombra un Consejo Directivo, de 25 miembros, a la que deben rendir cuentas, también se inserta en su estructura organizativa y funcional un Secretario.

Se observa la crisis del convenio, los estados no son propicios suscribir convenios por eso el Instituto, se ha dedicado a todo tipo de técnicas, leyes modelos, soft law, etc....

Balance de la labor realizada por UNIDROIT:

–en primer lugar, la labor realizada en materia de compraventa internacional de mercaderías. Prepara dos convenciones sobre formación del contrato. Fueron aprobadas en la Conferencia que hubo en la Haya (no confundir con la Conferencia de la Haya) en 1964. Tuvo participación decisoria don Federico de Castro, junto con un profesor Mexicano, Jorge Barrera. Estos convenios no tuvieron éxito en cuanto a adhesiones, pero 2 años después se creo la UNCITRAL y los recogió, en definitiva, fueron el sustrato de la Convención de 1980 sobre Compra–Venta internacional de mercaderías.

–otra actividad, es el intento de unificar 2 contratos clásicos que han estado separados en un modelo: el contrato de servicios y mercaderías serán la base para crear el llamado contrato Leasing, que permite al profesional utilizar económicamente bienes de capital a cambio del pago de un alquiler con la posibilidad de adquirirlos a precio establecido de antemano. Hace funciones de préstamo e instrumento de financiación, y permite otro acceso a los recursos.

También recoge el contrato llamado de Factoring, una empresa con acreedores necesita financiación a corto plazo, contrata con empresa financiera para que cobre los créditos a cambio de una comisión.

Son instituciones del mundo anglosajón, y han dado lugar a varios convenios, por ejemplo de 28 de mayo de 1988 en Ottawa. No ha tenido gran éxito porque pocos estados lo han suscrito: se reacios a suscribirse, y la forma adoptada no ha tenido gran aceptación. A pesar de ello, los estados toman como referencia, en última instancia, a los dispuesto en esos convenios.

–otra actividad es el tema de garantías, leyes modelo, guías jurídicas...

Se trabaja en la elaboración de Reglamentación Uniforme relativa a las garantías que gravan los equipos móviles que se desplazan de un país a otro en el curso normal de los negocios.

–hay otras actividades de menor entidad:

–la atención al transporte de mercaderías por carretera.

–la franquicia internacional. Guía jurídica.

–ha emprendido una labor de unificación de los procedimientos civiles, buscando una congruencia entre el anglosajón y el continental.

–sobre el comercio ilícito de obras de arte que pertenecen al patrimonio artístico. La UNESCO ha tratado esta materia, junto con el propio UNIDROIT.

La actividad mas importante de UNIDROIT es:

Las dos obras son los PRINCIPIOS UNIDROIT sobre Contratación Internacional. Abandona la técnica del convenio y concluye en dos instrumentos de referencia:

–la Convención de Viena de 1980 sobre compra–venta de mercaderías

–los Restatements americanos, elaborado por el American Law Institute, donde se extraen principios que regulan los contratos.

Todo esto ha dado lugar a los PRINCIPIOS UNIDROIT, de su estructura podemos distinguir un preámbulo en el que se explica cual es su función, para que sirven: para inspirar a los legisladores cuando creen principios, para los jueces para interpretar, a las partes para negociar, etc.

Estructurados en 119 artículos comentados a los que se incluyen ejemplos y forman parte integrante de los mismos con 7 Capítulos, y disposiciones generales sobre formación, validez, interpretación, cumplimiento del contrato..

Esta tecnica ha inspirado la labore que se desarrolla en la UE, sobre contratación internacional, lo que demuestra la vitalidad de esta actividad, desarrollada en la UE como alternativa a la reglamentación.

Estos principios son los instrumentos esenciales del Soft Law. Hay estados en los que son leyes de arbitraje prevén la posibilidad de que los árbitros apliquen estos principios, alejándose de una ley nacional determinada.

Principios unidorit:

Es una institución prácticamente desconocida en España. El hecho del desconocimiento es porque su labor ha sido tónica de triados con sus inconvenientes: se codifica algo restringado y los estados no se incorporan a los mismos.

Hasta que cambio su política y empezó a trabajar sobre unos principios de contratos de comercio internacional, en el año 71, con la inspiración de los restatements americanos, tenia la ventaja de superar el antagonismo del common law y los sistemas de derecho civil. Si la convención de Viena restringió las materias abordadas., por la reticencia de los estados, para evitar esto los principios tienen una dimensión de generalidad

El resultado de los trabajadores, dio una publicación en el año 1994. Quienes lo redactaron fuero expertos de derecho comparado y expertos en derecho del comercio internacional.

Su pretensión:

a) orientar a las partes ala hora de la legación y reducción del contrato.

b) B) auxiliar al juez y arbitro, suministrando un instrumento que sea eficaz a la hora de fundamentar su decisión.

c) C) imperar a las legisladores nacionales y a los operadores económicos internacionales en el ámbito de la autorregulación.

d) Desde esta ultima perspectiva citaremos tres exponenetes:

1– Ley Panameña de 1990 sobre arbitraje, en su articulo 27 se dice que el tribunal arbitral, apreciara las estipulaciones del contrato, teniendo en cuanta los usos del comercio y los principios unidorit.

2– El contrato modelo de la CCI, sobre intermediación internacional. Art. 13 Párr. 1º, establece una conexión con los principios unidorit.

3– Contrato modelo sobre venta comercial internacional de bienes perecederos, establecido en el marco de la UNTAC

Los principios están traducidos a 13 lenguas, estructurado con un Preámbulo y 7 títulos, con disposiciones generales, y 119 artículos.

Desde 1997, se establece la comisión revisora de los principios que tratan de elaborar una segunda versión incorporando otras materias, como agencia, limitación de acciones, contrato en beneficio de tercero, presidido

por Borrell y estos principios no solo se relacionan directamente con los restatements, sino que han sido utilizados dentro de las opciones que están realizando la UE, no en vano, los principios de derecho europeo de los contratos, elaborados por Lando, están relacionados con los principios unidroit.

Desde su aceptación, todavía esta por cerrar el debate doctrinal en torno a la codificación y descodificación. Hay dos posiciones enfrentadas, una conservadora, y otra que tiende a eliminar este instrumento.

Esta técnica produciría un cambio en las obligaciones y contratos. Fdez. Rozas la dogmática jurídica hace que el estudio del contrato parezca Hª del arte y no estudiamos como se hace un contrato, no hay una dimensión. El condicionamiento de un código condiciona la enseñanza.

UNCITRAL: nace en un momento hijo de su tiempo, 1960, por dos circunstancias: el régimen normador del convenio estaba monopolizado por los países de economía de mercado que estaban estructurados en un acuerdo genial, y en 1960 se produce la descolonización y aparece un estado nuevo, sin intereses en asumir un derecho en cuya elaboración no han participado; los países del este abandonan su posición cerrada y se incorporan al comercio internacional general y reclama normas que se adapten a sus circunstancias.

Se crea dentro de UN, una comisión especializada para codificar el derecho mercantil internacional.

Ya había otras comisiones y organizaciones que tienen textos internacionales, donde participan otras comisiones regionales, año 1958 convenio de NY y 1961 convenio de Ginebra, las dos sobre arbitraje, cuya evolución y desarrollo se incorporan al sistema de la UNCITRAL.

La UNCITRAL causó opresión en España, afectó tanto a profesores de internacional privado y a los de derecho mercantil, que no había acuñado el término internacional.

Cuando se creó UNCITRAL se nombra a Garrigues, y se empieza a escribir artículos sobre la dimensión internacional sobre el derecho mercantil, hasta que en 1963, Gondra publica un artículo importante.

La UNCITRAL, están representados estados, que son 70 miembros, con sede en Viena, Secretario General y reuniones plenarias sucesivas.

El mérito de la UNCITRAL, a diferencia de la Conferencia de la Haya, donde hay muchos profesores, bebe de la práctica donde hay una calcificación de instituciones de las que toma el sustrato para la codificación, no es una codificación en el vacío. Técnicas de reglamentación sufren evolución, del convenio se pasa a técnicas del soft law, que caracteriza la obra de UNCITRAL.

En cuanto a los sectores donde desarrolla su actividad, podemos afirmar que en la Compraventa internacional de mercaderías se elaboró en 1974 un convenio sobre prescripción en materia de compraventa de mercaderías, su texto más importante es la Convención de las UN sobre Compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (de la que forman parte casi todos los estados del mundo) que junto con la Convención de 1958 de NY, es el instrumento más importante de creación internacional. Establece normas uniformes: cuando el Estado se incorpora, no lo regulará por el derecho interno.

