

ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, DE 7 DE ENERO DE 2000.

Carlos Esplugues-Mota
Catedrático de Derecho internacional privado

SUMARIO.

I. Introducción. A. Características generales del modelo español de Derecho internacional privado. B. El engarce de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en el modelo español de Derecho internacional privado. II. El control de la competencia judicial internacional del juez español. A. Control de oficio de la competencia judicial internacional por el juez español. 1. Introducción. 2. Admisión del control de oficio por parte del juez español en la nueva LEC. a) Términos de admisión de este control. b) Tramitación procesal. 3. El control de la competencia judicial internacional del juez español a instancia de parte. a) La “declinatoria internacional” en la LEC de 2000. b) Tramitación de la “declinatoria internacional”. III. Cooperación jurídica internacional: La posibilidad de adopción de medidas cautelares por parte de los tribunales españoles en apoyo de procedimientos arbitrales y jurisdiccionales extranjeros. A. Cooperación jurídica internacional. B. Posibilidad de adopción por el juez español de medidas cautelares en apoyo de procedimientos -arbitrales y jurisdiccionales- extranjeros. IV. Eficacia en España de los documentos públicos extranjeros. A. Requisitos para la eficacia del documento público extranjero en España. B. Exigencia de traducción de los documentos públicos extranjeros. V. Aplicación por el juez español del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto española. A. Introducción. B. La prueba del Derecho extranjero. V. A modo de valoración final.

I. INTRODUCCIÓN*

A. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL MODELO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1. El modelo español de Derecho internacional privado se ha caracterizado tradicionalmente por su subdesarrollo. El reducido número de normas del “sistema” se ha conjugado, durante décadas, con una casi absoluta ausencia de práctica ante los tribunales españoles, conformando un sistema esquemático y muy poco elaborado.

Esta situación, empero, se ha visto profundamente alterada en las dos últimas décadas. La quiebra del sempiterno aislamiento internacional de España ha coadyuvado al crecimiento geométrico del modelo en estos últimos años. Así, al constante incremento de la práctica internacionalprivatista ante los tribunales españoles se añade un notable crecimiento del cuerpo normativo en la materia, bien como consecuencia de las reformas emprendidas por el legislador estatal - las menos- bien, fruto de la vinculación de nuestro país a los diversos convenios, y demás textos internacionales, elaborados por distintos organismos internacionales -los más-.

El resultado final, en todo caso, es un modelo profundamente disperso, asistemático y de muy difusos contornos. Un sistema en el que la inflación normativa presente en unos concretos ámbitos, coexiste con la ausencia de soluciones en otros; y en el que, además, son patentes notables contradicciones internas ¹...

2. El sector del Derecho Procesal civil Internacional español reproduce a escala todos estos datos. Atendiendo a los aspectos puramente normativos, las reformas introducidas por el legislador español en sectores muy concretos –por poner un ejemplo, competencia judicial internacional, en 1985² o, asistencia jurídica gratuita, en 1996³- se han visto acompañadas, en los últimos años, del amplio volumen de convenios internacionales

* Artículo elaborado en el marco del Proyecto I+D GV99-83-2-08, de la Generalitat Valenciana (España).

¹ C. ESPLUGUES MOTA, “Derecho internacional privado”, en L. PRIETO SANCHIS (ed.), *Introducción al Derecho*, Cuenca, Univ. de Castilla-La Mancha, 1997, p. 168 y ss; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Editorial”, *AEDIP*, 2000, p. 31 y ss. ; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999, p. 56 y ss..

² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, de 1 de Julio -en adelante LOPJ- (*Boletín Oficial del Estado* -en adelante *BOE*-, nº. 157, de 2 de Julio, corrección de errores –en adelante cde- *BOE* de 4 de Noviembre de 1985), arts. 21 y 22.

³ Ley 1/1996, de 10 de Enero, reguladora de la asistencia judicial gratuita (*BOE* de 12 de Enero de 1996), art. 2.

concluidos por España en materias diversas: competencia judicial internacional⁴, cooperación jurídica internacional⁵ o reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras⁶...

A este incremento normativo se ha añadido, además, el notable aumento de la práctica internacional generada ante los Tribunales españoles. Una práctica que, al poner a prueba el sistema ha servido, en algunos supuestos, para atenuar la trascendencia de la persistencia de ciertas lagunas normativas en nuestro sistema procesal internacional de origen estatal⁷.

B. EL ENGARCE DE LA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN EL MODELO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

3. En este entorno se aprueba por las Cortes Generales la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil⁸, de 7 de Enero⁹, que modifica radicalmente el modelo procesal civil español.

4. La doctrina procesal española llevaba décadas insistiendo en la necesidad de una reforma en profundidad del proceso civil español¹⁰. Un modelo articulado en torno a la

⁴ Hasta el momento de la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 17 de Septiembre de 1968 (*DOCE C 27*, de 26 de Enero de 1998); el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano, el 16 de Septiembre de 1988 (*BOE* de 20 de Octubre de 1994, cde *BOE* nº. 8, de 10 de Enero de 1995) o, con carácter bilateral, el Convenio sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil entre España y Rumanía, hecho en Bucarest el 17 de Noviembre de 1997 (*BOE* de 5 de Junio de 1999).

⁵ Hasta el momento de la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: el Convenio de La Haya relativo al procedimiento civil, de 1 de Marzo de 1954 (*BOE* de 13 de Diciembre de 1954); el Convenio de La Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, de 15 de Noviembre de 1965 (*BOE* de 25 de Agosto de 1987, cde, *BOE* de 13 de Abril de 1989); el Convenio de La Haya, de 18 de Marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil (*BOE* de 25 de Agosto de 1987); el Convenio de La Haya de 25 de Octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia (*BOE* de 30 de Marzo de 1988, cde *BOE* de 11 de Abril de 1989) o la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, hecho en Panamá el 30 de Enero de 1975 (*BOE* de 15 de Agosto de 1987). Con relación a los textos de carácter bilateral, vid. nota 99 *infra*.

⁶ Para un listado de los 21 Convenios bilaterales concluidos por España, vid S. ALVAREZ GONZÁLEZ, C. ESPLUGUES MOTA, P. RODRIGUEZ MATEOS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Legislación de Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 3ª ed., 2000, p. 413 y ss..

⁷ El importante número de normas de origen convencional ha permitido colmar –circunscritas al concreto ámbito de aplicación de los distintos Convenios- algunas de las lagunas normativas que tradicionalmente han existido en este sector. Obviamente, las mismas han perdurado en el modelo de origen puramente estatal.

⁸ En adelante, LEC.

LEC, de 3 de febrero de 1881, que hundía sus raíces en una práctica de más de 7 siglos ¹¹ y que, tras ser objeto de un sinfín de reformas parciales ¹², había visto desdibujados sus contornos y filosofía iniciales, convirtiéndose en un “cuerpo legal descompasado con las exigencias del derecho procesal moderno” ¹³. A este dato negativo, además, se unía un amplio abanico de disposiciones procesales presentes en diversas leyes especiales ¹⁴.

Con todas las críticas que puedan formularse ¹⁵, la entrada en vigor de la nueva LEC, el 8 de Enero de 2001, supone la introducción de un modelo procesal de nueva planta, coherente y mucho más moderno que el anterior ¹⁶, cuyo objetivo último radica en facilitar una respuesta “rápida, adecuada y efectiva” ¹⁷ a los problemas surgidos en una práctica diaria cada vez más habitual y compleja.

5. La importancia de la LEC de 7 de Enero de 2000, que se intuye enorme para el conjunto del ordenamiento jurídico español, adquiere una relevancia añadida desde el punto de vista del Derecho internacional privado español, al incidir la misma, directamente, en el sistema español de Derecho Procesal Civil internacional.

El legislador español aprovecha la ocasión que le brinda la elaboración de este nuevo texto legal para, en unas ocasiones, eliminar del mismo algunas instituciones

⁹ BOE de 8 de Enero de 2000.

¹⁰ Por todos, J. MONTERO AROCA, *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 1982, p. 53 y ss.; *Ibid.*, “Cambios para adaptar la LEC a la nueva organización judicial”, en J. MONTERO AROCA (coord.), *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992, de Medidas urgentes de reforma procesal)*, Madrid, Civitas, 1993, p. 25 y ss..

¹¹ Remontándose a las Partidas, de 1265, del Rey Alfonso X el Sabio. Al respecto, vid, J. MONTERO AROCA, “La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. La consolidación del proceso común”, en J. MONTERO AROCA, *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, J.M. Bosch, 1996, p. 171 y ss..

¹² A modo de ejemplo, y hasta 1970, vid, Comisión General de Codificación, *Crónica de la Codificación Española. 2 Procedimiento Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, p. 129 y ss.. Nótese que desde esa fecha hasta el año 2000, la LEC de 1851 ha sido objeto de diversas reformas, de más o menos calado: por ejemplo, 1972, 1984, 1985, 1987, 1989 ó 1992.

¹³ F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, “Prólogo”, en F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ (Director), *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Oviedo, Forum, 2000, p. 13.

¹⁴ I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ refiere al crecimiento del modelo procesal civil “a través de la promulgación de regulaciones separadas o, sobre todo, a través de la proliferación de una pléyade de disposiciones extravagantes, contenidas las más de las veces en leyes sustantivas, dictadas sin plan ni concierto” (A. DE LA OLIVA SANTOS e I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 2000, p. 3).

¹⁵ A modo de ejemplo, y por todos, vid J.ALONSO-CUEVILLAS i SAYROL, “Valoración crítica de la reforma”, en AA.VV., *Hacia una nueva justicia civil*, Sevilla, 1999, p. 149 y ss..

¹⁶ J. MONTERO AROCA, “Prólogo”, en J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil*, València, Tirant lo Blanch, 2000, p. 50 y ss..

¹⁷ “Exposición de Motivos” LEC, puntos I-IV.

arcaicas, ampliamente criticadas por la doctrina, y de escasa virtualidad práctica¹⁸, como eran la *cautio iudicatum solvi*¹⁹, o el embargo preventivo²⁰, o –en otras- para “recolocar” sistemáticamente soluciones que antes se encontraban recogidas en textos legales de nulo carácter procesal²¹. Junto a ello, el redactor de la LEC procede a depurar las soluciones existentes en algunos puntos concretos –por ejemplo, en materia de eficacia en España de los documentos públicos extranjeros-, colmando, en otros casos, lagunas presentes en nuestro ordenamiento jurídico –el control de la competencia judicial internacional por el juez, bien de oficio o a instancia de parte-.

6. El resultado final es, empero, ambivalente. Las positivas respuestas incorporadas en algunos puntos –el control de la competencia judicial internacional o la eficacia de documentos públicos extranjeros-, se ven un tanto empañadas por el silencio guardado en relación con ciertas instituciones -la litispendencia internacional-, por el mantenimiento de soluciones criticadas por la doctrina en otros ámbitos –por ejemplo, en relación con la aplicación del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto española- o por la introducción de algunas respuestas francamente negativas –en cuanto a la adopción de medidas cautelares a favor de arbitrajes desarrollados en el extranjero-...

¹⁸ Nótese, en este sentido, la notable incidencia que sobre la *cautio iudicatum solvi* tuvo la vinculación de España, entre otros, al Convenio de La Haya de 1954, sobre procedimiento civil (art. 17 y ss., cit. nota 5 *supra*) o al Convenio de La Haya de 1980, sobre acceso a la justicia (art. 14 y ss., cit. nota 5 *supra*). En el ámbito comunitario, además, tanto la caución, como el embargo preventivo, se vieron afectadas por sucesivos fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades contrarios a las mismas: las SSTJCEE de 1 de Julio de 1993, en el asunto C-20/92, Hubbard c/. Hamburger, (Rec., 1993, p. I-3777); de 26 de Septiembre de 1996, en el asunto C-43/95, Data Delecta Akt. and Forsberg, (Rec., 1996, p. I-4661); de 20 de Marzo de 1997, en el asunto C-323/95, Hayes c./ Kronenberger (Rec., 1997, p. I-1711) o de 2 de Septiembre de 1997, en el asunto C-122/96, Saldanha and MTS Securities Corp. c/. Hiross (Rec., 1997, p. I-5325), respecto de la caución de arraigo en juicio, o de 10 de Febrero de 1994, en el asunto C-398/92, Mund Fester c./ Hatrex Int'l. Transport (Rec., 1994, p. I-467), sobre el embargo preventivo.

¹⁹ Art. 534 LEC de 1881.

²⁰ Art. 1400 LEC de 1881.

²¹ El ejemplo claro lo encontramos en el art. 3 LEC, que viene a reproducir el mandato del antiguo art. 8.2 Cc (precepto derogado por la Disposición derogatoria única, 2, 1º LEC). El art. 3 señala que “(C)on las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas”. Se trata, pues, de una norma “que sin duda alguna impone la aplicación de la norma procesal española a pleitos cuyo derecho sustantivo rector del fondo del asunto sea extranjero” (STS de 23 de Octubre de 1992, RAJ 8280). Y que, como bien afirma P. JIMÉNEZ BLANCO, comparte las abundantes críticas que recibía el antiguo art. 8.2 Cc. El legislador español, como apunta esta autora, podría haber aprovechado para concretar con mayor claridad qué se entiende por “norma procesal” española, depurando la rigidez de esta regla mediante la admisión de ciertas excepciones a la misma (P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 3”, en F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, op. cit., p. 64.).

La LEC de 2000, en definitiva, incorpora importantes claroscuros en cuanto a las respuestas que otorga a los problemas de tráfico externo. Junto a ello, además, el texto de Enero de 2000 tiene el perverso efecto de agudizar la dispersión del sistema procesal civil internacional español, reabriendo la vieja disputa en torno a la conveniencia –o no- de elaborar una Ley española de Derecho internacional privado en la que se aborden, con complitud y coherencia, todas las cuestiones planteadas por las situaciones transnacionales. Eliminando -de una vez- el caos –ya no mero desorden- sobre el que se asienta el modelo *ius internacionalprivatista* español. Fijémonos, en este sentido, en el hecho de que dos aspectos tan relevantes como son el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras²², o todo el régimen de los expedientes de jurisdicción voluntaria²³ no son abordados en el nuevo texto legal. En uno y otro caso, se mantienen las criticadas soluciones previstas en la LEC de 1881²⁴ a la espera de la futura –y más que improbable- aprobación de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil²⁵, y de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria²⁶.

²² Disposición derogatoria única.1.3ª LEC: “*Los artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, ... estarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil*”.

²³ Disposición derogatoria única 1.1ª LEC, en la que se señala que quedan en vigor las disposiciones sobre jurisdicción voluntaria previstas en la LEC de 1881, en tanto en cuanto “*no entre en vigor la Ley sobre jurisdicción voluntaria*”.