Elección de materias.

En la materia elegida para codificar no hay protagonismo del estado, sólo de los representantes de los estados que están en la Asamblea, el protagonismo es de la sociedad de comerciantes, lo cual hace que nos enfrentemos a temas muy sofisticados.

Francisco García Martín escribió un trabajo refiriéndose a qué grupos de empresas buscan el foro que les interesa para codificar una materia y cuánto pagan por ello.

En la UNCITRAL existe una relación directa entre la autorregulación y lo que se unifica en la UNCITRAL. La UNCITRAL no ha emprendido una unificación global, no pretendía un código, sino que ha seleccionado temas concretos. Hay 7 u 8 materias sobre las que presta atención.

En las técnicas de codificación, el convenio se ha ido desplazando a técnicas de soft law, leyes modelo, etc. La 1ª Rúbrica se refiere a la compra-venta internacional de mercaderías. Se inició a través de la Convención de 1974.

Pero el texto fundamental es la Convención de N.U. de 1980 que refleja

claramente que cuando los intereses son contrapuestos se reduce la materia, se deja, se hace una exclusión de materias y se dejan fuera del convenio problemas jurídicos donde no hay consenso. Excluye: subastas, c-v de títulos valores y la c-v de electricidad.

El TJCE dictamina que si se trata de mercancía para con un régimen particular, lo importante será la distribución, que no está nacionalizada.

También se limita a regular la formación del contrato, obligaciones del comprador y vendedor. Las partes voluntariamente pueden excluir el contrato de la convención.

La noción de internacionalidad de la c-v es intrínseca a la convención, que la define a través de 2 elementos cuando el comprador y vendedor tenga el establecimiento en distintos países siempre que ambos sean parte, o cuando la ley designada por Ali partes (autonomía conflictual) remita a un país que sea parte de la convención.

Siempre hay que ver la confluencia entre Common Law y derecho escrito, es el instrumento de mayor influencia entre ambas familias jurídicas.

La 2ª rúbrica se refiere al derecho marítimo. La UNCITRAL trabaja aquí

con el comité Marítimo Internacional y con la Conferencia de las N.U. para comercio y desarrollo (UNCTAD). El texto fundamental es de 1978 y se hizo en Hamburgo. Su contenido trata sobre el transporte de mercaderías, y son Las reglas de Hamburgo

La doctrina española discute más sobre qué aplicar. La UNCITRAL no ha logrado eliminar las materias sectoriales.

3ª Rúbrica: el arreglo de controversias.

La UNCITRAL incorporó el Convenio de NY de 1958 sobre aplicación y ejecución de sentencias extranjeras suscrito por más de 100 países. Es un convenio universal, y hace que sustituya la legislación interna, tiene cláusulas erga omnes y hay una gran variedad de jurisprudencia.

En España, el 14 de febrero de 1981, el TS dicta un auto aplicando el convenio, y hasta la fecha hay más de 100 trabajos comentando el auto.

Ha elaborado 2 textos en materia de arbitraje:

a.- Reglamento UNCITRAL: reglamento modelo para administrar. Cuando las partes deciden que el arbitraje no sea administrado, es decir, incluyen reglamentación ad hoc, es frecuente incorporar la cláusula: cualquier controversia se dirimirá por árbitros nombrados por las partes, que aplican el reglamento

UNCITRAL.

Se incorpora por referencia de reglas procesales que están en el reglamento UNCITRAL.

Es referencia obligada, una pieza maestra de la lex mercatoria

b.- Ley modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial. Elaborada en Viena e 1985, no ha sido recogida en su totalidad en las leyes de arbitraje hechas con posterioridad, aunque algunos los han incorporado íntegros. España, en la Ley

60/2003 de Arbitraje, frente a la del 88, incorpora una gran parte de la ley modelo.

Se están abriendo campos alternativos al arbitraje, como son los procedimientos privados, por ejemplo, conciliación y mediación, que hoy en día plantean problemas para aplicarse a la mentalidad europea.

En la CE está previsto la ADR (remedios alternativos para controversias).

La UNCITRAL elabora una ley modelo de conciliación de 2002. se pone en marcha con la confianza de que los países la vayan incorporando, como

complemento al arbitraje, no com alternativa.

Otro sector es la contratación pública. Hay una ley modelo que ofrece garantiza a la intermediación cuando ésta se realiza en el sector público, previendo la corrupción. Esta ley modelo se completa con otros instrumentos.

Establece la posibilidad de licitación de expediente administrativo, establece códigos generales.

El arreglo de controversias plantea particularidades porque la norma es que conozca la jurisdicción administrativa, pero plantea otras vías que ahcen que las apartes puedan acudir al arbitraje.

Otra sección son las garantías, y otra los pagos internacionales (son otras rúbricas).

21-4-04

PROCESO DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DE LA UE.

En la doctrina española y sobre todo civilista, se ha abierto un nuevo debate que gira en torno a la existencia de una tradición histórica común en la UE desde el punto de vista del derecho privado.

Es una búsqueda de una familia jurídica en Europa, y, por tanto, a partir de esta hipótesis se han escrito numerosos libros que parten del dato histórico. Son aportaciones valiosas pero interesadas, Hay que partir de otro dato sin desdeñar la historia; el punto de partida es la creación de la UE.

Creación de la UE: es el punto de partida. Los tratados constitutivos de las comunidades europeas abrieron relaciones nuevas, peor en lo que más tarde sería el círculo comunitario había antecedentes de unificación, todos los países de la UE eran parte de la Conferencia de la Haya de DIPrivado y habían colaborado en la unificación.

Todos los países de la UE eran miembros del Consejo de Europa y de la UNIDROIT, por lo que había una

experiencia codificadora importante.

La Comunidad Europea poseía entre sus inicios una vocación integradora de los Estados miembros, contaba con una estructura de poderes que tenía la virtud de solventar los problemas que se producían. Poseía amplias competencias en política exterior y, sobre todo, desde sus orígenes la Comunidad Europea era productora de un ordenamiento jurídico que tenía como virtud su aplicabilidad directa en los estados miembros.

A partir de la existencia de un ordenamiento jurídico propio pusieron en marcha una serie de desarrollos normativos en materia de política de la competencia que ha ido constituyendo el derecho material comunitario que se produce por la propia comunidad.

Hoy día cabe hablar de un derecho laboral comunitario, hay un derecho fiscal comunitario y existe un DIPrivado comunitario.

Derecho Mercantil Comunitario:

Lo que tenemos que determinar es si existe un derecho mercantil comunitario regulador de las relaciones transnacionales, que se producen en el interior de la comunidad y establecer cuál es su contenido.

Esta construcción del Dº Mercantil comunitario parte de esta idea de tradición histórica común.

Existen conjunciones inferiores pero que se basan en lo que se denomina derecho de sabios en el derecho alemán.

Hay que partir de los desarrollos sectoriales de la comunidad Europea y luego hay que ir a una construcción global.

Tipos de desarrollos sectoriales de la UE:

1.- Derecho de los Contratos: al constituir el derecho de obligaciones y contratos, la comunidad dedicó amplia diversidad normativa para regular este sector. Al efecto creó en 1982 la Comisión Europea de derecho contractual con el fin de llegar a una unificación de ese sector.

La actividad normadora no ha tenido un alcance global, limitándole el legislador comunitario a reglamentar sectores concretos de los contratos, evitando entrar en una unificación con profundidad. Contamos con un número elevado de Directivas y Reglamentos que se han compendiado.

Esto incide en los seguros, publicidad, en contratos negociales fuera de establecimientos comerciales, etc. Es decir, nosotros podemos extraer un conjunto disperso de Directivas y Reglamentos que podemos agrupar teniendo una manifestación de dº material de contratos pero no hay un cuerpo único, pero existe.

2.- Derecho de ordenación del mercado: la característica de la UE es la existencia de una ordenación propia del mercado y la existencia de una autoridad vigilante y de un mecanismo judicial que resuelve las impugnaciones contra las medidas adoptada por las autoridades comunitarias en materia de mercados.

Los destinatarios sobre las normas del Dº de la competencia no son sólo los Estados, sino que las normas comunitarias de ordenación del mercado se dirigen directamente a los particulares.

Cuando se produce por parte de las empresas una vulneración de las normas de competencia, no sólo queda afectado el mercado nacional, sino que puede quedar afectado el mercado comunitario imponiendo las autoridades comunitarias las sanciones correspondientes (Teoría de la doble barrera).

La misma actividad puede ser enjuiciada por el estado y por la comunidad europea, pero si la conducta afecta al mercado comunitario se aplican las normas comunitarias, y si no, se aplican las normas nacionales (principio non bis in idem).

El servicio de defensa de la Competencia, si considera que hay indicios de vulneración del mercado remite el expediente al Tribunal de defensa de la Competencia que examina y dicta una resolución que puede impugnarse por un recurso ante la jurisdicción contenciosos-administrativo.

Si el S.D.C. detecta que la conducta de la empresa afecta al mercado comunitario remite el expediente a la Comisión de Defensa de la Competencia, que puede abrir un expediente a empresas de un determinado empresario o remite el expediente a la Comunidad Europea.

Este expediente adopta forma de resolución. Si la conducta está dentro de la UE la persona afectada puede acudir al tribunal de 1º instancia y puede ser objeto de recurso de casación ante el tribunal de justicia europeo.

El TC rompió hace 3 años el principio de unidad de mercado considerando que había mercado dentro de la Comunidad Europea, lo que obligó a modificar la ley de Servicio de Defensa de la Competencia para establecer órganos propios de la CCAA (por tanto, hoy hay triple barrera).

Cuando las conductas afectan al mercado comunitario hay unas sanciones específicas que afectan al derecho administrativo y a derecho mercantil. El derecho administrativo es todo el régimen de ayudas públicas, no se pueden dar ayudas públicas a empresas. Si la conducta se hace fuera de la comunidad pero afecta al mercado comunitario se abre expediente dentro de la comunidad y la eventual sanción tiene eficacia extraterritorial.

27-4-04 (sustituto).

ARMONIZACIÓN DEL DERECHO BANCARIO EUROPEO.

El derecho de armonización del derecho europeo pasa por 2 formas:

- 1.- reglamentos emitidos normalmente por el Consejo con efecto inmediato en los países miembros.
- 2.- Directivas: no tiene efecto inmediato, sino que sirven como de entramado orientativo que establecen bases mínimas para lograr la armonización del derecho europeo.

Los pilares del mercado común son las 4 grandes libertades:

- 1.- Libertad de movimiento de mercancías.
- 2.- Libertad de movimiento de servicios.
- 3.- capitales.
- 4.- personas.

A raíz del Tratado de Roma se avanza más y en los años 80 se crea el mercado único. Estas 4 libertades son el fundamento básico.

En cuanto a los derechos bancarios de Europa, la libertad que interesa es la de movimiento de capital y libertad de servicios. La prestación de servicios y derechos de establecimiento es fundamental. A raíz de la creación del Mercado Común en la Unión Europea, si no hubiera prestación de servicios y derecho de establecimiento y no se pudiera dar posibilidad de movimiento de capital de un país a otro, no podría darse la

armonización.

A partir del año 77 se da la Directiva de Armonización de disposiciones administrativas legislativas y reglamentarias, relativas al acceso de la actividad a las entidades de crédito y el ejercicio de dicha actividad.

Las directivas relevantes son:

- 1.- Directiva 77/780, que marcó una época y dio impulso significativo a la armonización.
- 2.- Directiva 89/664, que trata también de lo mismo, armonización de disposiciones administrativas y reglamentarias relativas al acceso de la actividad de las entidades.
- 3.- Directiva 2000/12. Al principio repite los mismos prólogos de armonización y lo que hace es poner al día el sistema armonizador de derecho privado. Establece métodos para saber la ley que se ha de aplicar:
 - a.- Señala qué ordenamiento jurídico es estable para situaciones con elementos internacionales.
 - b.- El método de unificación: así no hay que averiguar primero el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de armonización del derecho podemos acudir directamente a esa norma.

A raíz de la Unión Europea en muchos campos del derecho se produce el fenómeno de la armonización. Se exigen requerimientos más fuertes que los comprendidos en las directivas, dándose la transformación de normas internas.

PREVENCIÓN DE BLOQUEO DE CAPITALES.

Es fundamental que las entidades financieras estén en alerta para no ocultar el origen ilícito y la creación de un nuevo sistema.

Los elementos que regulan las directivas son:

- 1.- Entidad de crédito: tiene como elemento fundamental que puede recibir del público fondos en forma de depósito u otra manera siempre reembolsable y subsiguientemente la concesión de créditos por cuenta propia. Esto es un depósito irregular. El hecho de recibir un depósito es lo que califica a una entidad de crédito.
- 2.- Entidad financiera: se diferencia de las anteriores en la recepción de depósitos.

La Directiva se preocupa de dar definiciones, tratan de establecer las condiciones de acceso.

El pasaporte comunitario se refiere a que cuando una entidad se crea en un país tiene la posibilidad de paso por el resto de los países comunitarios.

Normalmente se exige un capital mínimo de la entidad, por ejemplo, para el caso de que a la entidad bancaria no le devuelvan los préstamos.

A parte del capital debe haber al menos 2 responsables de dicha entidad y haber vigilancia sobre los accionistas:

Supervisión prudencial posterior: la realizan las autoridades del estado donde se ha constituido la entidad.

Coeficiente de solvencia: para solventar pérdidas.

También hay 2 directivas: a) 2000/46; y b) 2000/28. Ambas se refieren a entidades emisoras de dinero electrónico.

Respecto al Blanqueo de Capitales, hay 2 directivas fundamentales: a) 1991/308; y b) 2001/97.

Ambas directivas tratan de evitar que se utilice el sistema financiero para blanquear fondos, para convertir en limpios fondos que vienen de actividades ilícitas, esto se hace a través del control de entidades financieras.

Estas personas son también: notarios, abogados, contables, asesores fiscales, casinos, joyeros, etc. que en virtud de la Directiva 2001/97 de 4 de diciembre tiene que cumplir determinados requisitos para el manejo de fondos.

Los requisitos que deben cumplir son: identificación de personas, conservación de todos los documentos de transacciones por al menos 5 años, información a iniciativa de las propias entidades a las autoridades competentes de cada país sobre transacciones que parezcan sospechosas, formar adecuadamente a sus empleados y entidades.

El blanqueo de capitales supone la conversión de bienes que proviene de actividades ilícitas. **3-5-04**

SECTORES.

Existen Muchos sectores, como el bancario, el de seguros y el de derecho de consumo.

Estamos ante el umbral de una nueva etapa del derecho de sociedades con la creación de una Sociedad Europea.

El derecho del consumo que se ha producido en la UE ha condicionado todas las disposiciones.

El derecho de propiedades especiales en la UE supone una triple protección (nacional, internacional y comunitaria), es decir, un derecho que cubra al beneficiario.

En estos momentos hay esfuerzo hacia la unificación laboral en el ámbito comunitario, la unificación jurídica. En España hay una importante polémica.

Un mercado común debiera aportar un mercado jurídicamente unificado que posibilite el ejercicio del comercio eliminando los obstáculos jurídicos y los conflictos de leyes derivados de la diversidad normativa. El Mercado Común Europeo no es simplemente un mercado común, sino que es también una zona del planeta donde se ha realizado un importante esfuerzo para lograr, para hacer desaparecer la diversidad legislativa y los desarrollos sectoriales (seguros, bancos, consumo...) dan una idea de los resultados alcanzados.

Pero junto a esto se ha operado últimamente la necesidad de una unificación jurídica global del derecho privado cuyo origen es una resolución del parlamento europeo de 26 de mayo de 1989 relativa a un esfuerzo de aproximación del derecho privado de los estados miembros conocida como 1ª Resolución de unificación de derecho privado.

En este texto, el entendimiento era la relevancia de la armonización de determinados sectores del derecho privado con el objetivo de la realización del mercado interior, y en este texto, el parlamento europeo, bajo la presidencia de Ana de Palacio (en aquella época solicitaba la iniciación de trabajos preparatorios para la iniciación de un Código de Convenio Común, invitando a los estados miembros para reflexionar sobre esta cuestión).

También se solicitaba la creación de una comisión que llevase a cabo un estudio preliminar en la materia a la

vez que se insistía en la necesidad de promover centros de estudios de derecho comparado.

Otro hito importante del proceso iniciado en el 89 fue un documento de trabajo sobre el acercamiento del derecho civil y mercantil de estados miembros presentado por LEMNE a la comisión europea del año 2001. En este documento se partía de las directivas existentes de todo lo realizado con carácter sectorial y se proponía un plan de acción en la materia.

Entre este periodo (89 y 2001) es importante saber que el Consejo Europeo de Tampere (Finlandia), tomó ahí un Capítulo VII dedicado a una mayor convergencia de los derechos civiles y mercantiles de los estados miembros, en cuyo art. 39 se hablaba de la necesidad de un estudio global para aproximar los estados miembros en materia civil y mercantil eliminando obstáculos de procedimientos civiles.

A partir de aquí el consejo solicitó a la comisión que procediese a un estudio general que debería contenerse, bien en un libro verde o blanco (que son los de fomento que prepara la Comisión para su posterior desarrollo).