²⁴ Nótese, eso sí, como en relación con el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, la LEC incorpora un precepto –el 523- que, amén de no añadir nada, sí –en cambio- genera negros augurios: “*1. Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional. 2. En todo caso, la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros se llevará a cabo en España conforme a las disposiciones de la presente Ley, salvo que se dispusiera otra cosa en los tratados internacionales vigentes en España*”. El primer apartado, mal redactado, referiría aparentemente a la homologación de la resolución extranjera; esto es, a su reconocimiento. Por su parte, el segundo apartado se dedica a la ejecución de la resolución foránea una vez ésta ha sido ya homologada... En definitiva, como ya hemos señalado al comienzo de esta nota, la errónea redacción del precepto es muy sintomática de la forma en que los redactores de la LEC hacen frente a los problemas del Derecho procesal civil internacional. (Al respecto, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 523”, en F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, op. cit., pp. 629-630).

Por su parte, el art. 525 LEC prohíbe la ejecución provisional de las sentencias extranjeras no firmes, “*salvo que expresamente se disponga lo contrario en los Tratados internacionales vigentes en España*”.

²⁵ Disposición final vigésima de la LEC: “*En el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil*”. En relación con el anteproyecto elaborado en 1997, vid C. ESPLUGUES MOTA, “Der spanische Vorentwurf (“anteproyecto”) des Gesetzes über die internationale gerichtliche Zusammenarbeit in Zivilsachen vom 3. September 1997”, *ZZP Int*, 1998, p. 61 y ss..

²⁶ Disposición final decimoctava LEC: “*En el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria*”.

Estamos, por lo tanto, ante un texto que deja un regusto un tanto amargo desde el punto de vista de nuestra disciplina; que genera una cierta desazón ante una ocasión que, si no cabe tildar claramente de perdida sí, al menos, podemos calificar de no plenamente aprovechada.

7. Asumido este punto de partida, en las próximas páginas vamos a centrarnos en algunos de los puntos más destacados que incorpora la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil desde la perspectiva del Derecho internacional privado español. En concreto, abordaremos: el control de la competencia judicial internacional del juez español, bien de oficio o a instancia de parte (II), la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte del órgano jurisdiccional español respecto de procedimientos –estatales o arbitrales– desarrollados en el extranjero (III), el régimen de la eficacia de documentos públicos extranjeros en España (IV) y, por último, el régimen de aplicación del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto española (V).

II. EL CONTROL DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DEL JUEZ ESPAÑOL.

8. La LOPJ, de 1985, incorporó en sus arts. 21 y 22, un sistema de competencia judicial internacional en el orden civil muy similar al previsto en el Convenio de Bruselas, de 1968²⁷. Con el mismo, el legislador español ponía punto final a una situación caracterizada por la falta de un claro fundamento legal del sistema²⁸, y por la presencia de un ejercicio radicalmente imperialista de la competencia judicial internacional por parte de los órganos jurisdiccionales españoles²⁹.

El legislador español, sin embargo, se limitó a diseñar un conjunto de fueros de competencia judicial internacional, obviando incluir soluciones para determinadas cuestiones

²⁷ Y, posteriormente, de Lugano, de 1988. Por todos, M. AMORES CONRADI, "La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil", *REDI*, 1989, p. 113 y ss..

²⁸ R. CONDE y LUQUE, *Derecho internacional privado*, Madrid, Fortanet, 1907, T. II, p. 361y ss.; J.M. TRIAS DE BES, *Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1932, p. 113 y ss. o A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado. II Parte Especial*, Madrid, Atlas, 1955, p. 412 y ss.; E. PECOURT GARCIA, "El sistema español de competencia judicial internacional", *ADI*, 1975, p. 605 y ss.; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. RECONDO PORRÚA, *Lecciones de Derecho Procesal Civil internacional*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1981, p. 55 y ss.

²⁹ Vid en este sentido, A. MIAJA DE LA MUELA, "El 'imperialismo jurisdiccional' español y el Derecho Internacional", *Mélanges en hommage à M. Le prof. Ch. Fragistas*, Tesalónica, 1968, Vol.

de “aplicación” del sistema. De esta suerte, aspectos tan importantes como el control de la competencia del juez -ya de oficio o a instancia de parte-, o la litispendencia internacional, se mantuvieron carentes de respuesta legal alguna –de origen estatal- hasta nuestros días ³⁰.

9. Esta situación se ve alterada, sólo parcialmente, con la nueva LEC de 2000. El legislador español opta por silenciar cualquier respuesta en relación con la figura de la litispendencia internacional³¹, mientras que sí establece una regulación minuciosa del control de la competencia judicial internacional del juez español, ya sea de oficio (A) , o a instancia de parte (B). A ella nos referimos seguidamente.

A. CONTROL DE OFICIO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL POR EL JUEZ ESPAÑOL.

1. Introducción.

10. El art. 36 de la nueva LEC, Primero de la Sección 1ª ³², del Capítulo I³³, del Título II³⁴, lleva por rúbrica “(E)xtensión y límites del orden jurisdiccional civil. Falta de competencia internacional”. En su primer apartado, el precepto precisa que la “ extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales de los que España sea parte”.

Como señala S. BARONA VILAR, estamos ante un “recordatorio” ³⁵ hasta cierto punto redundante³⁶. El precepto reproduce de forma prácticamente literal lo dispuesto en

I-B, p. 90 y ss., especialmente, p. 124; J.M. ESPINAR VICENTE, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Madrid, La Ley, 1988, pp. 21 a 25.

³⁰ Al respecto, P. GONZÁLEZ GANDRA, “Artículo 38”, en A.M. LORCA NAVARRETE, (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2000, 4 T., T. I, p. 446 y ss..

³¹ M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ aportan una interesante propuesta para colmar la persistente laguna (M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, *Derecho Procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 254 y ss.)

³² “De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles”.

³³ “De la jurisdicción de los Tribunales civiles y las cuestiones prejudiciales”.

³⁴ “De la jurisdicción y de la competencia”

³⁵ S. BARONA VILAR, “Artículo 36”, en AA.VV., *El Proceso Civil*, València, Tirant lo Blanch, 2001 (en prensa).

³⁶ La propia Exposición de Motivos de la LEC recuerda esta obvia subordinación, en su numeral VII al señalar que, “(E)n cuanto a la jurisdicción, y, en gran medida, también respecto de la competencia objetiva, esta Ley se subordina a los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ...”.

el art. 21.1 LOPJ³⁷, con la diferencia de que en esta ocasión aparece referido específicamente al ámbito civil³⁸, mientras que el art. 21 LOPJ posee un carácter general.

Esta referencia a los parámetros globales del modelo español de competencia judicial internacional en el orden civil, sin embargo, no oculta el objetivo último de la norma: la regulación, por primera vez en el ordenamiento jurídico español, del control de oficio de la competencia judicial internacional por parte del órgano jurisdiccional español³⁹.

11. En los últimos tiempos, y en el plano estrictamente interno, no existen dudas –ni doctrinales, ni jurisprudenciales- acerca de la capacidad del juez para estimar de oficio su competencia objetiva y funcional. En el caso de la competencia territorial, tradicionalmente entendida como disponible y, por lo tanto, prorrogable, se admite –también- el control de oficio de su competencia, por parte del juez, cuando ésta viene determinada en virtud de normas imperativas –no por la voluntad de las partes-⁴⁰.

³⁷ Art. 21 LOPJ: “1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte”. La reproducción es tan literal, que el redactor del art. 36.1 LEC soslaya la prevalencia que la Constitución española otorga a los Tratados sobre la normativa interna, lo que le debería haber llevado a hacer una primera referencia a los textos internacionales y, sólo posteriormente, a la LOPJ. En este sentido, P. GONZÁLEZ GANDRA, “Artículo 36”, en A.M. LORCA NAVARRETE, op. cit., T. I, p. 413.

³⁸ Quizás, lo más llamativo de este nuevo art. 36.1 LEC sea la mención que realiza a “*jurisdicción de los tribunales civiles españoles*”, frente a la referencia a “*orden civil*”, recogido en el art. 22 LOPJ, y en la rúbrica del propio art. 36 LEC. Con la referencia a “*tribunales civiles*” se incorpora una cierta nota de formalismo, al atender a la “naturaleza” del órgano jurisdiccional y no basarse en las características de la materia objeto de tal conocimiento. Ello supondría, no sólo una desviación de la postura tradicionalmente seguida por el legislador español –en la LOPJ y en la propia rúbrica del art. 36 LEC- sino, también, de lo dispuesto por el legislador comunitario, por ejemplo, en el art. 1 de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano, de 1988, en los que expresamente se desatiende la naturaleza del órgano jurisdiccional implicado, atendiéndose, exclusivamente, al carácter civil o mercantil de la materia abordada (Al respecto, y con carácter general, vid A.L. CALVO CARAVACA, “Artículo 1”, en AA.VV., *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, BOE-Univ. Carlos III, 1994, p. 43 y ss.). En todo caso, ello pone de manifiesto, como ya hemos mencionado y quedará patente al avanzar en el análisis de los distintos preceptos, una falta de uniformidad terminológica por parte del legislador español a la hora de abordar cuestiones de Derecho procesal civil internacional. Al respecto, vid S. BARONA VILAR, “Artículo 36”, art. cit., (en prensa); P. GONZÁLEZ GANDRA, “Artículo 36”, art. cit., pp. 409-411.

³⁹ Al respecto, C. ESPLUGUES MOTA, “Die internationale Zuständigkeit spanischer Gerichte und Ihre Überprüfung in dem neuen spanischen Zivilprozeßgesetz vom 7.1.2000”, *ZZPInt*, 2000, (en prensa).

⁴⁰ Con respecto a la situación anterior a la nueva LEC, vid J. MONTERO AROCA, “Competencia de los tribunales civiles”, en J. MONTERO AROCA, J. FLORS MATÍES y G. LÓPEZ EBRI, *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*, València, Tirant lo Blanch, 1997, p. 360 y ss.. En relación a la situación creada tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, vid J.L. GÓMEZ COLOMER, “Jurisdicción y

Esta claridad presente en el ámbito puramente interno contrasta, tradicionalmente, con el silencio mantenido por el legislador español a la hora de afrontar esta cuestión en el tráfico externo, y con el amplio debate mantenido respecto de este punto en el plano doctrinal.

12. La posibilidad del control de oficio de la competencia judicial internacional por el juez español ha generado, desde antiguo, una amplia controversia en la doctrina *iusprivatista* española⁴¹. Efectivamente, la promulgación de la LOPJ en 1985, y el subsiguiente abandono del “imperialismo jurisdiccional”, tras la incorporación en la misma de un modelo positivo y claro de competencia judicial internacional⁴², redimensionó el debate⁴³. Sin embargo, la falta de una respuesta específica para la cuestión hizo que ésta perviviera hasta nuestros días, agudizado, si cabe, por la presencia de diversas soluciones de origen convencional –dotadas, por lo tanto, de una eficacia limitada-, y por la inconcluyente jurisprudencia existente en este punto⁴⁴.

competencia”, en J. MONTERO AROCA, J.L. GOMEZ COLOMER, A. MONTON REDONDO y S. BARONA VILAR, *El nuevo...*, op. cit., pp. 130 y ss. y 138 y ss.; J.L. GÓMEZ COLOMER, “La competencia”, en J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, València, Tirant lo Blanch, 9ª ed., 2000, pp. 41 y 48. En este sentido, nótese en la nueva LEC: art. 48 (“Apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva”), art. 58 (“Apreciación de oficio de la competencia territorial”) y art. 62 (“Apreciación de oficio de la competencia para conocer de los recursos”).

⁴¹ E. PECOURT GARCIA, “Control e impugnación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles”, en *Multitudo Legum Ius Unum. Festschrift für W. Wengler*, Berlín, Interrecht, 1973, Vol. II, p. 644 y ss..

⁴² Vid bibliografía cit. en nota 28 *supra*. En relación con el juego de modelo de competencia judicial internacional previsto en la LOPJ y en los diversos convenios de los que España es parte en la materia, nótese que la LEC incorpora una norma referida a la determinación de la competencia territorial interna, una vez asumido que los tribunales españoles gozan de competencia judicial internacional. Así, el art. 50.2 LEC precisa que “(Q)uienes no tuvieren domicilio ni residencia en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en éste y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor”.

⁴³ Al respecto, P. GONZÁLEZ GANDRA, “Artículo 38”, art. cit., p. 442 y ss.; C. ESPLUGUES MOTA, “Die internationale...”, art. cit., (en prensa).

⁴⁴ La práctica demuestra como se combinan supuestos de claro rechazo del control de oficio de la competencia judicial internacional -Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS), de 10 de Noviembre de 1993 (RAJ 8980) y S. Audiencia Provincial (en adelante Aud. Prov.) de València, de 29 de Octubre de 1993 (REDI, 1994, p. 304), entre otras-, con otros en los que tal posibilidad se ha admitido con mayor o menor rotundidad -*obiter dictum* STS de 10 de Noviembre de 1993 (cit. *supra*) y, SS. Aud. Prov. de Pontevedra, de 17 de diciembre de 1993 (REDI, 1995, p. 209) y de la Aud. Prov. de Málaga, de 2 de Noviembre de 1993 (REDI, 1995, p. 359), amén de las antiguas SS Juzgado de Primera Instancia de Gijón, de 15 de Abril de 1986 (REDI, 1987, p. 179) y, de Avilés, de 12 de Marzo de 1987 (REDI, 1987, p. 179).

13. Ciertamente, algunos autores no han dudado en convertir la cuestión del control de oficio de la competencia judicial internacional del juez español en un “falso problema”⁴⁵. Sin embargo, esta limitación del “problema” no ha servido para resolver la controversia genérica de la admisibilidad o inadmisibilidad del control de oficio. En esa tarea, la doctrina española rechaza mayoritariamente la posición de aquéllos que, para negar este control, se amparan en una –presunta- voluntad inequívoca del legislador patrio de no regular este extremo⁴⁶. Frente a ello, la mayoría de los autores opta por incidir más en la idea del “olvido” por parte del legislador español a la hora de abordar la figura; opción que, obviamente, reporta una mayor viabilidad a la hora de aceptar esta posibilidad en nuestro modelo procesal civil internacional.

En este sentido, y con base en ese aparente olvido, la doctrina internacionalprivatista española ha asumido, de forma mayoritaria, la capacidad del juez patrio para, de oficio, controlar su competencia judicial internacional. Los términos de esta admisión, empero, han variado según los distintos autores, coexistiendo posturas radicalmente favorables a su admisión⁴⁷, con otras más limitadas en su alcance⁴⁸.

⁴⁵ El juez español –se dice- en línea con lo taxativamente dispuesto en los arts. 4 (“*La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes*”) y 9.1 (“*Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley*”) LOPJ, no puede conocer de un litigio derivado de una situación jurídico privada internacional si su conocimiento no le viene atribuido por las leyes españolas. En otras palabras, el juez deberá declararse incompetente si no concurre ningún foro de competencia judicial internacional que le permita entrar a conocer del asunto. Estos autores (A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., p. 234) convierten, pues, la cuestión en un problema de verificación de ciertos fueros de competencia judicial internacional previstos en la LOPJ: en concreto la sumisión tácita y los fueros exclusivos en favor de tribunales distintos de los españoles (precisamente las dos cuestiones cubiertas en el art. 36.2.2ª y 3ª LEC).