La Comisión respondió a este encargo a través de una comunicación que se publicó en julio de 2001 donde se analizaban los obstáculos en presencia. Es un estudio importante.

Valorados los textos se hacían propuestas:

- 1.- No realizar ninguna materia, es decir, no hacer nada dejando al mercado la tarea de aproximar las legislaciones (continuar con el desarrollo sectorial de la unificación), basándose en el principio pacta sunt servanda y el principio de libertad contractual.
- 2.- Redactar una serie de principios comunes a partir del examen de todas las legislaciones de países miembros. Son principios comunes sin carácter vinculante, pero útiles para fomentar la convergencia de los derechos de los estados miembros.
- 3.- Mejorar la calidad de la legislación existente en los estados miembros a partir de un proyecto de simplificación legislativa y administrativa en el mercado interior.
- 4.- Promulgación de una auténtica legislación comunitaria que cubriese los ámbitos implicados excluyéndose como técnica legislativa los convenios internacionales.

La Comunicación consiguió sus propósitos en ordena a forzar sus debates que condujo el ámbito de la unificación al derecho contractual. La comunicación podrá, con carácter general, que todos los sectores interesados le remitiesen sus opiniones sobre las alternativas planteadas. Se recibieron entonces muchas comunicaciones., así, se pedía con carácter público que los sectores implicados contestasen.

Recibidos todos los materiales, el parlamento europeo aprobó la 3ª resolución relativa al acercamiento del derecho civil y mercantil de los estados miembros.

El Parlamento lamentó que se fuera por un camino fácil, excluyendo una unificación global. Luego se animó a seguir por la vía contractual y posteriormente, el 18 de julio de 2002, el pleno del Consejo Económico y Social aprobó, con 114 votos a favor, 3 en contra y 3 abstenciones, un dictamen sobre derecho contractual donde se parte de la idea de que un Código Mercantil Comunitario sigue siendo una quimera donde se ponen de manifiesto todos los fracasos a los que ha llevado la unificación del derecho mervantil y manifiesta su tendencia a limitar la unificación al derecho de los contratos.

El resultado fue el denominado Plan de acción de la Comisión Europea: **Por un derecho contractual europeo más coherente**, aprobado en 12 de febrero de 2003.

Dicho plan mantiene el carácter consultivo de las iniciativas anteriores, pero las cuestiones se centran en 2 bloques:

- 1.- La armonización terminológica.
- 2.- En orden a las implicaciones de la unificación en el Mercado interior.

A partir de aquí, comienza el abandono de la técnica seguida hasta la fecha en la UE que era la de eliminación de los conflictos de leyes.

Hasta este momento la UE sólo había prestado atención a la unificación del DI Privado. La idea de derecho comunitario es la de establecer una unificación de conflictos de leyes partiendo de la diversidad de legislaciones. A esto obedece el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a obligaciones contractuales, y éste convenio se está convirtiendo en Reglamento en este momento.

Se abandona por 1º vez la teoría de solución para conflictos de leyes y se busca una solución de armonización.

La 1ª acción adoptada se basa en principios comunes, en la experiencia de la UNCITRAL, es en torno a la unificación del derecho europeo del contrato: Principios Europeos del Derecho Contractual. Para ello ya había experiencias porque paralelamente se había constituido una comisión ad hoc que reunió a 20 expertos europeos que llegaron a terminar en 2001 los denominados Principios europeos de derecho de los contratos
4-5-04

En ciertas instancias europeas se había asistido a iniciativas privadas hacia una unificación global, porque hasta la fecha tenemos unificaciones sectoriales.

En Europa no hay coherencia, coordinación en cuanto a la unificación (por ej. sector bancario por un lado, el derecho de sociedades por otro, etc). Se trata de buscar un sistema armonizado.

El Parlamento Europeo no es el órgano legislativo, sino que lo es el Consejo.

Las iniciativas que salen de la Comisión han tenido interés, pero se han ido decantando hacia la unificación de los contratos.

Unificación del derecho de los contratos.

Está ahora abierta a discusión la alternativa a esta técnica y lo que se observan son distintos momentos.

Los principios europeos sobre derecho de los contratos publicados en 2001 en versión completa se realizaron paralelamente a la obra UNIDROIT. Muchos de los redactores de principios UNIDROIT también lo fueron de los principios de derecho europeo de los contratos.

Esta técnica de codificación presenta varias **ventajas**:

- a.- Es una actividad de otros esfuerzos dados en el mundo y llegan a grandes resultados como los RESTATEMENT americanos o los principios UNIDROIT.
- b.- Esta técnica permite la aproximación de países continentales y anglosajones porque es un carácter mixto.

Al igual que los principios UNIDROIT, los principios de derecho europeo de los contratos tiene 3 **objetivos**:

- 1.- Al incorporar reglas fundamentales del derecho contractual para Europa se pueden aplicar cuando las

partes se refieran a ellas como derecho aplicable: art. 1101.2. Es decir, si en el contrato no hay la designación de una ley, son de aplicación los principios, olvidando el art. 14 de la Convención de Roma.

La autonomía de la voluntad permite, además, que las partes designen los principios, es decir, a la *lex mercatoria*, y a esto debe añadirse que paralelamente a esta iniciativa hay plasmados en textos legales comunitarios referencias expresas a la *lex mercatoria*.

El Reglamento de Bruselas permite que para determinar la autonomía de la voluntad de las partes para someterse a un tribunal sirvan los usos de la *lex mercatoria*.

Existen 2 preceptos del Convenio de Roma: a) el art. 3 referente a la designación de la ley aplicable; y b) el art. 4 que se refiere a la designación supletoria si no hay autonomía de la voluntad expresa.

2.- Los principios tienen pretensión de servir de inspiración a las leyes que se hagan en Europa. Por tanto, tiene contenido de ley tipo.

3.- Su aplicación es pertinente para llenar las lagunas que ofrezca el derecho designado por las partes en el contrato.

Desde el punto de vista formal los principios que se estructuran en artículos son amplios y se deben interpretar atendiendo a su finalidad y no restrictivamente. Su ámbito es europeo, rigiendo sólo en las relaciones contractuales que se susciten en la UE.

Dentro de las ventajas señaladas debe añadirse que hay una correspondencia directa entre el contenido del principio y otros instrumentos internacionales en la materia, señaladamente la Convención de Viena de 1980 sobre compra-venta internacional de mercaderías.

La formulación de principios es importante para estas personas porque la interpretación si no se hace dentro de un sistema consolidado da una gran dosis de inseguridad (son críticas que se dan al modelo).

Por eso, junto a estas tendencias se ha abierto un gran debate. Frente a la iniciativa Lando hay otro grupo contrario: Grupo de estudio sobre C.C. Europeo, creado sobre la Conferencia internacional que tuvo lugar en la Haya bajo el ministro de justicia irlandés (esto último fueron un grupo de amigos con 30 miembros estructurados en grupos de trabajo).

El Parlamento europeo encargó a este grupo la preparación de un eventual C.C. Europeo. El resultado fue un estudio de 1999 sobre sistemas de derecho privado y las distintas variedades que hay en C.C. europeos con el fin de llegar a un texto uniforme.

El problema es que abarcaría este C.C., y se hablaba 1º en todo el derecho de las obligaciones (contractuales y no contractuales). Hoy se debate sobre una codificación.

Son instituciones que provienen de estos modelos y hay resistencia a ello. En Valencia se dio un seminario sobre ello en la revista de derecho patrimonial, donde hay un número especial que recoge la sesión de Valencia.

Así, hay una iniciativa de C.C., y, junto a ello, hay un Código Europeo de contratos, es decir, el Grupo Pavía o Grupo Gandolfi, que nace en 1992 un convenio europeo de contratos (un anteproyecto). Este grupo fue presidido por el español José Luis de las Mazas.

Por el momento se ha elaborado el Libro I con 173 art. y comprende lo que llamamos Teoría general del Contrato, es decir, la parte general del derecho de obligaciones.

Se estructuran los 173 art. en 11 títulos: disposiciones preliminares; formación del contrato; contenido; forma; interpretación del contrato; efectos del contrato; cumplimiento; incumplimiento; cesión; extensión y anomalías del contrato.

Pero este no es el único texto que hay, aunque sí el más utilizado en España.

5-5-04

Hay otro proyecto patrocinado por el profesor Handius y se establece un modelo de CC basado en el CC holandés. Hay un predominio de un código que se quiere hacer valer.

Sánchez Lorenzo ha escrito un artículo contra el CC Europeo, que comienza negando cualquier precedente histórico de este código, lo cual es una materia polémica.