⁴⁶ Al respecto, L. BARDAJÍ GÓMEZ, “Sobre el control de oficio de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles”, *La Ley*, nº 1696, 1987, p. 1.

⁴⁷ R. ARENAS GARCIA, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, p. 189 y ss.; A. ALVAREZ GONZÁLEZ, “Control de oficio de la competencia judicial internacional”, *RCEA*, 1987, p. 87 y ss.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., pp. 133-134.

⁴⁸ En las que el control se concretaría con relación a los límites de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, a los fueros exclusivos del 22.1 LOPJ y, a determinados fueros protectores recogidos en el art. 22.4 LOPJ, fundamentalmente en materia de consumo y seguros. Al respecto, S. BARONA VILAR, “Artículo 36”, art. cit., (en prensa); M. AMORES CONRADI, art. cit., p. 149 y ss.; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La competencia judicial internacional. Aspectos Generales”, en E. PEREZ VERA et al., *Derecho internacional privado. Vol. I*, Madrid, UNED, 1998, p. 384.

2. Admisión del control de oficio por parte del juez español en la nueva LEC.

a) *Términos de admisión de este control.*

14. Esta compleja –y duradera- situación queda ahora definitivamente resuelta en la LEC. El legislador, consciente del mandato del art. 117.3 de la Constitución Española⁴⁹, obliga a los Tribunales españoles a “*abstenerse*” –de oficio⁵⁰- de conocer de un determinado litigio, en el caso de que en el mismo se hagan presentes determinadas “*circunstancias*”. En concreto, el art. 36.2 LEC menciona, con carácter cerrado, tres “*circunstancias*”:

“1ª . Cuando se haya formulado demanda o solicit.ado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas de Derecho Internacional Público.

2ª . Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado.

3ª . Cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácit.a de las partes.”

Como seguidamente veremos, se trata de tres “*circunstancias*” que presentan notables diferencias en cuanto a su naturaleza y alcance.

i) 1ª Circunstancia: Supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución.

15. El art. 36.2.1ª concreta la primera causa de “*abstención*” por parte del Tribunal español, afirmando que éste dejará de conocer “*cuando se haya formulado demanda o solicit.ado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las reglas del Derecho internacional público*”⁵¹.

⁴⁹ En adelante CE. Vid Art. 117.3 CE: “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establecen*”.

⁵⁰ Art. 38 LEC: “*La abstención a que se refieren los dos artículos precedentes se acordará de oficio...*”.

⁵¹ En relación con ello, nótese la existencia de una costumbre internacional consolidada en la materia, así como lo dispuesto por los arts 31 y 31 del Convenio sobre relaciones diplomáticas, hecho en Viena el 18 de Abril de 1961 (BOE de 24 de Enero de 1968) y los arts. 5, 43 y 45 del Convenio sobre relaciones consulares, hecho en Viena el 24 de Abril de 1963 (BOE de 6 de Marzo de 1970). Al respecto, vid P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 36”, en F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, op. cit., p. 114.

La lectura de la norma pone de manifiesto que no estamos ante una “*circunstancia*” novedosa, dado que ya se encuentra mencionada de forma expresa en el art. 21.2⁵² LOPJ, en relación con la concreción genérica de la extensión y límites de la jurisdicción española.

16. Tanto el principio de inmunidad de jurisdicción, como el de inmunidad de ejecución, constituyen un claro reflejo del principio general de Inmunidad del Estado. En ambos casos, y a falta de una normativa patria específica en la materia ⁵³, tanto la doctrina⁵⁴ como la jurisprudencia española⁵⁵ se han inclinado por asumir la denominada “doctrina restringida” de la inmunidad –de jurisdicción, así como de ejecución- en detrimento de la tradicional concepción de la “inmunidad absoluta”.

ii) 2ª Circunstancia: El asunto se encuentra atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España es parte.

17. La doctrina *iusprivatista*, tanto española como extranjera, mantiene una posición unánime en relación con la trascendencia que posee la asunción de competencia judicial internacional con carácter exclusivo; en cuanto refleja la especialísima vinculación existente entre un concreto tipo de litigios, y los juzgados y tribunales de un determinado país.

⁵² Art. 21.2 LOPJ: “*Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público*”.

⁵³ Al respecto, M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 50 y ss.; L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles*, Madrid, Civitas, 1990, p. 74; *Ibid.* “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado y de sus órganos”, *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Madrid, 1995, pp. 3606-3607.

⁵⁴ A. REMIRO BROTONS y otros, *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw Hill, 1997, p. 813 y ss. y 820 y ss.; L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, art. cit., p. 103 y ss.; P. GONZÁLEZ GANDRA, “Artículo 36”, art. cit., p. 418 y ss.; S. BARONA VILAR, “Artículo 36”, art. cit. (en prensa).

⁵⁵ La jurisprudencia española ha sufrido un importante giro a favor de las posiciones restrictivas en el entendimiento de la inmunidad de jurisdicción, a raíz de las SSTs de 10 de Febrero de 1986 (*El Derecho*, 1986/1167) y de 1 de Diciembre de 1986 (*El Derecho*, 1986/7884) o las SS del Tribunal Constitucional (en adelante TC) 107/1992, de 1 de Julio de 1992 (*El Derecho*, 1992/7191) y 292/1994, de 27 de Octubre de 1994 (*El Derecho*, 1994/9213), respecto de la inmunidad de jurisdicción. Con relación a la inmunidad de ejecución, nótese, de nuevo, la STS de 10 de Febrero de 1986 (cit. *supra*) o las SSTC 107/1992, de 1 de Julio de 1992 (cit. *supra*), y 18/1997, de 10 de Febrero de 1997 (*El Derecho*, 1997/50). Para un análisis con detenimiento de esta evolución, vid, A.G. CHUECA SANCHO y J. DIEZ HOCHLEITNER, “La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado en la reciente práctica española”, *REDI*, 1988, vol. 2, p. 7 y ss..

Esta especial naturaleza, amén de privar a las partes de cualquier capacidad de decisión en relación con los mismos, conlleva dos consecuencias directas respecto de los Tribunales españoles:

(1) En primer lugar, impide a los órganos jurisdiccionales españoles otorgar ningún tipo de colaboración a los Tribunales extranjeros que puedan estar conociendo de litigios respecto de los que nuestros órganos jurisdiccionales sean exclusivamente competentes ⁵⁶ y,

(2) En segundo lugar, impide reconocer en España una resolución dictada en el extranjero, por tribunales foráneos, sobre un litigio cuyo conocimiento corresponda a los órganos jurisdiccionales españoles con carácter exclusivo ⁵⁷.

Nada se dice, en cambio, en relación con la posible eficacia que puedan tener en nuestro país los fueros exclusivos previstos por las legislaciones extranjeras. Una cuestión que se ha demostrado problemática, en cuanto la propia naturaleza –unilateral– de las reglas de competencia judicial internacional favorecería una absoluta falta de relevancia de dichas normas foráneas en España. En otras palabras y como regla de principio, tal condición unilateral conduciría a que los Tribunales españoles podrían conocer de litigios sobre los que tuvieran competencia exclusiva los órganos jurisdiccionales de otro país, obviando, de esta suerte, la especial naturaleza que acompaña a los fueros exclusivos ⁵⁸...

18. El legislador español aprovecha la promulgación de la LEC, para intentar resolver esta cuestión. El resultado, sin embargo, no es plenamente satisfactorio. El art. 36.2.2ª vincula la obligación del juez, de abstenerse -de oficio- de conocer de un concreto litigio, a la existencia de un Convenio del que España sea parte. En concreto, el precepto precisa: *“(C)uando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado”*.

⁵⁶ Tal como queda de manifiesto en el art. 278.1.1º LOPJ, *“...la prestación de cooperación internacional sólo será denegada por los Juzgados y Tribunales españoles: 1º Cuando el proceso de que dimane la solicit.ud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española”*.

⁵⁷ Al respecto, vid S. BARONA VILAR, “Artículo 36”, art. cit., (en prensa); P. GONZÁLEZ GANDRA, “Artículo 36”, art. cit., pp. 420-421.

La referencia a “*Tratado o Convenio internacional*”⁵⁹ es profundamente reduccionista. Por un lado, el hecho de que los Tratados internacionales⁶⁰ que diseñan normas de competencia judicial internacional de carácter exclusivo suelen incorporar mecanismos de control de oficio de la misma⁶¹, motiva que el alcance del precepto se reduzca, en la práctica, a aquellos casos en que, o bien no se incorporan estos mecanismos de control o, aún incluyéndose, las normas de competencia judicial internacional de carácter exclusivo no presenten una articulación procesal suficientemente clara⁶².

Por otro lado, la vinculación –únicamente- a los fueros exclusivos de carácter convencional impide el control de oficio respecto de aquéllos diseñados por legisladores extranjeros. Una posibilidad prevista en algunas legislaciones extranjeras⁶³, cuya introducción en el ordenamiento jurídico español hubiera tenido elementos altamente convenientes y provechosos, para las partes y para el propio sistema⁶⁴.

⁵⁸ S. BARONA VILAR, “Artículo 36”, art. cit., (en prensa). Con una posición mucho más flexible al respecto, vid R. ARENAS GARCÍA, op. cit., p. 221 y ss..

⁵⁹ En la práctica, estos Convenios internacionales de los que España “*es parte*” son, esencialmente, los ya mencionados Convenios de Bruselas, de 1968 y de Lugano, de 1988, desde el punto de vista multilateral y, en el plano puramente bilateral, el Convenio con Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, de 17 de noviembre de 1997, que constituye una reproducción, a escala bilateral, de los dos anteriores (Vid nota 4 *supra*).

⁶⁰ Llama mucho la atención que el legislador insista en referir en este artículo, como en otros –art. 722.II- a los “*Tratados y Convenios internacionales*” de los que España es parte, sin hacer mención alguna a los posibles Reglamentos y Directivos que, de seguro, van a promulgarse con base en el art. 65 del Tratado de Roma en su versión posterior al Tratado de Amsterdam, de 1997. Efectivamente, los Reglamentos que se dicten a su amparo tendrán vigencia directa en nuestro país, requiriendo las Directivas su transposición a través de leyes internas y, por lo tanto, no es estrictamente necesaria tal mención. El silencio mantenido respecto de ellos, empero, es muy ilustrativo de la falta de toma en consideración de esta realidad por parte del redactor de la LEC. Al respecto, C. ESPLUGUES MOTA, “Use of Separate Conventions Between Member States in the Context of the European Union Itself”, en J.A. USHER (Ed.); *The State of the European Union. Structure, Enlargement and Economic Union*, Londres, Longman, 2000, p. 162 y ss.; *Ibid.*, “Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho Privado y del Derecho Internacional Privado en Europa”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1999-20, p. 481 y ss..

⁶¹ Vid nota anterior. Recuérdese el mandato del art. 9 del Reglamento (CE) n.º. 1347/2000 del Consejo, de 29 de Mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DOCE L 160, de 30 de Junio de 2000). Sobre las similitudes del art. 26.2.2ª con el sistema diseñado en los arts. 19 y 20.I de los textos de Bruselas y Lugano, vid M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 266.

⁶² Como podría ser, por ejemplo, el art. 17 de los Convenios de Bruselas y Lugano. Al respecto vid, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 36”, art. cit., p. 114.

⁶³ Art. 11, en relación con el art. 5 de la Ley de reforma del Derecho internacional privado italiano, de 31 de Mayo de 1995.

iii) 3ª Circunstancia: *El demandado emplazado en debida forma no comparece y los tribunales españoles únicamente pueden fundar su competencia en la sumisión tácita de las partes.*

19. La tercera de las “circunstancias” que motivan el control de oficio de su competencia judicial internacional por parte del Juez español refiere a aquellas situaciones en que el ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de los órganos jurisdiccionales españoles sólo puede fundarse en el sometimiento tácito del demandado a los mismos⁶⁵. Un demandado que, además, debe haber sido debidamente emplazado.

La solución alcanzada viene a solventar la situación existente hasta el momento, en la que era necesario esperar al fin del proceso para que el tribunal español absolviera por falta de jurisdicción. Alcanzándose, así, una solución irracional y contraria al principio de economía procesal⁶⁶.

20. Aún mereciendo su incorporación en la LEC una positiva opinión, el precepto se ve negativamente condicionado por el silencio que el mismo mantiene acerca del significado de “sometimiento tácito”, en relación con los supuestos de asunción de competencia judicial internacional por parte de los órganos jurisdiccionales españoles. Una cuestión enormemente relevante para el buen funcionamiento del artículo, y que ha suscitado – tradicionalmente- graves problemas prácticos, amén de amplias controversias en el seno de la doctrina internacionalprivatista española.

Desde antiguo, la jurisprudencia patria ha adoptado una posición profundamente maximalista en relación con la estimación de la existencia de sometimiento tácito a los tribunales españoles. Durante décadas, la extrapolación al ámbito internacional de las reglas sobre sumisión tácita recogidas en la normativa procesal interna⁶⁷ determinó que la realización de cualquier acto procesal -distinto a la mera interposición de la declinatoria- por el que, de algún modo, se instase la prosecución del proceso, fuese

⁶⁴ En este sentido, vid P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 36”, art. cit., p. 36; P. GONZÁLEZ GANDRA, “Artículo 36”, art. cit., p. 421.

⁶⁵ Sobre las similitudes del art. 26.2.3ª con el sistema diseñado en los arts. 19 y 20.I de los textos de Bruselas y Lugano, vid M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 266.

⁶⁶ S. BARONA VILAR, “Artículo 36”, art. cit., (en prensa).

⁶⁷ En concreto, el art. 58.2 LEC de 1881: “Se entenderá hecha la sumisión tácita: ... 2º. Por el demandado, en el hecho de hacer, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria”.

interpretado mayoritariamente por nuestros órganos jurisdiccionales, como generando directamente el tácito sometimiento del demandado a los mismos⁶⁸⁶⁹.

El art. 56 LEC señala ahora, que la sumisión tácita se entenderá realizada por parte del demandado, únicamente, por el hecho de que éste, después de personado en juicio tras la interposición de la demanda, lleve a cabo “*cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria*”.

Ciertamente, el tenor es similar al del art. 58.2 de la antigua LEC de 1881. Mas el entorno en que aparece es radicalmente distinto. Junto a la desaparición de la inhibitoria, la LEC implica, también, la supresión de las llamadas “excepciones dilatorias”, tal como aparecían recogidas en el art. 533 de la LEC de 1881. Ello conlleva, como seguidamente veremos, que la nueva Ley considere, ahora, a la declinatoria como única vía de impugnación de la competencia judicial internacional del juez abierta a las partes en el proceso⁷⁰. Este dato, unido al cambio de filosofía que incorpora el nuevo texto legal o a la oralidad que adjetiva al proceso civil, aventura una cierta flexibilización de la rígida posición mantenida hasta el momento en este punto por los órganos jurisdiccionales españoles⁷¹⁷².