Desde el punto de vista jurídico o competencial no hay competencia de la UE para unificar el CC (la UE no tiene competencia para unificar el CC).

Por eso, volvemos a la sectorialización de los contratos, para evitar este inconveniente competencial. Se codifican determinados sectores de los contratos.

Un **balance general** implica que los principios no son tales porque la supletoriedad de los mismos no es especialmente nociva, y el hecho de que sean fuente inspiradora tampoco es nocivo. Estos principios coexisten con las técnicas nacionales.

Una faceta interesante que podría desempeñar la UE es la idea de elaborar modelos contractuales porque pueden contribuir a unos contratos donde se garanticen los equilibrios entre las partes.

La profundización de la UE a través del órgano que se crea participa en esta técnica que coexistiría con los principios.

Estamos en contra de un convenio europeo impuesto desde arriba.

COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS (por libro).

Uno de los objetivos armonizadores de la UE es frenar la dispersión y la atomización normativa en esta materia, en los últimos años se ha ido produciendo una cierta armonización en el derecho contractual, solo de forma parcial, ya que la diversidad de leyes dificulta la adaptación.

Hay una conciencia generalizada que la existencia de los códigos civiles estatales y la propia existencia del derecho internacional privado conforman una importante barrera hacia la integración.

Las disposiciones del C Roma 1980 sobre ley aplicable a relaciones contractuales, y las de la Convención de las UN sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, podrían constituir en el futuro un fundamento jurídico común, sin embargo, por sí mismas no podrían resolver por completo el problema de las relaciones jurídicas transfronterizas en el sector contractual, hasta la fecha, la comunidad europea ha aprobado numerosas directivas para la unificación de problemas puntuales en el ámbito del derecho privado, que tenían en la mayoría de los casos como objetivo, simultáneamente, la protección de los consumidores y la unificación de las condiciones de la competencia de los empresarios.

Por esta razón, determinadas ramas del derecho privado (en particular el contractual) han desarrollado normas comunes gracias a la armonización progresiva realizada a escala comunitaria.

La existencia del derecho contractual europeo supondría una referencia obligada para las futuras propuestas legislativas que incidiesen de una u otra forma en cuestiones contractuales y, en todo caso, tendría el efecto de aportar la necesaria certidumbre en la contratación, amen de reducir los costes de la transacción.

En los últimos años se registra un ambiente favorable a la construcción del derecho privado a partir de una supuesta tradición jurídica europea comúnmente aceptada y de la existencia de una serie de instituciones y de principios jurídico-privados coincidentes en las legislaciones del área considerada.

Los PECL tienen distinto alcance:

Incorporan reglas fundamentales y generales del derecho contractual para Europa que deben aplicarse cuando las partes se refieran expresamente a ellos a la hora de elegir el derecho aplicable.

Pueden servir de modelo para futuras leyes nacionales que se elaboren en el ámbito europeo.

Se supera la posición tradicional contraria a la *lex mercatoria*, que se recoge en el art. 3 del C Roma 1980 que permitía el empleo de la *lex mercatoria* para la elección de *l'fuero*, y no la admitía como derecho aplicable.

Los principios se estructuran por artículos a los que acompañan unos comentarios para su explicación; deben interpretarse y desarrollarse atendiendo a su finalidad y nunca de forma restrictiva o rígida. Su finalidad es la de servir de boceto para un futuro código civil europeo, pero mientras no se lleve a cabo, pueden aplicarse como parte de la *lex mercatoria*, compuesta por usos y costumbres internacionales, haciendo desaparecer la dualidad entre derecho civil y mercantil.

Se trata de una experiencia que se ajusta a los modernos planteamientos en orden a la reglamentación de los contratos y nos acerca a las soluciones adoptadas por el *Unidroit* y por los *Restatements* americanos. Por último hay que recordar la compatibilidad manifiesta de los PECL con los resultados de unificación puestos de manifiesto en el Convenio de las UN 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

Hacia un código de europeo de contratos de carácter global.

El denominado Study Group on European civil code fue creado en la conferencia internacional bajo la rubrica hacia un código civil europeo, que tuvo lugar en la Haya 1997 bajo los auspicios del ministro de Justicia Holandés, presidido por C. Von Bar. Se trata de una agrupación de carácter científico e independiente de los estados.

De acuerdo con este estudio, el ámbito de armonización se extiende al derecho de obligaciones, a algunos sectores de los derechos reales (derechos mobiliarios de garantías, y figuras como el *trust*); derecho contractual general, derecho de compraventa, de servicios, incluidos financieros y seguros.

Los trabajos deben encaminarse hacia la elaboración de un Código Civil Europeo comentado y completado por referencias detalladas de Derecho comparado.

En las alternativas a la unificación a partir de principios, destaca el Anteproyecto de Código Europeo de contratos, creada en 1992 bajo la iniciativa y coordinación del profesor Gandolfi y presidida actualmente por J.L. de los Mozos. Constituye una empresa de extraordinaria complejidad que ha tomado como punto de partida el Derecho comparado y ha tenido muy en cuenta los resultados alcanzados por el derecho uniforme en el sector, ha optado por establecer un Consigo de Reglas y no un Código de principios.

El proyectado texto insiste en las bondades de las respuestas otorgadas por codificación tradicional.

Al respecto señalan la inhabilidad de la Convención de Roma de 1980 para resolver cuestiones contractuales y

a una notable dosis i de discrecionalidad en los jueces que es susceptible de producir importantes incertidumbres jurídicas.

DE CLASE: LA REGULACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL COMERCIO ITNERANCIONAL.

Hay una diferencia entre el derecho civil internacional y el derecho mercantil internacional, en el primero no hay tendencia a la unificación, sino hacia el particularismo, este sector tiene asegura una jubilación, mientras en el derecho mer5cantil, si hay unificación, todos los países, tienen, en principio lamisca reglamentación, no hay diversidad, ni pro tanto se acude al derecho internacional privado.

Lo mismo ocurre con las propiedades especiales, tras la unificación de la OMC, a través del acuerdo sobre propiedad y la creación de la OMPI, hace que todos tengan la misma reglamentación,

En el sector de transportes, todos los países son miembros en Convenios a cerca de transporte de mercancías,

Sin embargo, hay otros sectores, donde la unificación es incipiente o no existe, es todavía necesaria la acción de normas de derecho internacional privado para afrontar el particularismo.

Desde un punto de vista de técnica jurídica, la norma de conflicto de Savigny, no se acomoda al derecho mercantil internacional.

Sánchez Lorenzo, hace un dialogo ficticio entre Tibaut y Savigny y decía el primero, que sino hay unificación habrá conflicto de leyes, con lo cual la norma de conflicto en materia mercantil ha de enterrarse.

Hay organismos dedicados a unificar, pero hay otras instancias que se decían a codificar como la Haya o la Interamericana con carácter residual, prestan atención a la codificación en derecho mercantil, los sectores mas implicados son contratos y títulos valores, todavía el particularismo obliga a utilizar técnicas de derecho internacional privado.

Estas técnicas suelen descansar en convenios, hay tendencia a la internacionalización de los textos. Dentro de los convenios hay que dedicar una especial atención y que afectan a la contratación internacional, el Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Este convenio, hoy en día se esta convirtiendo en Reglamento, hay una comisión trabajando para sustituirlo por Roma I, un proyecto que regula los problemas de ley aplicable cuando no haya regulación material.

En un primer momento, había un plan mas ambicioso que pretendía incluir también los problemas aplicables a la responsabilidad civil, sin embargo, las diferencias en esta materia, son tan acusadas que no hubo acuerdo en incluir esta materia. Hoy día si hay acuerdo en unificar, por eso se esta elaborando Roma II, incluirá las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales. A la espera de que se apruebe, es preciso señalar ciertas particularidades de este proyecto. Características:

=tiene carácter ergo omnes, en el momento que se incorporan se aplica el convenio y no las normas internas, no deroga, sino que prevalece, haciendo inaplicables los Art. 10.5 CC

=ámbito temporal, se aplica a los contratos suscritos con posterioridad a la fecha de entrada en vigor. El convenio no tiene carácter retroactivo.

=materias a las que se aplica: a todas las obligaciones contractuales, excluyendo las relacionadas a familia, estado civil y sucesiones; también las relaciones derivadas de títulos valores, todo el régimen de acuerdos societarios, también el régimen del convenio arbitral.

En cuanto a la designación de la ley, la regla general del convenio, establece la ley elegida por las partes, con total libertad, tenga o no relación con el contrato, hay que señalar la ley 60/2003 de Arbitraje, que deroga el art. 62 de la antigua ley y que restringía la autonomía de la voluntad. La autonomía permite fragmentar el contrato para someterlo a distintas leyes; y también permite que las partes puedan cambiar la ley designada en un momento, sin afectar a la validez del contrato, es decir, cambiar la cláusula.