⁶⁸ En este sentido, SSTS de 30 de Abril de 1990 (*El Derecho*, 1990, 4536), de 18 de Junio de 1990 (*El Derecho*, 1990/6458) o de 18 de Febrero de 1993 (*REDI*, 1993, p. 461). En contra de esta línea argumental, flexibilizando el juego de la analogía en este caso, nótese STS de 22 de Marzo de 1991 (*El Derecho*, 1991/3133, aunque sobre un supuesto puramente interno), o la S. Aud. Prov. de Málaga, de 21 de Mayo de 1994 (*REDI*, 1996, p. 288) y los Autos (en adelante A) de la Aud. Prov. de Madrid, de 21 de Febrero de 1997 (*REDI*, 1998, p. 284) o de la Aud. Prov. de Girona, de 25 de Mayo de 1998 (*REDI*, 1999, p. 176).

⁶⁹ De hecho, sólo tras la entrada en vigor para España de los Convenios de Bruselas y de Lugano, y únicamente respecto de litigios sobre materias cubiertas por los textos convencionales, la consideración de la aplicación del art. 18 con independencia de la domiciliación del demandado en la Unión, permitió atenuar un tanto esta rígida y criticada posición. Al respecto, J. SANTOS VIJANDE, *Declinatoria y declinatoria internacional, tratamiento procesal de la competencia internacional*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 359 y ss.; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., p. 200 y 230; J.C. FERNANDEZ ROZAS y S. SANCHEZ LORENZO, op. cit., pp. 128-129. Desde el punto de vista jurisprudencial, vid S. Juzgado de Primera Instancia (en adelante, JPI) de Tolosa, de 13 de Enero de 1997 (*REDI*, 1998, p. 279).

⁷⁰ Vid nº. 22 *infra*.

⁷¹ Vid S. BARONA VILAR, “Artículo 36”, art. cit., (en prensa).

⁷² En todo caso, es interesante resaltar la trascendencia que sobre este punto puede tener el hecho de que la LEC incorpore, en su art. 64.1, un plazo preclusivo para impugnar la competencia (“*La declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista, ...*”). La no comparecencia a estos efectos supondría, llevado el mismo a sus últimas consecuencias, la asunción de la misma por los tribunales españoles... En este caso podría derivarse cierta tensión entre la posible solución de la LEC y el art. 18 del Convenio de Bruselas, con la posibilidad inmediata de hacer, de nuevo, aplicable éste frente a la solución nacional. Al respecto, vid F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Alcance material del art. 18 CB, sobre los medios procesales de impugnación de la competencia judicial internacional”, *La Ley: Unión Europea*, nº 4198, de 31 de

b) Tramitación procesal.

21. Una vez especificadas las “*circunstancias*” que motivan la abstención de los tribunales españoles, el legislador prevé en el art. 38 las reglas para la tramitación de la misma. El art. 38 LEC deviene, así, el “complemento directo” del art. 36 LEC⁷³.

El art. 38 LEC precisa que la abstención se acordará de oficio por el juez, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. Se producirá, además, “*tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional*”⁷⁴. “*Falta*”, recordemos, motivada por la presencia de alguna de las tres “*circunstancias*” recogidas en el art. 36.2 LEC, y que acabamos de apuntar.

Precisamente, es esta referencia al momento de apreciación de la falta de competencia la que, previsiblemente, suscitará mayores cuestiones en la práctica futura del precepto. El juez, generalmente, procederá a verificar de oficio su competencia judicial internacional cuando las partes le sometan un asunto concreto⁷⁵. Sin embargo, es posible que la misma sea examinada en momentos posteriores⁷⁶: en la audiencia previa⁷⁷, en la vista⁷⁸ o, incluso, en la propia sentencia⁷⁹...

Diciembre de 1996, p. 3; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Nota a SJPI de Tolosa (Guipúzcoa), de 13 de Enero de 1997”, *REDI*, 1998, p. 281 y ss.. En contra de la relevancia de esos plazos preclusivos en relación con el art. 36.2.3ª LEC, vid P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 36”, art. cit., p. 115.

⁷³ En palabras de S. BARONA VILAR, “Artículo 38”, en AA.VV., *El proceso civil*, op. cit. (en prensa).

⁷⁴ “... o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional”.

⁷⁵ Con base en los arts. 404 (“*El tribunal, una vez examinada de oficio su jurisdicción... dictará auto admitiendo la demanda...*”) y 440.1 (“*El tribunal, en el plazo de cinco días, previo examen de su jurisdicción... dictará auto en el que ordenará, en su caso, la admisión de la demanda...*”) LEC en relación, respectivamente con el juicio ordinario y el juicio verbal. Al respecto, vid P. GONZÁLEZ GANDRA, “Artículo 38”, art. cit., p. 453.

⁷⁶ Por todos, vid P. GONZÁLEZ GANDRA, “Artículo 38”, art. cit., p. 453; S. BARONA VILAR, “Artículo 38”, art. cit. (en prensa). Con una interpretación notablemente diferente, vid P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 38”, en F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, op. cit., pp. 116-117.

⁷⁷ Art. 416.2 LEC: “*En la audiencia, el demandado no podrá impugnar la falta de jurisdicción... Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de lo previsto en la ley sobre apreciación por el tribunal, de oficio, de la falta de jurisdicción o de competencia*”.

⁷⁸ Art. 443.2 LEC: “... *El demandado no podrá impugnar en este momento la falta de jurisdicción... sin perjuicio de lo previsto sobre apreciación de oficio por el tribunal de su falta de jurisdicción...*”.

⁷⁹ Art. 227.2 LEC en relación con la declaración de nulidad y las pretensiones de anulación de actuaciones procesales: “...*En ningún caso podrá el tribunal con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción...*”.

3. EL CONTROL DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DEL JUEZ ESPAÑOL A INSTANCIA DE PARTE.

a) La “declinatoria internacional” en la LEC de 2000.

22. La jurisdicción constituye un elemento determinante para la correcta constitución de la relación jurídico procesal⁸⁰. Su ausencia motiva la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado⁸¹. Coherentemente con ello, las partes han contado históricamente con dos vías para alegar ante el juez la pretendida falta de competencia del órgano jurisdiccional:

(1) En primer lugar, podían optar por utilizar las llamadas cuestiones de competencia, previstas en los arts. 72 y ss. de la LEC de 1881. Esto es, la declinatoria y la inhibitoria⁸².

(2) En segundo lugar, contaban con la vía de las excepciones, regulada en el art. 532 y ss. de la LEC de 1881⁸³.

Sin embargo, en uno y otro caso, la inexistencia de normas específicamente diseñadas para el tráfico externo motivó, una vez más, la proyección de la normativa interna al plano internacional, generando importantes problemas:

⁸⁰ S. BARONA VILAR, “Art. 38”, art. cit. (en prensa).

⁸¹ Art. 225 LEC: “**Nulidad de pleno derecho.** Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1º. Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional”, (antes, art. 238 de la LEC de 1881).

⁸² La declinatoria se planteaba ante el órgano jurisdiccional incompetente, solicitándole se separase del conocimiento del negocio y remitiese los autos al tenido por competente. Se sustanciaba como excepción dilatoria, o en la forma establecida para los incidentes, de acuerdo con el art. 79.I LEC de 1881 (Art. 72.III LEC de 1881). La inhibitoria, por su parte, se suscitaba ante el órgano entendido como competente, pidiéndole que dirigiese oficio al que se estimase incompetente para que éste, se inhibiera y le remitiera los autos. Se tramitaba de acuerdo con lo previsto en los arts. 79.II y ss. de la LEC de 1881 (Art. 72.II LEC de 1881). J.L. GÓMEZ COLOMER, “La competencia”, en J. MONTERO AROCA et al., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, València, Tirant lo Blanch, 8ª. ed., 1998, pp. 221 y 222.

⁸³ En concreto, las excepciones dilatorias, limitadas al antiguo “juicio de mayor cuantía” (aquél en el que se ventilaban asuntos cuya cuantía fuera superior a 960.000 euros (art. 483.1 LEC de 1881), se proponían con carácter previo a la contestación a la demanda, generando una tramitación propia, y resolviéndose por el juez, también, de modo previo a la misma. Para una aproximación a las mismas, y por todos, J. MONTERO AROCA, “La primera instancia”, en J. MONTERO AROCA et al., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, València, Tirant lo Blanch, 8ª. ed., 1998, p. 160 y ss..

(1) Por un lado, la vía de la excepción dilatoria⁸⁴, suscitaba en ocasiones el problema de la presunta existencia de una sumisión tácita a los tribunales españoles⁸⁵.

(2) Más conflictivo en la práctica –si cabe– era el juego de la declinatoria y la inhibitoria. El hecho de que ambos mecanismos estuvieran diseñados para articular los comportamientos de juzgados y tribunales pertenecientes a la misma jurisdicción, y no para hacer frente a actuaciones de órganos jurisdiccionales de distintos países, generó una proyección poco fluida al tráfico externo. Por un lado, se negó cualquier virtualidad a la “inhibitoria internacional”⁸⁶. Por otro, y en relación con la declinatoria, se asumió su eficacia limitada al efecto negativo –declaración de incompetencia–, rechazando su posible eficacia positiva –la especificación de cual sea el juez o tribunal; en este caso, la jurisdicción extranjera competente–⁸⁷.

23. Esta insatisfactoria situación se ve profundamente alterada por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. El legislador español procede a simplificar todo el modelo mediante la consolidación de la declinatoria como “*instrumento único para el control, a instancia de*

⁸⁴ Aún cuando no fue la más conflictiva: vid, A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado II. Parte Especial*, Madrid, Atlas, 9ª. ed. revisada, 1982, p. 574; P. GONZÁLEZ GANDRA, “Artículo 39”, en en A.M. LORCA NAVARRETE, *Comentarios...*, op. cit., pp. 458-459. En relación con la jurisprudencia, nótese, por todas, S. Aud. Prov. de Bilbao, de 24 de Junio de 1993 (*REDI*, 1994, p. 293).

⁸⁵ Por todos, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 39”, en F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, op. cit., p. 117.

⁸⁶ Por todos, P. GONZÁLEZ GANDRA, “Artículo 39”, art. cit., p. 457 y E. PECOURT GARCIA, “Control e impugnación...”, art. cit., p. 648 y ss.. Especialmente interesante es la mención que este último autor realiza a la Memoria de la Fiscalía TS, de 20 de Febrero de 1950, en la que ésta proclama la imposibilidad de utilizar la inhibitoria en el ámbito internacional (p. 648, su nota 44). La STS de 10 de Noviembre de 1993 (*RAJ* 8980) es, en este sentido, especialmente gráfica. El Alto Tribunal precisa que “*El tratamiento procesal de la falta de jurisdicción se realiza por el cauce establecido para las declinatorias puesto que no es imaginable que un tribunal extranjero requiera de inhibición a uno español para que deje de conocer de un asunto, porque ello atenta contra su soberanía, y por la declinatoria...*”. Igualmente, vid S. Aud. Prov. de Barcelona, de 14 de Noviembre de 1998 (*RGD*, 1999, p. 10124).

⁸⁷ E. PECOURT GARCIA, “Control e impugnación...”, art. cit., p. 652; J. SANTOS VIJANDE, op. cit., p. 243 y ss.. En este sentido, SS. Aud. Prov. de Barcelona, de 14 de Noviembre de 1998 (*RGD*, 1999, p. 10124), Aud. Prov. de Málaga, de 31 de Diciembre de 1994 (*REDI*, 1996, p. 294) . Curiosamente, sin embargo, la poco sofisticada jurisprudencia española en la materia obvió esta eficacia unidireccional de la declinatoria en algunas ocasiones. ...”; así, la ya citada STS de 10 de Noviembre de 1993 (*RAJ* 8980), señaló que “*la declinatoria terminará, cuando proceda, no en la remisión de actuaciones al tribunal competente, sino con indicación a las partes de cuál es el país que a juicio del juez español debe conocer...*”.

parte⁸⁸ de la falta de “competencia internacional o ... de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje⁸⁹ la controversia⁹⁰”.

La eficacia de la declinatoria internacional –como seguidamente veremos- se mantiene, además, en los mismos términos que le fueron tradicionalmente reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia española hasta nuestros días: esto es, se admite su eficacia negativa y se rechaza la positiva.

b) Tramitación de la “declinatoria internacional”.

24. El régimen de tramitación de la declinatoria –interna o internacional- se recoge en el art. 63 y ss. LEC. La declinatoria –insistimos, interna o internacional- se propondrá en los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para la vista⁹¹. Y, se planteará, bien ante el mismo Tribunal que esté conociendo del litigio y al que se considere carente de jurisdicción o, ante el tribunal del domicilio del demandado⁹².

Hasta que sea resuelta, la simple proposición de la misma producirá la suspensión del plazo para contestar o del cómputo para el día de la vista, y el curso del

⁸⁸ Exposición de Motivos LEC, punto VII. Subrayado del autor.

⁸⁹ En este sentido, resulta especialmente significativa la reforma del art. 11 de la Ley 36/1988, de 5 de Diciembre, de Arbitraje (en adelante LA, BOE de 7 de Diciembre de 1988, cde BOE de 4 de Agosto de 1989), operada por la Disposición Final Novena LEC. El art. 11 dice ahora: “1. El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los tribunales conocer de las cuestiones sometidas a arbitraje en el convenio, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”. Anteriormente, el precepto concluía señalando, “siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante la oportuna excepción”, ello planteaba algunos problemas a la hora de concretar la existencia de sometimiento tácito a los tribunales españoles. Al respecto, vid C. ESPLUGUES MOTA, “Zehn Jahre Schiedsgerichtsbarkeitsgesetz in Spanien”, 1999, p. 67 y ss., especialmente, p. 73 y ss..

⁹⁰ Art. 39 LEC. En el mismo sentido, nótese, art. 63.1 LEC (Art. 63. **Contenido de la declinatoria, legitimación para proponerla y tribunal competente para conocer de ella. 1. Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros**”).

⁹¹ Art. 64.1 (vid nota 72 supra).

⁹² Este último la hará llegar al tribunal ante el que se hubiera presentado la demanda de la forma más rápida posible (Art. 63.2 LEC). Al escrito de declinatoria habrán de acompañarse los documentos o principios de prueba en que la misma se funde. Los restantes litigantes dispondrán de un plazo de cinco días, a partir de la notificación de la declinatoria, para alegar y aportar lo que consideren conveniente para sostener la existencia de competencia internacional o de jurisdicción del Tribunal. El Tribunal, por su parte, decidirá la cuestión dentro del quinto día siguiente (Art. 65.1 LEC).

procedimiento principal⁹³. No impedirá, sin embargo, que el Tribunal pueda practicar, a instancia de parte, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado asegure de forma bastante los daños y perjuicios que deriven de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento⁹⁴.

Caso de que el Tribunal estime, efectiva mente, que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los órganos jurisdiccionales de otro Estado, lo declarará mediante Auto, absteniéndose de conocer y, consecuentemente, sobreseyendo el proceso⁹⁵. De esta suerte, ya lo hemos apuntado, se consolida –ahora- la posición tradicionalmente mantenida por la doctrina y la jurisprudencia española en el sentido de aceptar que, en el plano internacional, la declinatoria cuenta con una eficacia parcial, al admitirse exclusivamente su eficacia negativa, mas no la positiva⁹⁶⁹⁷.