El convenio habla de ley, no de derecho, la doctrina interpreta que habla de ley estatal, Art. 3 no permite acudir a la *lex mercatoria*, además dice que no se expresa, sin embargo permite la búsqueda de la sumisión tácita, el juez determina la voluntad presunta de las partes.. si no se puede determinar la elección, el art. 4 establece unos criterios dirigidos al juez que parten de el lugar de la prestación característica. (esto se podría eliminar aplicando los principios de derecho europeo.)

El convenio establece particularismo cuando el contrato exista una parte débil, en inferioridad de condiciones, ya que la parte fuerte impone la ley, se establecen unas variantes a través de conexiones de protección, dirigidas a consumidores y trabajadores, e implica que el consumidor podrá elegir la ley mas favorable para salvar la inferioridad.

- **LAS NORMAS DE CONFLICTO CLASICAS EN LA SOLUCION DE LOS PROBLEMAS DEL TRAFICO MERCANTIL INTERNACIONAL.**

- **pervivencia del método conflictual**

297. los empeños a favor de una unificación material de fondo, destinada a la construcción de un derecho sustantivo uniforme que supere la mera unificación de las normas de conflicto siguen constituyendo un proceso legislativo inacabado y sus resultados han de calificarse todavía como modestos.

La unificación material no implica que deban descartarse por completo las técnicas basadas en el conflicto de leyes. Las normas materiales reclamadas previstas en un convenio recibirán tratamiento en el foro como si fueran normas materiales de la *lex causae*; en este caso particular se imponen una serie de consideraciones adicionales, pues se requiere como presupuesto previo la observancia de criterios de aplicación establecidos en el propio convenio.

Desde el punto de vista de la eficacia, las soluciones conflictuales siguen desempeñando un papel relevante para cubrir las múltiples lagunas que ofrece el derecho uniforme y para resolver las situaciones en las que se producen insalvables divergencias interpretativas de dicho derecho por parte de los operadores jurídicos de los diversos estados.

El derecho uniforme se integra, pero no sustituye por completo, a las normas de conflicto que desempeñan un carácter complementario.

- **insuficiencia del método conflictual.**

298. debemos recordar que el método conflictual, entendido como aquel conjunto de normas que se limita a designar la ley aplicable a una determinada relación jurídica conectada con dos o mas ordenamientos jurídicos, ha mostrado cierta ineficacia en la resolución de los problemas del tráfico mercantil internacional. El conflicto de leyes siempre ha sido considerado con máximo recelo por los comercialistas y en particular, por los abogados prácticos. Se explica ya que el derecho internacional privado es altamente abstracto y académico, mientras que el derecho comercial es a menudo menos preciso, pero mucho mas vivo.

Otra buena razón para procurar resolver los casos sin recurrir a reglas de conflicto intermediarias: las normas de conflicto <nacionalizan> la cuestión al designar como aplicable a un determinado sistema jurídico interno. Gran parte de estas no fueron concebidas para aplicarse a situaciones internacionales, y el intento de resolver esa insatisfactoria situación motivo el desarrollo del derecho uniforme. En otras palabras: la consecución de

un texto de derecho uniforme no elimina la concurrencia del método conflictual, máxime teniendo en cuenta la escasez de resultados positivos.

299. la distinción entre <nacionalizar> la situación internacional e <internacionalizar> los sistemas jurídicos por medio de la armonización o de la unificación, se esta volviendo cada vez menos tajante.

Es cierto que las técnicas de derecho internacional privado basadas en la norma de conflicto se muestran a veces inadecuadas para regular las compleja cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional.

Todavía existen muchos sistemas nacionales, no solo de filiación anglosajona, donde la norma de conflicto es de fuente jurisprudencial, con la consiguiente incertidumbre que ello entraña. Esa incertidumbre se manifiesta también con la actual coexistencia de normas internas con tratados internacionales en un determinado sistema jurídico y la delicada operación de identificar, dentrote un determinado sistema, la norma pertinente a la transacción controvertida.

La propia situación del comercio internacional obliga a estimar la consideración del elemento internacional como una exigencia de justicia. No parece admisible la aplicación del CC español a contratos de servicios, internos o internacionales, por el hecho de que la norma este <localizado> el supuesto en España. El elemento internacional no desaparece por ello, y es necesario tenerlo en cuenta a la hora de dar respuesta jurídica.

300. por eso es menester marginar la técnica tradicional de la norma de conflicto a favor de la elaboración de normas materiales específicamente creadas para regular del comercio internacional.

- **ALCANCE Y PROBLEMAS DE LA CODIFICAICON INTERNAICONAL.**

- **unificación internacional de las normas sobre derecho aplicable a las transacciones comerciales internacionales.**

301. los mayores resultados alcanzados por la unificación del derecho se han producido cuando ha operado sobre la realidad mismo del derecho internacional privado, una técnica de reglamentación que constituye un instrumento muy importante para la solución de las situaciones privadas internacionales. El derecho uniforme se erige a partir de aquí como una opción funcional del derecho internacional privado en el terreno de los métodos de reglamentación. Incluso se ha llegado a incluir dentro del <contenido> del derecho internacional privado al derecho uniforme.

La unificación de un sistema de derecho internacional privado, implica la garantía optima de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supraestatales, dotándolas de mayor seguridad jurídica y facilitando al operador juicio la previsibilidad del derecho. La solución de problemas del trafico externo a través del derecho uniforme aparece pues como una respuesta material, casi siempre muy especial y, en todo caso, asentada en una larga experiencia jurídica.

302. la unificación jurídica ofrece ventajas para el comercio internacional, en este particular sector, hasta la fecha, el instrumento mas eficaz ha sido el convenio internacional. Sin embargo, la unificación de normas materiales de aplicación general ignora las diferencias conceptuales y metodologicas existentes entre las distintas legislaciones, cosa que no sucede si se recurre a técnicas conflictuales. La elección entre una u otra técnica esta en función de la disponibilidad de los estados para modificar sus ordenamientos. La tendencia a la materialización de las normas de derecho internacional privado sobre derechos aplicable no se acomoda con las

técnicas codificadoras tradicionales basadas en los convenios internacionales.

el supuesto carácter <neutro> de las normas de conflicto resultantes de una negociación convencional puede contribuir a desalentar a los estados hacia la incorporación del texto por no ver reflejadas en el sus propios

intereses.

- **conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado.**
- **conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. CIDIP.**
- **LA UNION EUROPEA Y EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PATRIMONIAL.**
- **comunitarización del derecho internacional privado.**

310. los avances más notables de la unificación jurídica europea se han producido en el marco del derecho internacional privado patrimonial, pues está claramente acreditado que los objetivos de armonización se materializaron a través de procedimientos normativos de poca relevancia para ese ordenamiento. La UE en tanto que resultado de la integración de los estados miembros, no podía sino estimular de forma enérgica el desarrollo coordinado del derecho internacional privado de dichos estados.

La vía utilizada ha sido la de los convenios internacionales al responder a la puesta en práctica y promoción de la propia política integradora.

Huelga decir el papel estelar que en el derecho internacional privado comunitario han ocupado tanto el C. Bruselas de 1968, para la competencia judicial y reconocimiento de decisiones, como el de Roma de 1980, sobre ley aplicable a obligaciones contractuales.

312. la institucionalización o comunitarización del derecho internacional privado comunitario, relegando la anterior fórmula de los convenios, presenta ventajas indudables: la adopción de la normativa institucional, impuesta <desde arriba>, evita los inconvenientes en el procedimiento de adopción de actos normativos que genera toda negociación convencional, con las consiguientes versiones sucesivas derivadas de cada ampliación comunitaria.

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, se abrió un período de 5 años, en el cual dicho procedimiento se basa en la decisión unánime del Consejo, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro. Tras este período, únicamente la Comisión conserva la iniciativa legislativa, si bien está obligada a considerar las propuestas preestrenadas por los estados miembros.

Ahora bien, la nueva competencia comunitaria se encuentra limitada por los Protocolos relativos a la aplicación del Tratado de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda.

El tratado de Ámsterdam y, en concreto, sus Art. 61. c) y 65 ha supuesto el cambio estructural más importante del derecho internacional privado de la Comunidad Europea.

313. a partir del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, aprobado en Tampere, se aprobó la creación de un título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados, entendiendo por tales aquellas situaciones en que un acreedor ha obtenido una resolución judicial contra el deudor o un documento ejecutivo que requiere el consentimiento expreso del deudor, ya sea una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva. Así podrá ejecutarse cualquier resolución dictada en un estado miembro en el llamado estado o miembro de ejecución.