III. COOPERACIÓN JURIDICA INTERNACIONAL: LA POSIBILIDAD DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR PARTE DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN APOYO DE PROCEDIMIENTOS ARBITRALES Y JURISDICCIONALES EXTRANJEROS.

A. COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL.

25. La nueva LEC, al igual que hacía el anterior texto de 1881, aborda la cuestión del auxilio judicial internacional a, y por parte de, los tribunales españoles.

⁹³ Art. 64.1 LEC (Vid nota 72 *supra*).

⁹⁴ Art. 64.2 LEC.

⁹⁵ Art. 65.2 LEC. En el mismo sentido se manifiesto el art. 725 LEC en relación con la adopción de medidas cautelares. Contra el Auto del Juez o Tribunal absteniéndose de conocer por falta de competencia internacional cabrá recurso de apelación (Art. 66.1 LEC); esto es, un recurso ante el Tribunal superior en grado a aquel que dictó la resolución (Arts. 455 y ss. LEC). Por su parte, contra el Auto en que se rechace la falta de competencia internacional, sólo cabrá recurso de reposición –ante el mismo órgano jurisdiccional (Art. 451 LEC)-, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva (Art. 66.2 LEC).

⁹⁶ Contraste que se pone de manifiesto al observar las soluciones previstas en los supuestos de estimación de la declinatoria en el plano interno, en los que se reconoce el doble efecto de la misma (por ejemplo, art. 65.3, 4 y 5 LEC).

⁹⁷ Con carácter general en relación con la tramitación de la declinatoria, vid M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, op. cit., p. 264 y ss..

Hasta 1985, fecha de promulgación de la LOPJ, el art. 300⁹⁸ de la LEC de 1881 constituyó la norma de origen estatal sobre la que se asentaba el modelo español de cooperación judicial internacional. Sobre este precepto se fueron articulando, con el paso del tiempo, los diversos Convenios internacionales en la materia de los que España fue deviniendo parte y que, hoy por hoy, conforman un entramado convencional amplio, y de enorme trascendencia en este ámbito⁹⁹. A ellos debe unirse, recientemente, el Reglamento (CE) n.º. 1348/2000 del Consejo, de 29 de Mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil¹⁰⁰.

La promulgación de la LOPJ, en 1985, conllevó el diseño de un modelo normativo –estatal- de cooperación judicial internacional, más claro y articulado que el previsto en el

⁹⁸ Art. 300 LEC de 1881: “*Las diligencias judiciales que deban practicarse en el extranjero se cursarán en la forma que establezcan los tratados internacionales. A falta de éstos, los despachos se cursarán por vía diplomática, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.*”

En el caso de que la diligencia vaya dirigida a un demandado español, residente en el extranjero, podrá ser ejecutada por el Jefe de la Oficina Consular española, o en su caso, el Jefe de la Misión Diplomática de la demarcación donde deba practicarse, siempre que a ello no se opongan las leyes del país de residencia.

Si el demandado fuera extranjero, las copias de la demanda y de los documentos irán redactados en castellano.

Estas mismas reglas se observarán para dar cumplimiento en España a los exhortos de Tribunales extranjeros por los que se requiera la práctica de alguna diligencia judicial’.

⁹⁹ Así, en el plano multilateral, se trata fundamentalmente, de los Convenios mencionados en la nota 5 *supra*. A estos textos multilaterales deben unirse determinados convenios bilaterales concluidos por España, en concreto, con la Gran Bretaña, sobre mutua asistencia en procedimientos civiles y comerciales, de 27 de Junio de 1929 (*Gaceta de Madrid*, de 10 de Abril de 1930), con Italia, sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 22 de Mayo de 1973 (*BOE* de 15 de Noviembre de 1977), con la extinta Checoslovaquia, sobre asistencia jurídica y reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, de 4 de Mayo de 1987 (*BOE* de 3 de Diciembre de 1988, cde *BOE* de 26 de Enero de 1989), con Uruguay, de cooperación jurídica, de 4 de Noviembre de 1987 (*BOE* de 30 de Abril de 1998), con Brasil, sobre cooperación jurídica en materia civil, de 13 de Abril de 1989 (*BOE* de 10 de Julio de 1991, cde *BOE* de 13 de Agosto de 1991), con China, sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, de 2 de Mayo de 1992 (*BOE* de 31 de Enero de 1994, cde *BOE* de 11 de Marzo de 1994), con Bulgaria, de asistencia judicial en materia civil, de 23 de Mayo de 1993 (*BOE* de 30 de Junio de 1994), con la extinta URSS, sobre asistencia judicial en materia civil, de 26 de Octubre de 1990 (*BOE* de 25 de Junio de 1997), con Marruecos, sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, de 30 de Mayo de 1997 (*BOE* de 25 de Junio de 1997), con Portugal, relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, de 19 de Noviembre de 1997 (*BOE* de 21 de Enero de 1999) y con Tailandia, de asistencia judicial en materia civil y mercantil, de 15 de Junio de 1998 (*BOE* de 7 de Mayo de 1999, cde *BOE* de 2 de Junio de 1999). Todos ellos reproducidos en S. ALVAREZ GONZÁLEZ, C. ESPLUGUES MOTA, P. RODRIGUEZ MATEOS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., p. 413 y ss..

¹⁰⁰ DOCE L 160, de 30 de Junio de 2000.

art. 300 LEC¹⁰¹. Un modelo que, en la práctica, y al igual que ocurría con el de la LEC, coexiste con los Convenios que vinculan a España en la materia, subordinándose a ellos.

28. La LEC de Enero de 2000 dedica su art. 177¹⁰² a la “Cooperación judicial internacional”. El precepto, en un intento por adecuarse formalmente a la estructura de las soluciones de la LOPJ¹⁰³, diferencia entre la solicit.ud de cooperación planteada por los tribunales españoles a los órganos judiciales extranjeros, y la suscitada por éstos a los españoles. En este sentido precisa que¹⁰⁴:

(1) Los “despachos” para la práctica de “actuaciones judiciales en el extranjero” por parte de los Tribunales españoles se “cursarán conforme a lo establecido en los Tratados internacionales de los que España sea parte y, en su defecto, en la legislación interna que resulte aplicable”, esto es, con carácter general, la LOPJ.

(2) En aquellos casos en los que sean los órganos judiciales extranjeros los que solicit.en auxilio a los tribunales españoles se estará, también, a “lo dispuesto por dichas normas”, tanto convencionales como estatales.

29. El art. 177, en definitiva, incorpora una mera remisión a lo dispuesto en los distintos Convenios internacionales de los que España es parte –y, por ende, al reciente Reglamento comunitario-, y al régimen previsto en la LOPJ. Con ello, el precepto, como ocurre con otros artículos de la LEC, deviene un mero recordatorio de cual es la realidad jurídica existente en este sector desde 1985¹⁰⁵.

Con todo, no se trata de un precepto inocuo. La incorporación del art. 177 LEC no está exenta de ciertas críticas. Por un lado, un precepto redactado en estos términos favorece –de nuevo- la dispersión del sistema español de Derecho internacional privado.

¹⁰¹ La LOPJ diferencia entre los supuestos de solicit.ud de colaboración por parte de los órganos jurisdiccionales españoles a otros extranjeros (art. 276) y aquellos otros de solicit.ud a los tribunales españoles por parte de tribunales extranjeros (arts. 277 y 278). En ambos casos, se estará, antes que nada, a lo dispuesto en los Tratados. En el segundo supuesto y en el caso de no existir tales tratados, se resolverá “en razón de reciprocidad” (art. 277).

¹⁰² Último del Capítulo VI (“Del auxilio judicial”), del Título V (“De las actuaciones judiciales”).

¹⁰³ Vid nota 101 *supra*.

¹⁰⁴ Para un análisis más en profundidad, vid A. RODRÍGUEZ MERINO, “Artículo 177”, en A.M. LORCA NAVARRETE, op. cit., T. I, p. 1126 y ss.; J. PÉREZ MILLA, *La notificación judicial internacional*, Granada, Comares, 2000, pp. 13 y ss. y 64 y ss..

¹⁰⁵ En esta línea se manifiestan M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, op. cit., pp. 279-280.

Una dispersión que podría verse acrecentada en el supuesto de que el Gobierno español cumpla con la obligación que se ha autoimpuesto en la Disposición final vigésima de la propia LEC, en el sentido de remitir a las Cortes un proyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la LEC¹⁰⁶.

Por otro lado, este carácter puramente genérico¹⁰⁷ del precepto, a expensas de la futura aprobación de la mencionada Ley de cooperación jurídica internacional, conduce a que la nueva LEC, como ya hizo en su momento la LOPJ¹⁰⁸, mantenga silencio respecto de la cooperación con órganos de naturaleza distinta a la judicial, ya sean éstos órganos de carácter administrativo o, fundamentalmente, tribunales arbitrales¹⁰⁹. La ausencia de cualquier referencia expresa a esta colaboración en el art. 177 LEC, sin embargo, no implica que el legislador no sea consciente de la creciente necesidad práctica de articular vías de cooperación. De hecho, ello se pone significativamente de manifiesto en la propia LEC: fundamentalmente, en lo referente a la posible adopción por el juez español de medidas cautelares en apoyo de procedimientos –estatales o arbitrales- extranjeros, a la que seguidamente –y asumiendo un concepto “amplísimo” de auxilio judicial internacional- haremos referencia.

B. POSIBILIDAD DE ADOPCIÓN POR EL JUEZ ESPAÑOL DE MEDIDAS CAUTELARES EN APOYO DE PROCEDIMIENTOS –ARBITRALES O JURISDICCIONALES- EXTRANJEROS.

30. La LEC aproxima en su art. 722 un tema de enorme trascendencia práctica, al que la doctrina española ha dedicado una especial atención en los últimos años: la posibilidad de

¹⁰⁶ Algo que ya hizo en su momento, sin llegar a buen término. Al respecto, vid C. ESPLUGUES MOTA, "Der spanische Vorentwurf ...", art. cit., p. 61 y ss..

¹⁰⁷ P. JIMÉNEZ BLANCO habla de "previsión genérica sobre asistencia judicial internacional" (P. JIMÉNEZ BLANCO, "Artículo 177", en F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, op. cit., p. 239.

¹⁰⁸ Que titula el Capítulo VIII de su Título III como "*De la cooperación jurisdiccional*".

¹⁰⁹ Y ello ocurre, incluso, en el plano interno, en el que la obligación de cooperación entre órganos jurisdiccionales y otras entidades, se diseña a favor de los órganos jurisdiccionales, no de éstos respecto de aquellas. Al respecto, y analizando la incidencia en este punto del art. 118 de la Constitución Española, vid, S. BARONA VILAR, "Resoluciones y actos de comunicación", en J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *El nuevo...*, op. cit., pp. 182-183.

que el juez español adopte medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral o judicial desarrollado fuera de nuestras fronteras ¹¹⁰.

Lamentablemente, el resultado alcanzado no es todo lo positivo que hubiera sido deseable. Si bien el apartado segundo del precepto precisa que “ *quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero* ” podrá solicitar a un tribunal español la adopción de medidas cautelares. Tal posibilidad queda expresamente subordinada al cumplimiento de dos condiciones: primero, la solicitud de medidas cautelares se realizará con “ *arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación* ” en la materia. En segundo lugar, se especifica que tal cooperación podrá otorgarse “ *en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles* ”. Como seguidamente veremos, estos dos requisitos, que respecto a la adopción de medidas cautelares en apoyo de un procedimiento judicial desarrollado en el extranjero, atribuyen al art. 722.I LEC un cierto carácter redundante (i), tienen –sin embargo– unas consecuencias muy negativas en relación con los procedimientos arbitrales desarrollados fuera de nuestras fronteras, al limitar severamente su virtualidad práctica (ii).

i) Adopción de medidas cautelares en apoyo de un procedimiento judicial desarrollado fuera de España.

31. La remisión de la posibilidad de que los jueces españoles adopten medidas cautelares en apoyo de procedimientos judiciales extranjeros a lo dispuesto en los Tratados y Convenios internacionales de los que España sea parte supone una mención,

¹¹⁰ Por todos, vid F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw Hill, 1996 o de V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, Eurolex, 1996. Además, en el campo estrictamente arbitral, nótese, C. ESPLUGUES MOTA, “El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional”, en CGPJ, *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Madrid, 1997, p. 37 y ss.; S. BARONA VILAR, “Adopción de medidas cautelares por el juez nacional en el arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, 1992, p. 221; *Ibid.*, “Resolución de controversias en el comercio internacional”, en S. BARONA VILAR, C. ESPLUGUES MOTA y J. HERNANDEZ MARTI, *Contratación internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 1999, p. 1001 y ss.; A.M. LORCA NAVARRETE, “Artículo 722”, en A.M. LORCA NAVARRETE, *op. cit.*, T. III; p. 3820 y ss.. En relación con este último ámbito, conviene recordar que la LA no aborda la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte del árbitro, o del juez estatal en apoyo de aquél. Limitándose su art. 50 a regular la posibilidad de adoptarlas tras haberse solicitado el reconocimiento del laudo arbitral extranjero.

fundamentalmente, a los Convenios de Bruselas, de 1968, y de Lugano, de 1988 ¹¹¹, en los que tal posibilidad es prevista en sus respectivos arts. 24.

No debe olvidarse, sin embargo, que ésta es –además- una posibilidad prevista en el art. 22.5 LOPJ, que atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales españoles “*cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España*”, algo que parecen olvidar los redactores de la LEC.

32. El segundo requisito previsto en el art. 722.II LEC con vistas a la adopción de medidas cautelares por parte de los tribunales españoles, en apoyo de un “*proceso jurisdiccional ... que se siga en país extranjero*” refiere al hecho de que los tribunales españoles no sean competentes, con carácter exclusivo, para conocer del asunto principal. La especial vinculación existente entre el litigio y los órganos jurisdiccionales que conocen del mismo, consustancial a los fueros exclusivos, amén de la aplicabilidad directa en España del art. 16 de los Convenios de Bruselas y de Lugano que defiende amplios sectores de la doctrina española ¹¹², hacen pensar que esta posibilidad devendrá marginal en la práctica.

En última instancia, además, siempre cabría referir al mandato del mencionado art. 22.5 LOPJ –una norma superior en rango a la LEC- en el que esta cooperación no queda expresamente subordinada a requisito alguno ¹¹³...

33. En última instancia, y con independencia de las valoraciones que acabamos de realizar, queda claro que en el supuesto de adopción por el juez español, de medidas cautelares en apoyo de procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales extranjeros, la inclusión del art. 722.II no genera situación novedosa alguna con respecto a la que, con relación a este punto, existía en España con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC.

¹¹¹ Así como, al Convenio con Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, de 1997 (cit. nota 4 *supra*), que como señalamos en su momento, es una copia a escala bilateral de los textos de Bruselas y Lugano, y al Reglamento (CE) nº. 1347/2000 del Consejo, de 29 de Mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (cit. nota 61 *supra*). Al respecto, recuérdese lo mencionado en la nota 60 *supra*.