- **ámbito del derecho primario y del derecho derivado.**
- **derecho aplicable a los contratos.**
- **la adopción de normas de conflicto uniformes como método eficaz.**

315. es una legislación caracterizada por su naturaleza coyuntural y poco coherente que reclama una coordinación eficaz, como elemento constituido de un mercado único.

La adopción de normas uniformes de conflicto de leyes para determinar el derecho aplicable a los contratos constituye un medio eficaz, aunque parcial, para ofrecer una mayor seguridad jurídica a los operadores en el mercado interior.

El empleo del derecho internacional privado en este sector tiene sus límites, el principio de la autonomía de la voluntad se ve limitado por disposiciones imperativas para garantizar la protección de los consumidores y de los trabajadores. Pueden surgir conflictos entre normas imperativas de las leyes de un país y normas imperativas inconciliables de otro derecho nacional.

316. el único modelo efectivo de unificación es la Convención de Roma de 19 de junio de 1980. se trata de un importante instrumento internacional de eficacia universal destinado al logro de la uniformidad legislativa en el sector. Se evidencian las pretensiones de sus redactores en convertirlo en un instrumento básico para las transacciones comerciales internacionales que refuerce, a partir de su carácter armonizador, la seguridad jurídica en sectores de inmensa trascendencia económica.

El alcance del Convenio de Roma no puede prescindir de la solución al problema crucial de la interpretación bifronte del texto. Tratándose de derecho convencional, sus normas no quedan sujetas a la interpretación del TJCE. Para dicha sumisión, se redactaron los Protocolos de interper5etaicon. Las jurisdicciones nacionales deben aplicar el convenio sin poder contar con la inestimable ayuda de la cuestión prejudicial.

- régimen general del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

317. diseña un auténtico sistema general uniforme sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, aunque su función o, al menos, su objetivo inicial, no fue este. Nacen como un elemento correctivo o de equilibrio del espacio judicial europeo.

Su origen revela que su adopción se debió más a la necesidad que a la posibilidad y que, funcionalmente, el convenio se integra como un texto orientado a la consecución directa de los fines del Mercado Único, hecho que no obsta a la naturaleza estrictamente convencional, no institucional, como fuente del Derecho, y sin perjuicio de una futura <comunitarización> por la vía del Art. 65 TCE.

Además de inspirar la reforma de diversas legislaciones estatales, ha influido notablemente en el Convenio interamericano de México de 1994, y se ha convertido, en una especie de *ratio scripta*.

No contiene más que una respuesta uniforme conflictual; unifica las reglas de derecho aplicable a contratos, excluyendo su aspecto material, sin embargo no quiere decir que carezca de determinadas orientaciones materiales.

Tiene una aplicación universal, resultando aplicable con independencia de que la ley designada sea o no la de un estado parte y cualquiera que sean los elementos objetivos y subjetivos de la relación jurídica.

Se extiende a cualquier otra operación internacional extracomunitaria, que vincule a un estado parte con terceros estados, incluso cuando no quede afectado el Mercado Único.

318. el hecho de que se trate de un régimen general justifica la amplia compatibilidad del Convenio, orientada a facilitar la especialización de las soluciones y su eventual sectorización.

- revisión del Convenio de Roma de 1980.

319. dentro de las acciones que deben emprenderse a fin de alcanzar un mayor grado de compatibilidad entre ordenamientos jurídico europeos figura expresamente la revisión del convenio. A finales de 2002 se presenta un Libro Verde acerca de la conveniencia o no de transformar el convenio en un instrumento comunitario

propriadamente dicho ¿ reglamento o directiva? U modernizarlo en cuanto al fondo. Se creo un Grupo de Trabajo para estudiar las cuestiones planteadas. Se hace referencia a la conveniencia y necesidad de transformar el Co0vnenio en un instrumento comunitario, otras cuestiones son de carácter mas técnico, relativas a la evaluación de las normas actuales sobre la protección del consumidor y la necesidad de normas de conflicto aplicables al arbit5raje, al desplazamiento temporal, a la compensación legal, a los pagos subrogatorios ya la oponibilidad.

Este convenio, hoy en día se esta convirtiendo en Reglamento, hay una comisión trabajando para sustituirlo por Roma I, un proyecto que regula los problemas de ley aplicable cuando no haya regulación material.

En un primer momento, había un plan mas ambicioso que pretendía incluir también los problemas aplicables a la responsabilidad civil, sin embargo, las diferencias en esta materia, son tan acusadas que no hubo acuerdo en incluir esta materia. Hoy día si hay acuerdo en unificar, por eso se esta elaborando Roma II, incluirá las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales. A la espera de que se apruebe, es preciso señalar ciertas particularidades de este proyecto. Características:

=tiene carácter ergo omnes, en el momento que se incorporan se aplica el convenio y no las normas internas, no deroga, sino que prevalece, haciendo inaplicables los Art. 10.5 CC

=ámbito temporal, se aplica a los contratos suscritos con posterioridad a la fecha de entrada en vigor. El convenio no tiene carácter retroactivo.

=materias a las que se aplica: a todas las obligaciones contractuales, excluyendo las relacionadas a familia, estado civil y sucesiones; también las relaciones derivadas de títulos valores, todo el régimen de acuerdos societarios, también el régimen del convenio arbitral.

IV. ALCANCE Y PROBLEMAS DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

- **dimensión estatal de la regulación de las transacciones comerciales internacionales.**
- Vocación universalista del Título Preliminar del Código Civil.

325. De una comparación respecto a las modernas codificaciones estatales de derecho internacional privado, sobre todo en el área europea, se refleja una circunstancia de carácter negativo que pone el acento en la técnica de codificación utilizada y registra el hecho de que las normas relativas a los conflictos de leyes han ido desapareciendo paulatinamente de los códigos civiles para irse a integrar en leyes especiales. Esta tendencia no fue seguida en su día por el legislador español. El resultado ha sido una ordenación que no regula mas que parcialmente las relaciones comprendidas dentro del derecho intencional privado. Y este carácter restrictivo olvida, además, que uno de los factores del trafico jurídico externo en la actualidad consiste en la presencia de normas de derecho publico que gravitan decisivamente sobre las relaciones civiles y mercantiles.

La mayor parte de las cuestiones consideradas han sido reguladas en términos muy generales, muchas veces con conexiones únicas y, poco adecuadas a las necesidades actuales del derecho internacional privado, que dejan en la sombra muchos aspectos.

- instituciones mercantiles reguladas en el Título Preliminar del código Civil.

326. las excepciones al carácter civilista de las normas de derecho internacional privado del titulo preliminar, evidencian una vocación genérica del legislador por construir un sistema general que incluya la reglamentación de los conflictos de leyes en materia mercantil, no obstante incurre en en excepciones que son inexplicables en pura técnica legislativa: al referirse a las personas jurídicas, a los títulos valores, a la propiedad industrial y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles.

327. el Art. 9.11-I CC opta por someter el estatuto personal de las personas jurídicas a la misma ley que el correspondiente a las personas físicas.

En el ámbito transfronterizo, los problemas que suscitan las sociedades son susceptibles de enfocarse desde una óptica distinta a la del derecho aplicable, a saber, el reconocimiento de la personalidad jurídica a los fines del ejercicio de una determinada actividad económica.

El sistema español solo es capaz de suministrar los criterios según los cuales una sociedad o persona jurídica será considerada española: que tengan su domicilio en España y se hayan constituido conforme a la ley española, sin perjuicio de la regulación para las SA y S de resp Limitada, que combinan el criterio de la constitución conforme a la ley española con un índice relativo a la sede real.

Respecto de la fusión de sociedades, el precepto dispone que se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales de las sociedades que participen en esa operación. La disolución y extinción de las sociedades que desaparecen como consecuencia de la fusión, habrá que acudir, respecto de cada sociedad, al derecho del país de su nacionalidad.

328. Art. 10.3 regula la emisión de los títulos valores que circulan de un país a otro y se utilizan en el comercio exterior. La regla jurídica no abarca todos los actos relacionados con el nacimiento, circulación y desaparición de los mismos; su redacción unilateral expresa el deseo del estado de reglamentar las relaciones en este sector de acuerdo con sus propios intereses, respetando la reglamentación de los demás estados. Existen varias disposiciones que indican que la emisión de los títulos valores se debe ajustar a la ley del país de emisión, ya esta misma situación llégale Art. 3 LMV, que señala la ley aplicable a las operaciones realizadas en los mercados de valores cuando se trate de supuestos internacionales, la ley española, en tanto que ley del lugar de emisión, es aplicable a las condiciones jurídicas de la emisión en España de títulos por parte de sociedades extranjeras.