¹¹² Al respecto, vid J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., pp.. 127-128. M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ hablan gráficamente de la “derogación material” del art. 22.1 LOPJ por el art. 16 CB/CL (M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., pp. 180-181); J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La competencia ...”, art. cit., p. 352.

ii) *Adopción de medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral desarrollado fuera de España.*

34. Mucho más criticable es la situación generada por el art. 722.II LEC respecto de la posible adopción de medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral desarrollado fuera de nuestras fronteras. La vinculación de esta posibilidad a lo previsto en los “*Tratados y Convenios que sean de aplicación*” constituye, en la práctica, un grave condicionante a su efectividad. Y ello, atendido el silencio que estos “*Tratados y Convenios*” que vinculan a España en materia arbitral guardan en relación con este punto. Por un lado, el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de Junio de 1958¹¹⁴, nada dice al respecto. Mientras que la referencia incorporada en el art. VI.4 del Convenio de Ginebra, de 1961, sobre arbitraje comercial internacional¹¹⁵, se limita a apuntar que la solicitud de medidas cautelares ante una autoridad judicial, no se entenderá como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, “*ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo*”. Por su parte, los Convenios de Bruselas y de Lugano excluyen de su ámbito de aplicación al arbitraje comercial internacional¹¹⁶... aunque ello se haya visto matizado –de forma importante- por la STJCEE de 17 de Noviembre de 1998, en el asunto C-391/95, Van Huden¹¹⁷.

En definitiva, la respuesta generada por la LEC no cumple las expectativas de clarificación exigibles a su redactor con relación a una materia tan relevante como ésta. El art. 722.II LEC, lejos de solventar un –ya- viejo problema, obliga de nuevo a atender a valoraciones doctrinales y jurisprudenciales. De esta suerte, se hace imprescindible verificar, en primer lugar, si la mencionada S. del Tribunal de Luxemburgo en el asunto Van Huden da vía libre –o no- a una aplicación generalizada del art. 24 CB, siempre que los derechos en litigio en el arbitraje sean subsumibles en el ámbito de aplicación material del Convenio; y, por ende, si la solución alcanzada por el Tribunal de Justicia refiere a todos los arbitrajes o, tan sólo, a aquellos que se desarrollan en Estados miembros de la Unión Europea¹¹⁸. Caso de que finalmente se considerase inaplicable al art. 24 CB, la inconcluyente norma del art. 722.II LEC fuerza a aproximar si fuese factible pensar que el

¹¹³ M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 180; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 722”, en F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, op. cit. pp. 824-825.

¹¹⁴ BOE de 11 de Julio de 1977.

¹¹⁵ BOE de 4 de Octubre de 1975.

¹¹⁶ Art. 1.4.

¹¹⁷ Rec., 1998, p. I-7091.

¹¹⁸ Al respecto, M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 242.

art. 22.5 LOPJ, al que hemos hecho referencia anteriormente ¹¹⁹, y en el que nada se dice acerca de la naturaleza del órgano que solicita la adopción de la medida cautelar, sirve para colmar esta laguna ¹²⁰...

35. En definitiva, todo hace pensar que los redactores de la LEC, aunque formalmente abordan la posibilidad de adoptar medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales desarrollados fuera de nuestras fronteras, no pensaron en ello al redactar el art. 722.II.

El sinsentido que supone referir a los “*Tratados y Convenios que sean de aplicación*” en este ámbito, se agudiza al analizar la segunda condición exigida por el precepto para conceder las cautelas solicitadas por un tribunal arbitral extranjero: que “*para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles*”. Y ello, por cuanto la referencia a la “*competencia exclusiva*” encuentra su significado, únicamente, respecto de los procesos desarrollados ante órganos jurisdiccionales estatales, no ante tribunales arbitrales, dado que, como reconoce la propia LA española, el sometimiento a arbitraje “*impide a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje*”¹²¹.

Tal como señala S. BARONA VILAR, en el ámbito arbitral esta mención a la exclusividad debería reinterpretarse en el sentido de referir a materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje de acuerdo con el art. 2 LA. De otra suerte, señala la autora, carecería de sentido alguno su inclusión ¹²²...

36. La sensación que genera el art. 722.II LEC tras su lectura es de cierta desazón. El legislador no sólo desaprovecha una magnífica oportunidad de solventar un problema práctico y teórico de innegable importancia ¹²³, sino que –además– aporta una solución

¹¹⁹ Vid nº 31 *supra*.

¹²⁰ Algo por lo que optan M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ (en el sentido de acudir, sin duda aparente, al precepto en aquellos escasos supuestos no cubiertos por el art. 24 CB, M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 242) y que nosotros, atendida la errática jurisprudencia española en la materia y el silencio de la LA, no vemos tan fácil de asumir.

¹²¹ Art. 11.1 LA. Este mandato se recoge, también, de forma expresa, en el art. II.3 del Convenio de Nueva York de 1958, en lo referente al arbitraje internacional.

¹²² S. BARONA VILAR, “Artículo 722”, art. cit., (en prensa).

¹²³ Esta negativa sensación, además, no hace sino incrementarse al leer el art. 724.II LEC en el que se precisa el tribunal español competente para adoptarlas. En este sentido, y por referencia, se señala que en aquellas ocasiones en que las medidas cautelares se solicitan estando pendiente un proceso “*ante un tribunal extranjero*” –nada se dice de un procedimiento arbitral extranjero– será competente para adoptarlas el tribunal del lugar en que la sentencia extranjera

muy deficiente. En última instancia, el precepto opta por soslayar la cuestión más candente –la colaboración con un procedimiento arbitral desarrollado en el extranjero- mientras que aborda una materia que no requiere regulación –al menos, en los términos en que la misma se realiza-, como es la cooperación con órganos jurisdiccionales extranjeros en materia de adopción de medidas cautelares ¹²⁴...

IV. EFICACIA EN ESPAÑA DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS.

37. Uno de los puntos más criticados de la anterior LEC de 1881, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, era el referente al régimen de la eficacia, en España, de los documentos públicos extranjeros, previsto en sus arts. 600 y 601. La nueva LEC viene a reformar –ahora- esta situación, introduciendo un sistema más depurado que el anterior.

A. REQUISITOS PARA LA EFICACIA DEL DOCUMENTO PÚBLICO EXTRANJERO EN ESPAÑA.

38. El antiguo art. 600¹²⁵ LEC señalaba que los documentos “*otorgados en otras naciones*” tendrían el “*mismo valor en juicio que los autorizados en España*”, siempre que cumplieran una serie de requisitos. Esta incorrecta referencia, de partida, a “*otorgados en*

“*deba ser ejecutad(a)*” y, en su defecto, el del lugar “*donde las medidas deban producir su eficacia*”, en ambos casos subordinado a lo que “*prevean los Tratados*”. Con esta solución el legislador parece olvidar el carácter accesorio que acompaña a estas medidas, y su necesidad de rapidez y efectividad. La vinculación de la competencia a la futura “*ejecución*” de la sentencia extranjera es aleatoria, dado que se trata de un dato que sólo puede ser conocido una vez dictada ésta. Por su parte, la referencia al lugar donde deba producir su eficacia, aunque más correcta, peca también de una excesiva generalidad. Al respecto, y con una posición muy crítica, vid S. BARONA VILAR, “Artículo 724”, en *Comentarios...*, op. cit. (en prensa).

¹²⁴ Mientras que, sin embargo, mantiene silencio en relación con el “espinoso” problema del reconocimiento en España de decisiones cautelares extranjeras, dado que el art. 951 LEC de 1881 –que como dijimos en su momento, sigue vigente en este punto (vid nota 22 *supra*)- exige la condición de firmeza a las resoluciones extranjeras, para ser reconocidas en España (Vid F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 182 y ss.).

¹²⁵ Art. 600 LEC de 1881: “*Los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España si reúnen los requisitos siguientes:*

1º. Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España.

2º. Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país.

3º. Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se hayan verificado los actos o contratos.

4º. Que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España”.

otras naciones”, en vez de a “emanados de autoridades públicas extranjeras”, se combinaba –además- con la exigencia de un volumen excesivo de condiciones para que tales documentos produjeran efectos en nuestro país. En este sentido, la doctrina patria consideraba que, siendo el valor probatorio del documento extranjero sensiblemente inferior en sus efectos, a los derivados del reconocimiento de una resolución judicial foránea, sin embargo, el art. 600 exigía el cumplimiento de unas condiciones muy estrictas, altamente similares a los exigidos para la homologación en España de una decisión extranjera.

La razón de ello se encontraba en la confusión que el precepto incorporaba entre requisitos referidos a la fuerza probatoria extrínseca del documento –su autenticidad¹²⁶-, a la fuerza probatoria intrínseca –capacidad para servir de prueba de la existencia del acto jurídico recogido en tal documento¹²⁷- y a las condiciones de validez, en España, del acto incorporado en el documento público extranjero¹²⁸. Tres facetas radicalmente diferentes que, además, en algunos casos –los previstos en los arts. 600.1º y 2º LEC de 1881- se interrelacionaban de forma muy poco satisfactoria con las normas sobre determinación de la ley aplicable incorporadas en el ordenamiento jurídico español¹²⁹.

39. Esta situación viene, ahora, a cambiar en profundidad, con el art. 323 LEC. El precepto, para comenzar, incorpora en su enunciado una redacción más correcta, desde un punto de vista técnico, al referir a los “*Documentos públicos extranjeros*” frente a la ya apuntada mención del art. 600 de la antigua LEC de 1881 a los “*documentos otorgados en otras naciones*”.

Dicho esto, el artículo señala que “*a efectos procesales*” se considerarán documentos públicos a “*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 la LEC. Ciertamente, no se especifica cuando un documento goza de la condición de “*extranjero*”, mas está implícito en el precepto que la

¹²⁶ Recogido en el art. 600.4º LEC de 1881 (vid nota 125 *supra*).

¹²⁷ Recogido en el art. 600.3º LEC de 1881 (vid nota 125 *supra*).

¹²⁸ Art. 600.1º y 2º (vid nota 125 *supra*).

¹²⁹ Esencialmente, el art. 11 Cc. Por todos, J.C. FERNANDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., pp. 312-315; E. RODRÍGUEZ GAYÁN, *Derecho Registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 56 y ss..

misma le viene dada como consecuencia de la nacionalidad de la autoridad que lo otorga¹³⁰.

40. Este positivo punto de partida se acompaña, además, de una diferenciación entre “documento” y “acto”, algo que –como ya hemos apuntado- quedaba muy difuminado en la anterior regulación. En este sentido,

(1) El art. 323 de la nueva LEC dedica los numerales 1º y 2º de su segundo apartado a concretar los requisitos necesarios para verificar la fuerza probatoria del documento extranjero. En esta línea señala que, en aquellas ocasiones en que no sea aplicable Tratado o Convenio alguno, y –además- no exista ninguna ley especial que incorpore una solución diferente, se considerarán -en España- como documentos públicos, a aquellos documentos extranjeros que reúnan los dos requisitos siguientes¹³¹:

(a) En primer lugar, que en el otorgamiento o confección del documento “ *se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se haya (n) otorgado para que el documento haga prueba plenamente en juicio*” y,

(b) En segundo lugar, que el documento extranjero contenga “ *la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España* ”.

Los “requisitos” introducidos coinciden de forma casi lineal con los recogidos – respectivamente- en los apartados 3º y 4º del art. 600 de la LEC de 1881. Las positivas valoraciones que conlleva la reducción de los cuatro requisitos del art. 600 de la antigua LEC a los dos de la actual –aquellos referidos, específicamente, a la fuerza probatoria del documento público extranjero- se ven un tanto empañadas por la redacción de la primera circunstancia –que, únicamente, remite a la ley del lugar de otorgamiento¹³²-, y por las

¹³⁰ Al respecto, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 323”, en F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, op. cit., p. 378.

¹³¹ Recordemos que, como veremos posteriormente, a estos dos requisitos debe sumarse la exigencia de traducción prevista en el art. 144 LEC (vid nº. 41 *infra*).

¹³² Art. 323.2.1º LEC. La doctrina resalta los problemas que pueden surgir en aquellas ocasiones en que el documento ha sido otorgado por autoridad diplomática o consular. En este caso se produce una disociación entre la ley de la autoridad y la ley del lugar de otorgamiento. Al respecto P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 323”, art. cit., p. 380.

consecuencias que las mismas puede conllevar a la hora de su articulación con el art. 11 Cc en el que junto a la conexión “lugar del otorgamiento” se presentan cuatro más ¹³³.

(2) Por su parte, el apartado 3 del art. 323 LEC precisa que, en aquellas ocasiones en que el mencionado documento extranjero incorpore “*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*”. En otras palabras, se exige reunir todas las condiciones referentes a la validez del acto.

En definitiva, ello significa que, junto al respeto de los requisitos de forma exigidos por la ley del lugar de otorgamiento –art. 323.1º- y de los requisitos para acreditar su autenticidad en España –art. 323.2º- deberá tomarse en consideración la ley dispuesta por el art. 9.1¹³⁴ Cc en relación con la capacidad, la ley convocada por la correspondiente norma de conflicto española, en relación con el objeto del documento y, por último, respecto a la forma, lo dispuesto en el art. 11 Cc y demás disposiciones sobre forma que pueda incorporar el ordenamiento jurídico español ¹³⁵.

B. EXIGENCIA DE TRADUCCIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS.

41. El art. 601¹³⁶ de la LEC de 1881 precisaba la exigencia de traducción de los documentos extranjeros para que éstos pudieran ser eficaces en España. La nueva LEC

¹³³ En relación con este punto, y atendido el carácter público del documento –requerido, por su propia naturaleza de la intervención de una autoridad pública- la doctrina minimiza los problemas de interrelación de los arts. 323.1º LEC y 11 Cc, optando por afirmar la aplicación exclusiva del primero, sin necesidad de interpretarlo conjuntamente con el segundo. En este sentido, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 323”, art. cit., p. 380.

¹³⁴ Art. 9.1 Cc: “*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad, el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. ...*”.

¹³⁵ Por ejemplo, las recogidas en el Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de 5 de Octubre de 1961 (BOE de 17 de Agosto de 1988) o el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de Junio de 1980 (BOE de 19 de Junio de 1993, cde BOE de 9 de Agosto de 1993, art. 9). Por todos, vid M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998, p. 179 y ss..

¹³⁶ Art. 601 LEC de 1881: “*A todo documento redactado en cualquier idioma que no sea el castellano se acompañará la traducción del mismo y copias de aquél y de ésta. Dicha traducción podrá ser hecha privadamente, en cuyo caso, si alguna de las partes la impugnare dentro del tercer día manifestando que no la tiene por fiel y exacta, se remitirá el documento a la interpretación de Lenguas para su traducción oficial. ...*”.

reproduce sustancialmente ese requerimiento en su art. 144, aunque varía la concreta redacción en algunos extremos¹³⁷

42. En este sentido, el apartado 1 del art. 144 señala, como principio general¹³⁸, que a todo documento redactado en un 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”. Lógicamente, el precepto no exige una doble traducción –al español y a la otra lengua oficial de la Comunidad Autónoma-, limitándose a apuntar la posibilidad de que esta exigencia de traducción lo sea a cualquiera de las lenguas oficiales en el concreto territorio en que se está desarrollando el litigio. En un continente tan viejo como el nuestro, en el que conviven pueblos de muy diferentes culturas, éste requisito posee una innegable trascendencia práctica¹³⁹.