329. el Art. 10.4 prevé que los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán, dentro del territorio español, de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratado internacionales en los que España sea parte. La solución esta basada en el postulado de territorialidad que se proyecta tanto desde la perspectiva de laceración de los derechos como desde la de su protección.

La protección abarca tanto el régimen de aspectos reales referidos a la titularidad del derecho de explotación, como el régimen sancionador de las infracciones y daños por usurpación, utilización indebida o por cualquier otro acto generador de responsabilidad.

- **normas reguladoras del trafico mercantil internacional en las leyes especiales.**
- dispersión del sistema.

330. El legislador español proyecta en la redacción de sus normas de derecho internacional privado sus propios intereses y valores, mas ello no implica que lo hag desconociendo lo que ocurre en su entrono inmediato. Muestra una fuerte preocupación del legislador por la coordinación entre sistemas, produciéndose una cierta confluencia entre los sistemas estatales.

El sistema español se caracteriza por una extraordinaria dispersión, que no solo abarca a la sede legal, sino al momento de la reglamentación ya la técnica normativa utilizada.

- ordenación del mercado.

331. Las soluciones se encuentran en la ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, en la que se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, practica concertada o conscientemente paralela, que tenga pro objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en

todo o parte del territorio nacional, y ,en particular, los especímenes de tales conductas descritos en el precepto citado.

332. La determinación de la ley aplicable a la competencia desleal en el sistema español participa tanto de la norma reguladora de las obligaciones extracontractuales, Art. 10.9 CC cuanto de una específica norma unilateral, Art. 4 LCD. El legislador establece la regulación de derecho aplicable a la competencia desleal, que no distingue entre actos desleales con o sin trascendencia en el mercado nacional, el criterio general es el principio de los efectos en el mercado protegido. Podrá recurrirse al Art. 10.9 CC, norma de cobertura general del daño, aplicable residualmente cuando el acto desleal no tenga una repercusión en el mercado.

- propiedades especiales.

333. Dispone el Art. 10.4 CC que los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte. Sin embargo el ámbito de aplicación espacial de la Ley de Propiedad Intelectual se regula exhaustivamente en sus Arts. 160 a 164. destacan los siguientes extremos:

Se protegerá, además de los derechos de propiedad intelectual de autores españoles o nacionales de otros estados miembros de la UE, los correspondientes a nacionales de terceros estados que residan habitualmente en España. El gobierno podrá restringir el alcance de este principio en el caso de extranjeros que sean nacionales de estados que no protejan suficientemente las obras de autores españoles en supuestos análogos.

Los derechos reconocidos a artistas, intérpretes o ejecutantes españoles y comunitarios, se protegerán cualquiera que sea el lugar de su interpretación o ejecución.

Respecto a los productores de fonogramas y de obras o grabaciones audiovisuales, se protegerán con arreglo a la ley cuando sean ciudadanos españoles o comunitarios o empresas domiciliadas en España o en cualquier estado miembro de la UE

334. en materia de propiedad industrial, deben retenerse numerosos textos convencionales, de los que España es parte. Al margen de la regulación convencional, diversos artículos de la ley 11/1986 de 20 de marzo, de Patentes, contienen disposiciones referidas a la regulación de las cuestiones de tráfico externo en una materia de patentes y otros derechos de propiedad industrial.

335. también respecto de las Marcas, los supuestos con elemento extranjero son considerados o afectados por diversos artículos, de la ley 17/2001 de 7 de diciembre de Marcas. En lo concerniente a marcas internacionales, siempre que el titular lo solicite expresamente, el registro internacional de una marca efectuado al amparo del acta vigente en España del Arreglo de Madrid de 14 Abril de 1891, relativo al registro internacional de Marcas, extender a sus efectos en España. A su vez, debe tenerse en cuenta la existencia de una marca comunitaria regulada en el Reglamento 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993.

- obligaciones contractuales: el contrato de seguro.

336. al margen de la reglamentación convencional, el ámbito de los contratos, existe soluciones específicas de derecho internacional privado de base estatal en la Ley 26/1984 de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios. Y en la ley 7/ 1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el Art. 5 del Croma de 1980 sobre ley aplicable a obligaciones contractuales.

337. otro ejemplo de reglamentación de derecho internacional privado en una Ley especial se encuentra

respecto del contrato de seguro, en la adición de un título IV operada en la ley 21/1990 para adaptar al derecho español la Directiva 92/49 CEE.

La característica mas acusada de la adaptación española a la normativa comunitaria es que no concede a las partes toda la libertad de elección de la ley aplicable que la Directiva le permitía otorgarles. El Art. 107.1 de la Ley del Contrato de Seguro, señala dos casos en que no cabe libertad de elección, sino que es preceptiva la aplicación de la ley española. De un lado, cuando los riesgos se localizan en territorio español y el tomador del seguro tiene también en este su residencia habitual, o si se trata de persona jurídica, su domicilio social o sede de dirección efectiva de negocios. De otro lado, se aplicara la ley española en el supuesto de que el contrato se haya concluido en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por la legislación española.

F.) Arbitraje Internacional.

341. la dimensión internacional del arbitraje se contempla expresamente en los Títulos IX y X de la ley 36/1988. el legislador ha introducido una normativa ad hoc para el arbitraje privado internacional inclinándose por una disociación en los asuntos nacionales y los internacionales en la línea de ciertos modelos del derecho comparado. Es menester dejar bien sentado que las modernas corrientes de la doctrina y de la practica niegan este carácter dual de la reglamentación abogando por una unificación en el tratamiento de ambas dimensiones del arbitraje.

Conforme al Art. 61, la validez del convenio arbitral y sus efectos se rigen por la ley expresamente designada por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia, en su defecto, por la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia, en defecto de esta, por la ley del lugar en que deba dictarse el laudo y, si este no estuviere determinado, por la ley del lugar de celebración del convenio arbitral.

El arbitraje internacional es un supuesto de hecho de derecho internacional privado y como tal debe ser tratado en las normas. Lo cual incluye la posibilidad de aplicación de otro distinto al español, por un lado, y de un ámbito de autonomía de la voluntad adecuado a las necesidades del tráfico comercial.

Exige la aplicación de normas internas, significara la adaptación de estas a los principios rectores de la institución.

Se ha producido una extensión de las normas internas a los supuestos internacionales, una distorsión de los mismos al ser asimilados al orden domestico y una fuga de la institución arbitral fuera de nuestras fronteras.

- **incidencia de los tratados internacionales en las normas de conflicto del sistema español de derecho internacional privado.**
- **las normas del derecho mercantil y el debate en torno a la codificación del derecho internacional privado en España.**

347. el cauce de la ley especial no es el único y se admiten otras posibilidades, un método de codificación parcial, que ofrece tres manifestaciones principales:

=aprovechar las sucesivas reformas del derecho material para introducir normas de derecho internacional privado.

=utilizar cualquier cauce de reforma, material o conflictual, para introducir normas de derecho internacional privado; es la utilizada por nuestro legislador a través de las reformas del CC

=una ley de reforma de todas las normas de derecho internacional privado diseminadas en distintos cuerpos

legales que, manteniéndose en su sede originaria, se modifican de forma armoniosa. Es la solución del legislador alemán, que bien podría guiar al legislador español en el futuro como solución alternativa a su rechazo hacia la técnica de la Ley Especial: se produce una reforma sustancial del sistema y, aunque subsiste, la dispersión, sobre todo entre el plano procesal y el sustantivo, la reglamentación posee una coherencia interna de la que carece, hoy por hoy, la española.

348. La interacción entre el fenómeno de la codificación interna del derecho internacional privado y la masiva recepción de tratados, ofrece variados modelos que han sido sistematizados.

Van apareciendo modelos de incorporación de convenios que pueden resumirse en tres grupos: recepción de soluciones convencionales en las leyes nacionales; remisión a convenios que se incorporan por referencia; incorporación literal.

349. cada una de estas técnicas ofrece inconvenientes, si embargo, la solución adoptada por el legislador español es la mas imperfecta, pues obliga al operador jurídico y, señaladamente, al juez a introducirse en toda la vorágine del derecho de los tratados, debiendo resolver en cada caso concreto problemas de naturaleza tan dispar como los de su jerarquía, el ámbito de aplicación y la interpretación de los convenios., ello conduce a una inseguridad jurídica inadmisibles en un estado de derecho.

Para evitar peligros resulta aconsejable volver la vista al derecho internacional privado de base estatal y construir un modelo de gran sencillez, en el que el derecho internacional privado convencional se incorpore moderadamente, no al simple albedrío del funcionario de turno.