43. Esta traducción, añade el numeral 2 del artículo 144, “ *podrá ser hecha privadamente y, en tal caso, si alguna de las partes la impugna dentro de los cinco días siguientes desde el traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta y expresando las razones de su discrepancia, se ordenará respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiere presentado*”. En el caso de que la traducción oficial resultare sustancialmente idéntica a la privada, los gastos generados por la misma serán de cargo de quien la solicitó, si la traducción oficial – efectivamente- fue realizada a instancia de parte.

44. Las similitudes, pues, son notables con el antiguo art. 601 LEC. Aunque en la redacción incorporada por la LEC se procede, simplemente, a modificar ciertos puntos relativos, fundamentalmente, a los costes de la traducción. La alteración fundamental que incorpora el art. 144, sin embargo, refiere a la colocación sistemática del precepto en el nuevo texto procesal. Frente a lo que ocurría anteriormente, ahora se altera su

¹³⁷ En línea con lo dispuesto en el art. 142 de la propia LEC y en el art. 231 LOPJ. Al respecto, C. ARANGUENA FANEGO, “Artículo 144”, en A.J. LORCA NAVARRETE, op. cit., T. I, p. 940 y ss..

¹³⁸ Obviamente, condicionado por lo dispuesto en los distintos Tratados de los que España sea parte y que incidan sobre este punto. Al respecto, vid P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 144”, en F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, op. cit., p. 203, quien incorpora una referencia exhaustiva a los mismos.

¹³⁹ De hecho, la trascendencia que el tema lingüístico puede tener en un continente como el europeo se ha puesto ya de manifiesto ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades. En concreto, en relación con el idioma de sustanciación de un proceso penal (S. de 24 de Noviembre de 1998, en el asunto C-274/96 (Bickel and Franz, Rec., 1998, p. I-7637).

emplazamiento, al desgajarse de la eficacia del documento público extranjero ¹⁴⁰, pasando a abordarse de forma independiente ¹⁴¹...

V. APLICACIÓN POR EL JUEZ ESPAÑOL DEL DERECHO EXTRANJERO CONVOCADO POR LA NORMA DE CONFLICTO ESPAÑOLA.

A. INTRODUCCIÓN.

45. Tal como señalamos en su momento, la LEC, a la vez que colma ciertos vacíos legislativos que pudieran existir y depura las soluciones otorgadas tradicionalmente en concretos ámbitos, procede –también– a “recolocar” sistemáticamente diversas normas de naturaleza claramente procesal que hasta el momento venían recogidos en el Cc. En concreto, se trata de los arts. 8.2 Cc –relativo al ámbito de aplicación de la normativa procesal española¹⁴²– y 12.6.II Cc –sobre la aplicación del Derecho extranjero–. Este último es ahora abordado en el art. 281 LEC¹⁴³, primero de los preceptos que la nueva Ley dedica a la prueba¹⁴⁴.

46. El art. 281 LEC, en su primer apartado, precisa con carácter general que la prueba “*tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso*”.

47. Sin embargo, tal como viene constatando la doctrina procesalista hasta el momento, el objeto de la prueba pueden no ser, exclusivamente, hechos; ni siquiera los datos alegados por las partes. En ocasiones, la actividad probatoria puede referirse al derecho

¹⁴⁰ Recogido en la Sección 2ª (“*De los documentos públicos*”), del Capítulo VI (“*de los medios de prueba y las presunciones*”) del Título I (“*De las disposiciones comunes a los procesos declarativos*”) del Libro II (“*De los procesos declarativos*”).

¹⁴¹ En el Capítulo IV (“*De la fe pública judicial y de la documentación de las actuaciones*”) del Título V (“*De las actuaciones judiciales*”) del Libro I (“*De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles*”) de la nueva LEC.

¹⁴² Y al que se hizo referencia en la nota 21 *supra*.

¹⁴³ La disposición derogatoria única de la LEC precisa “2. *Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones. 1º. El apartado segundo del artículo 8; el párrafo segundo del apartado sexto del artículo 12; ... todos ellos del Código civil*”.

¹⁴⁴ El art. 281 es el primero de la Sección 1ª -“*Del objeto, necesidad e iniciativa de la prueba*”- del Capítulo V -“*De la prueba: Disposiciones Generales*”- del Título I -“*De las disposiciones comunes a los procesos declarativos*”- del Libro Segundo -“*De los procesos declarativos*”- de la nueva LEC.

y, también, a las máximas de la experiencia¹⁴⁵. Consecuente con ello, el apartado 2 del art. 281 LEC especifica claramente que también “ *serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero*”...

48. Una vez realizada esta afirmación general, el análisis del específico régimen incorporado en relación con la prueba de la costumbre y del Derecho extranjero desvela la existencia de importantes diferencias entre uno y otro. La exigencia de prueba de la costumbre, prevista en el art. 281.2 LEC, está plenamente de acuerdo con el mandato del art. 1.3¹⁴⁶ Cc. Ahora bien, de la misma forma que se considera que la prueba de la costumbre es innecesaria cuando el juez conoce la misma¹⁴⁷, el precepto de la LEC añade que su prueba no será necesaria “ *si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público* ”.

El régimen de prueba del Derecho extranjero, empero, es distinto y mucho más complejo que el anterior.

B. LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

49. En relación con la prueba del Derecho extranjero, el art. 281.2 LEC precisa que el “ *derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”.

50. A primera vista, el modelo incorporado en el precepto reproduce a grandes rasgos la solución recogida en el art. 12.6.II¹⁴⁸ Cc -ahora derogado-. Ahora bien, aún aceptando lo

¹⁴⁵ Por todos, J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1996, p. 39; *Ibid.*, “Disposiciones comunes a los procesos declarativos”, en J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *El nuevo...*, op. cit., pp. 258-259.

¹⁴⁶ Art. 1.3 Cc: “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral y al orden público y que **resulte probada**” (subrayado del autor). Fijémonos que, tal como señala la doctrina procesal española, respecto de la costumbre, no es suficiente convencer al tribunal de la realidad de una conducta repetida, sino que es preciso llevar a él la convicción de la denominada *opinio iuris seu necessitatis*. En este sentido, vid A. DE LA OLIVA SANTOS, en A. DE LA OLIVA SANTOS e I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit., p. 289.

¹⁴⁷ J. MONTERO AROCA, *La prueba...*, op. cit., p. 55.

¹⁴⁸ Art. 12.6.II Cc: “*La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efectos las providencias oportunas*”.

anterior, un análisis más pormenorizado del mismo pone – empero- de manifiesto la presencia de algunas modificaciones de interés.

(1) Frente a la solución recogida en el antiguo art. 12.6.II Cc, el art. 281 LEC introduce la importante novedad de obviar cualquier referencia a la necesidad de invocación del Derecho extranjero por la parte que propugne su aplicación ¹⁴⁹. La lectura lineal del precepto de la LEC apoya –ahora- la consideración de que las partes no están ya obligadas a alegar el derecho foráneo. Más aún, que ni siquiera ellas deben ser –necesariamente- las encargadas de iniciar el proceso de prueba del mismo ¹⁵⁰.

Esta alteración incorpora una trascendencia muy superior a la de la mera exigencia –o no- de una concreta actuación procesal. La desaparición de la necesidad de alegación del Derecho extranjero por las partes implica una importante relectura del modelo español de aplicación del Derecho extranjero que, a raíz de la misma, alcanzaría –al menos teóricamente- su verdadero sentido y toda su potencialidad. La obligación que el art. 12.6.I ¹⁵¹ Cc impone al juez español de aplicar de oficio la norma de conflicto española se vería, así, liberada de la cortapisa que suponía la exigencia de alegación por las partes, prevista en el antiguo art. 12.6.II Cc. En otras palabras, si el juez español está obligado a aplicar de oficio la norma de conflicto española, necesariamente deberá también tomar en consideración el Derecho foráneo a que aquella le remita ¹⁵², sin necesidad de esperar a que las partes le aleguen la aplicabilidad de éste.

(2) Esta alteración del punto de partida, sin embargo, no debe hacer olvidar que el juez español no tiene obligación de conocer el derecho extranjero convocado por la norma

¹⁴⁹ Exigencia requerida de forma rígida por la jurisprudencia española. Así, SSTS de 13 de Febrero e 1974 (RAJ 491); de 17 de Abril de 1976 (RAJ 1811); de 12 de Noviembre de 1976 (RAJ 4921); de 10 de Junio de 1988 (RAJ 10368); de 7 de Septiembre de 1990 (RAJ 6855); de 28 de enero de 1994 (RAJ 572); de 23 de Marzo de 1994 (RAJ 2167); de 10 de Junio de 1988 (RAJ 10368); de 10 de Junio de 1995 (RAJ 4907); de 25 de enero de 1999 (RAJ 321); de 19 de Febrero de 1999 (RAJ 1054) y S. Aud. Prov. de Pamplona, de 17 de enero de 1994 (AC 1994/25); S. Aud. Prov. de Asturias de 12 de Diciembre de 1994 (AC 1994/2180); S. Aud. Prov. de Guipúzcoa, de 31 de diciembre de 1999 (AC 1999/2481); S. Aud. Prov. de Baleares, de 6 de Febrero de 1999 (AC 1999/3244), entre otras muchas. Al respecto, vid FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., p. 231.

¹⁵⁰ Ello se vería, además, apoyado por el mandato de los arts. 281.2 *in fine* (“*pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”) y del art. 282 (“*Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley*”).

¹⁵¹ Art. 12.6.I Cc: “*Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español*”.

de conflicto patria. De hecho, es ahí donde la actuación de las partes va a ser esencial, dado que de acuerdo con el art. 281.2 LEC es a ellas a quien compele probar su “*existencia y contenido*”¹⁵³ en el momento procesal oportuno¹⁵⁴, y por los medios adecuados¹⁵⁵.

El art. 281.2 LEC reproduce en este punto la solución mantenida en el antiguo art. 12.6.II Cc, reflejando la tensión –ya clásica- entre la consideración del Derecho extranjero como un mero hecho, o como auténtico derecho. Una tensión que -en el nuevo precepto

¹⁵² En este sentido, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 281”, en F. GÓMEZ DE LIAÑO, op. cit., p. 350.

¹⁵³ Nótese como el concepto de prueba ha sido interpretado tradicionalmente de forma muy estricta por la doctrina y jurisprudencia española. Las partes quedan compelidas a probar, no sólo su vigencia y contenido sino, también, la forma de ser interpretado y aplicado por los operadores jurídicos extranjeros, de tal forma que no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles. Al respecto, vid, SSTS de 28 de Octubre de 1968 (RAJ 4850); de 5 de Noviembre de 1971 (RAJ 4524); de 3 de Febrero de 1975 (RAJ 327); de 4 de Octubre de 1982 (RAJ 5537); de 15 de Marzo de 1984 (RAJ 1574); de 12 de enero de 1989 (RAJ 100); de 11 de Mayo de 1989 (RAJ 3758); de 7 de Septiembre de 1990 (RAJ 6855); de 16 de Julio de 1991 (RAJ 5389); de 23 de Diciembre de 1992 (RAJ 8280); de 9 de Febrero de 1999 (RAJ 1054) y S. Aud. Prov. de Granada, de 21 de Julio de 1992 (AC 1992/1020); S. Aud. Prov. de Valencia, de 15 de Noviembre de 1993 (AC 1993/2234); S. Aud. Prov. de Santa Cruz de Tenerife, de 13 de Junio de 1994 (AC 1994/1003); de 4 de Octubre de 1995 (AC 1995/1820), entre otras. Igualmente, vid J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., p. 233 y ss.. Con relación a la nueva LEC, nótese A. DE LA OLIVA SANTOS, en A. DE LA OLIVA SANTOS e I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit., p. 289.

¹⁵⁴ Al respecto, vid P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 281”, art. cit., p. 350; M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 380.

¹⁵⁵ Tradicionalmente, se consideró como medio de prueba fundamental la prueba pericial; en otras palabras, el dictamen de dos juristas de reconocidos prestigio (En este sentido, y entre otras, SSTS de 30 de Junio de 1962, RAJ 3322; de 6 de Junio de 1969, RAJ 3283; de 5 de Noviembre de 1971, RAJ 4524; de 9 de Noviembre de 1984, RAJ 5372; de 23 de Octubre de 1992, RAJ 8280; de 4 de Mayo de 1995, RAJ 3893). Sin embargo, la jurisprudencia ha mantenido en los últimos tiempos una actitud flexible en este punto. La referencia genérica a los “*medios de prueba admitidos en la ley española*” a la hora de “*acreditar*” el contenido y vigencia del derecho extranjero, que incorporaba el art. 12.6.II Cc ha llevado al TS, en su S. de 3 de Marzo de 1997, a afirmar que el término “*acreditar*” no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, el cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente ‘libre’, o, en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación” (Fdo. Dº. Quinto, *Tribunales de Justicia*, 1997, nº. 7, p. 796. En esta línea, SSTS de 11 de Mayo de 1989, RAJ 3758; de 16 de Julio de 1991, RAJ 5389; de 17 de Marzo de 1992, RAJ 2195 o de 19 de Noviembre de 1992, RAJ 9240 y la S. Aud. Prov. de Valencia, de 15 de Noviembre de 1993, AC 1993/2234; S. Aud. Prov. de Santa Cruz de Tenerife, de 13 de Junio de 1994, AC 1994/1003; S. Aud. Prov. de Castellón, de 7 de Julio de 1997 AC 1997/1455, con abundante referencia jurisprudencial o la S. Aud. Prov. de Barcelona, de 7 de Diciembre de 1998 (RGD, 1999, p. 11958). Al respecto, y por todos, vid M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 377 y ss. y A. DE LA OLIVA SANTOS, en A. DE LA OLIVA SANTOS e I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit., p. 289.

de la LEC, como previamente ocurría en el art. 12.6 Cc¹⁵⁶- afecta directamente a su tratamiento procesal, generando una cierta especialidad del mismo.

En otras palabras, a pesar de su colocación sistemática¹⁵⁷, y del claro mandato que incorpora, el legislador español opta por no conducir a sus últimas consecuencias la consideración del derecho extranjero como mero hecho¹⁵⁸. Ello se observa en las serias dudas doctrinales que plantea la posibilidad de la admisión de la doctrina de los hechos admitidos¹⁵⁹, y en las consecuencias que conlleva la insuficiente prueba del contenido y vigencia de la normativa foránea.

Centrándonos en este último punto, una interpretación estricta de la falta de prueba del “hecho” alegado –consistente, en este caso, en el derecho extranjero-, podría conducir directamente, a la desestimación de la demanda planteada, al no contar el juzgador con elementos suficientes para resolver el litigio planteado. De hecho, ello ocurre en algunas ocasiones¹⁶⁰. Sin embargo, la especial naturaleza que acompaña al derecho foráneo ante nuestros tribunales determina que, en última instancia, se opte – mayoritariamente- por aplicar derecho español en lugar del derecho extranjero convocado por la norma de conflicto española y que no ha sido suficientemente probado por las

¹⁵⁶ En este sentido, y por todos, vid E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el Título Preliminar del Código civil”, *ADI*, 1975, p. 43 y ss.; F. RAMOS MÉNDEZ, “La prueba del Derecho extranjero”, *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, Bosch, 1980, p. 53 y ss.; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Comentario a la STS de 3 de Marzo de 1997”, *Tribunales de Justicia*, 1997, nº. 7, p. 800 y ss..

¹⁵⁷ Al ser el primer artículo del capítulo de prueba. Vid nota 144 *supra*.

¹⁵⁸ Por un lado, la ya mencionada colocación sistemática del precepto, así como el tenor literal de la propia solución incorporada en el art. 281 LEC, refuerza –aparentemente- la idea de la consideración del derecho extranjero como un mero hecho que, necesariamente, deberá ser probado en el proceso de la misma forma en que deben serlo, también, el resto de hechos alegado. Sin embargo, los hechos, una vez son probados, siguen siendo hechos, mientras que el derecho extranjero tiene la consideración de derecho, y se aplica por el operador jurídico para resolver la controversia. Al respecto, vid J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., p. 231; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 281”, art. cit., p. 349.

¹⁵⁹ Posibilidad tildada por la doctrina de “inconsecuente” (J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., p. 238), “absurda” (J. MONTERO AROCA, “Disposiciones comunes...”, art. cit., p. 262) e “inadmisible” (F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 47, nota 40). Al respecto vid, igualmente, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 281”, art. cit., pp. 349-350 y M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 372. Esta doctrina, sin embargo, ha contado con cierto apoyo jurisprudencial: por todas, la STS de 4 de Octubre de 1982 (*RAJ* 5537).

¹⁶⁰ Por todas, SSTS de 10 de Junio de 1988 (*RAJ* 10368) y de 31 de Diciembre de 1994 (*RAJ* 10245) y S. Aud. Prov. de Bilbao, de 31 de Julio de 1991 (*RGD*, 1992, p. 6168); S. Aud. Prov. de Las Palmas, de 31 de mayo de 1993 (*AC* 1993/1131); S. Aud. Prov. de Alicante, de 4 de Octubre de 1995 (*AC* 1995/1820); S. Aud. Prov. de Murcia, de 11 de Diciembre de 1995 (*AC* 1995/2277) o S. Aud. Prov. de Valencia, de 3 de Febrero de 1999 (*RGD*, 1999, p. 12028). Al respecto, M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 368.

partes¹⁶¹, lo que en la práctica convierte a la norma de conflicto, en una auténtica norma “facultativa”¹⁶².

(3) Esta exigencia de prueba de la vigencia y contenido del Derecho extranjero es acorde con la naturaleza fáctica atribuida a éste y, también, con el principio dispositivo que imbuye el proceso civil español. La especial naturaleza que se le atribuye, sin embargo, incide en la función que pueda cumplir el juez con vistas a su conocimiento. Mientras que éste no puede dar como existente un hecho que él conoce como ciudadano particular si no ha sido probado por las partes, su relación con el derecho extranjero – recordemos, un hecho a efectos del ordenamiento jurídico español- es mucho más dúctil. Hasta el punto, que el juez español sí podría llegar a aplicar una norma foránea -no comprendida por lo tanto en el *iura novit curia*- no probada por las partes, y que por las razones que sea pudiera conocer¹⁶³.

El art. 12.6.II Cc reconocía al juez español, en relación con la aplicación del derecho extranjero, la posibilidad –“*podrá*”, decía- de “*valerse ... de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando las providencias oportunas*”. El precepto fue inicialmente interpretado de una forma muy restrictiva por la jurisprudencia española, que atribuyó al juez un papel puramente pasivo en relación con la prueba del Derecho extranjero. De esta suerte, no sólo carecía de capacidad para aplicar aquella normativa foránea que pudiera conocer por motivos particulares y que no le hubiera sido probado por las partes¹⁶⁴, sino que –además- veía limitada al máximo su capacidad de auxilio, reduciéndose a una mera “facultad” canalizada -de forma estricta- a través de la vía de las

¹⁶¹ En este sentido, y por todas, STC 10/2000, de 17 de Enero de 2000 (BOE, de 18 de Febrero de 2000), SSTS de 11 de Mayo de 1989 (RAJ 3758); de 21 de Junio de 1989 (RAJ 4771); de 7 de Septiembre de 1990 (RAJ 6855); de 16 de Julio de 1991 (RAJ 5389); de 23 de Octubre de 1992 (RAJ 8280); de 28 de Enero de 1994 (RAJ 572); de 23 de Marzo de 1994 (RAJ 2167); de 25 de Enero de 1999 (RAJ 321); de 5 de Junio de 2000 (Actualidad Civil, nº. 39, 2000, nº. ref. 950) y S. Aud. Prov. de Valencia, de 15 de Noviembre de 1993 (AC 1993/2234); S. Aud. Prov. de Santa Cruz de Tenerife, de 13 de Junio de 1994 (AC 1994/1003) o S. Aud. Prov. de Castellón, de 7 de Julio de 1997 (AC 1997/1455). Al respecto, vid M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, “La ausencia de prueba del derecho extranjero”, *Justicia* 89, p. 88 y ss., en el que se aborda en profundidad, y con carácter comparado, la justificación de estas soluciones.

¹⁶² Contraviniendo el mandato del art. 12.6.I Cc (nota 151 *supra*). En este sentido, M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 370.

¹⁶³ J. MONTERO AROCA, “Disposiciones comunes...”, art. cit., p. 264.

¹⁶⁴ La actuación del juez, se decía, “*no podría sustituir a la de la parte interesada al ser a ésta a la que le corresponde la carga de acreditar no sólo, la existencia de la norma extranjera invocada, sino también su vigencia y aplicación al caso litigioso, como así resulta de los propios términos del artículo examinado*” (Fdo. Dº. Primero, S. Aud. Prov. de Guadalajara, de 18 de Octubre de 1994, AC 1994/1793). Con una filosofía similar, nótese SSTS de 13 de Abril de 1992 (RAJ 3101) y de 31 de Diciembre de 1994 (RAJ 10245);

diligencias para mejor proveer previstas en el art. 340 de la antigua LEC¹⁶⁵. De otra forma, se decía, se violaría “*el principio general del Derecho significativo de que los Tribunales han de fallar **justa allegata et probata***”¹⁶⁶.

Esta interpretación se vio notablemente flexibilizada en el último lustro. Primero la jurisprudencia de instancia y, más tarde el TS y el propio TC, procedieron a reconocer un papel mucho más activo al órgano jurisdiccional español en relación con este punto. De acuerdo con ella, el juez se ve instado a adoptar una posición activa con vistas a la verificación del contenido del derecho extranjero¹⁶⁷, llegándose a admitir no sólo la posibilidad de que pueda aplicar un derecho extranjero que por razones diversas pueda

¹⁶⁵ El art. 12.6.II *in fine* Cc no sería “*en realidad otras cosa que eso, una posibilidad, cuyo desarrollo o ejercicio por parte de los mismos tiene un carácter complementario de la directamente atribuida por el precepto a lo que invoquen la aplicación del derecho extranjero, que son los directamente obligados a ello... Sin embargo, no obstante lo dicho, el Tribunal ‘a quo’ adoptando una posición digna de encomio se cuidó de conceder a las partes por Diligencia para mejor proveer...*” (Fdo. Dº. Cuarto, STS de 10 de Marzo de 1993, RAJ 1834). En el mismo sentido, STS de 9 de Noviembre de 1984 (RAJ 5372) o S. Aud. Prov. de Alicante, de 4 de Octubre de 1995 (AC 1995/1820) en la que expresamente se señala que la actividad probatoria o realizada por las partes “*no debe ser suplida mediante la intervención del órgano jurisdiccional*” (Fdo. Dº. Primero).

¹⁶⁶ S. Aud. Prov. de Barcelona, de 7 de Diciembre de 1998 (RGD 1999, p. 11958). Esta rígida solución contrastaba con la posición, mucho más flexible, mantenida por el propio legislador español respecto de la relación de otros operadores jurídicos –notarios, encargados del Registro Civil, registradores de la propiedad- con el Derecho extranjero. Al respecto, nótense el art. 168.4 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, de 2 de Junio de 1944 (BOE de 16 de Abril de 1947, cde BOE de 23 de Mayo de 1947), los arts. 38.3 de la Ley de Registro Civil, de 8 de Junio de 1957 (BOE de 10 de Junio de 1957), los arts. 91 y 152 del Reglamento del Registro Civil, de 14 de Noviembre de 1958 (BOE de 11 de Diciembre de 1958, cde BOE de 21 de Enero de 1959) y el art. 36 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, de 14 de Febrero de 1947 (BOE de 16 de Abril de 1947, cde BOE de 23 de Mayo de 1947). En relación con ellos, vid J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., p. 246 y ss.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Aplicación del Derecho extranjero por los notarios”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1996, p. 171 y ss..

¹⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, STS de 15 de Noviembre de 1996 (RAJ 8212). Tal como precisa el TC en su reciente S. de 17 de Enero de 2000, en relación con la aplicación a un proceso de divorcio del Derecho armenio convocado por la norma de conflicto española, la referencia que el art. 12.6.II hacía a la posibilidad que acompaña al juzgador de “*valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas*” puede en ocasiones “*trascender de la mera legalidad ordinaria en la que inicialmente debe situarse*”, pudiendo contar con una “*relevancia constitucional a la luz del artículo 24 CE*” (STC 10/2000, de 17 de Enero de 2000, BOE, de 18 de Febrero de 2000, Fdo. Jco. 3). En definitiva, la acreditación del Derecho aplicable al caso por imperativo de la norma de conflicto española exige de los órganos judiciales españoles, “*a la luz de las garantías contenidas en el artículo 24 CE, y dadas las singularidades del caso de autos, una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba, sin que en momento alguno del procedimiento de é no se acudió a otras medidas complementarias habida cuenta de la facultad que el propio artículo 12.6 **in fine** del Código civil confiere a los órganos judiciales*” (STC 10/2000, de 17 de Enero de 2000, cit. *supra*, Fdo. Jco. 4).

conocer¹⁶⁸, sino que, llegado el caso, “*debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable*”¹⁶⁹.

En este entorno se presenta el nuevo art. 281.2 LEC en el que se afirma que con vistas a la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero el tribunal podrá valerse “*de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”. El precepto, que prácticamente reproduce el tenor del art. 12.6.II *in fine* Cc, se verá claramente condicionado en su interpretación y aplicación por lo que ha sido la práctica jurisprudencial en este punto. Sobre éstas incidirán, además, amén de la desaparición de la obligación de alegar el Derecho extranjero, la desaparición de la referencia recogida en el art. 12.6.II Cc a “*dictando al efecto la providencias oportunas*”, un hecho que conduce a algún autor a afirmar que no se limitan los medios de averiguación susceptibles de ser utilizados por el Tribunal¹⁷⁰...

51. En definitiva, el legislador español opta por desatender los desarrollos habidos en este ámbito en la última década y, sin más, reproduce a grandes líneas la posición incorporada en el antiguo artículo 12.6.II Cc. Evita, pues, resolver los graves problemas de fondo que, como hemos observado, sigue suscitando la aplicación del derecho extranjero convocado por la norma de conflicto española; obviando, también abordar, en este u otro precepto, la controvertida cuestión de la posible utilización del recurso de casación para impugnar una

¹⁶⁸ Por ejemplo, la STS de 17 de Marzo de 1992 destaca la “*conveniencia*” de practicar la prueba del derecho extranjero “*para mayor ilustración del órgano jurisdiccional, puede –éste- ser conocido y aplicado de oficio por el órgano judicial o simplemente acreditado por medio de la aportación de las fotocopias de la ‘Gazetta Oficial’...*” (Fdo. Dº. Primero, RAJ 2195). En el mismo sentido, S. Aud. Prov. de Guipúzcoa, de 31 de Diciembre de 1999 (AC 1999/2481).

¹⁶⁹ STS de 3 de Marzo de 1997 (Fdo. Dº. Quinto, *Tribunales de Justicia*, p. 799). Algo, por otra parte, que no es compartido por la doctrina mayoritaria, que opta por la existencia de un principio mínimo de prueba como auténtica garantía constitucional (en este sentido, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., p. 240. Por su parte, A. DE LA OLIVA SANTOS, en A. DE LA OLIVA SANTOS e I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit., p. 289 señalan que una cosa es la no prohibición de “*pequeñas investigaciones que pudieran abortar la ‘admisión’ como hecho, de un precepto legal extranjero inexistente*” y otra, muy distinta, la voluntad de “*estimular ningún ‘amateurismo’ iuscomparativista en nuestros jueces*”, que se dedicarían a utilizar una improvisada y superficial *ciencia privada*”).

¹⁷⁰ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Artículo 281”, art. cit., p. 350. Nótese que el “sustituto” natural de las diligencias para mejor proveer del art. 340 de la antigua LEC de 1881 son, ahora, las denominadas diligencias finales del art. 435.2 LEC. Entre unas y otras, empero, hay diferencias. Así, por ejemplo, las diligencias finales se adoptan, como regla general, “(S)ólo a instancia de parte...” (art. 435.1 LEC) o, “(E)xcepcionalmente... de oficio o a instancia de parte...”, cuando en la LEC de 1881 las diligencias para mejor proveer eran decididas libremente por el juez.

concreta decisión con base en la incorrecta aplicación del derecho extranjero convocado por la norma de conflicto española¹⁷¹.

VI. A MODO DE VALORACIÓN FINAL.

52. En resumen, y como ya hemos apuntado anteriormente, estamos ante un texto que incorpora importantes novedades en el Derecho procesal civil internacional español. Un texto cuya mera presencia es bienvenida pero que, quizás motivado por la ausencia de una directa participación en su elaboración de especialistas de nuestra disciplina, se centra en la resolución de los litigios puramente internos, afrontando las cuestiones planteadas por la presencia de un elemento de extranjería en los mismos como algo inusual; casi marginal. El resultado final, se ha visto a lo largo de las páginas anteriores, aunque enriquecedor en algunos puntos es, mayoritariamente, insatisfactorio. La trascendencia de la doctrina y de los supuestos prácticos de Derecho internacional privado en la realidad jurídica española merecían un esfuerzo mayor del legislador con vistas a su resolución. El análisis de la LEC, en definitiva, demuestra que podía haberse alcanzado mucho más. Son esas carencias, precisamente, las que al concluir este artículo nos llevan –como dice el clásico refrán español- a “ver el vaso –en este caso la LEC- más medio vacío que medio lleno”... El futuro dirá...

¹⁷¹ Por todos, M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, op. cit., p. 383 y ss.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., p. 243-244.